

AGENOR SAMPAIO NETO
RÔMULO FIÚZA e MELLO

Organizadores

LINEAMENTOS HERMENÊUTICOS de JULGADOS do STF

Coletânea de artigos

Estudos em Homenagem a
Hélder Loyola Guimarães de Alencar



UEFS
Feira de Santana
2018



Hélder Loyola Guimarães de Alencar nos últimos dias em seu gabinete como Procurador da UEFS.

Imagem por Edvan Barbosa.



www.uefs.br

© 2017 Universidade Estadual de Feira de Santana

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Todos os direitos desta edição reservados aos autores-organizadores.

Nenhuma parte desta publicação pode ser reproduzida por qualquer meio, sem a prévia autorização dos autores.

Universidade Estadual de Feira de Santana

Avenida Transnordestina, s. n., Novo Horizonte, CEP.: 44.036-900, Feira de Santana, Bahia.

Tel.: +55 (75) 3161-8000

Conselho editorial: Agenor Sampaio Neto, Rômulo Fiúza e Mello, Neuza Vitória Andrade Oliveira, Corina Teresa Costa Rosa Santos, Ana Lúcia Carvalho Santos, Alef Augusto Pereira Correia, Marcelo Diego Gomes da Silva Vitório, Ruteh Ribeiro Oliveira de Lima, Héber Uzun e Carlos Eduardo Magalhães.

Capa e Diagramação: Rômulo Fiúza e Mello.

Disponível também em: <<http://www.uefs.br>>. (Periódicos > Livros eletrônicos).

Ficha Catalográfica - Biblioteca Central Julieta Carteadó - UEFS

L726

Lineamentos hermenêuticos de julgados do STF : coletânea de artigos / Agenor Sampaio Neto, Rômulo Fiúza e Mello [organizadores]. – Feira de Santana : Universidade Estadual de Feira de Santana, 2018.
227 p.

Estudos em homenagem a Hélder Loyola Guimarães de Alencar.

ISBN: 978-85-7395-297-1.

1. Direito. 2. Hermenêutica jurídica. 3. Julgados – Supremo Tribunal Federal –

Brasil. I. Sampaio Neto, Agenor, org. II. Fiúza e Mello, Rômulo, org.

CDU: 34(81)

ORGANIZADORES

Agenor Sampaio Neto
Rômulo Fiúza e Mello

AUTORES

Abílio Pereira

Ana Carolina Matos

Anna Cecília Gusmão Oliveira

Ayana Dias Pessoa

Bethânia Beatriz Mello dos Santos

Carlos Eduardo de Jesus Magalhães

Cristiane de Almeida Santa Rosa

Edval Oliveira Sena Júnior

Eliude Moreira Lopes Oliveira

Emily Daltro Borges Alves

Gledson Silva

Ícaro Cedraz Cruz

Isabela Cardoso Brito

Jamile Apresentação Alves

Rogério Carvalho

Ruteh Ribeiro Oliveira de Lima

Saulo Freitas da Silva

Suzana Ribeiro Souza

João Paulo Barreto

João Victor Mascarenhas Santana

Kadjon Luz Farias

Kamilla Oliveira de Jesus

Karolaine Freitas

Láionel Queiroz

Lucilene Quintiliano Alves

Marcelo Diego Gomes da Silva Vitorio

Mariana Oliveira de Brito

Myllena Costa Ribeiro

Natália Oliveira Valente

Nely Adrielle Cruz

Rafaela Brandão da Silva

Renata Leão do Nascimento Santos

Tania Maria do Nascimento Silva

Victória Gabriela Brito Salgado

Weslei Dias Machado

SUMÁRIO

Hélder Alencar: Uma vida pautada pela competência, respeito e dignidade.	7
I ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 643.247- SÃO PAULO - STF	15
II A Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543: O debate sobre a inconstitucionalidade de dispositivos da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e da Resolução 34/2014 da Agencia Nacional de Vigilância Sanitária.	35
III ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 778.889 STF	54
IV PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA	69
V ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.314/SP	89
VI JULGADO NÃO UNÂNIME DO STF: ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4983 CE	111
VII ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 646.721 RIO GRANDE DO SUL	133
VIII RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252 MS	153
IX JULGADO DA MEDIDA CAUTELAR ADPF 186: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA HERMENÊUTICA	169
X ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 693456 RJ	180
XI ANÁLISE DOS JULGADOS DO STF: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4439	200

***Hélder Alencar: Uma vida pautada pela
competência, respeito e dignidade***

A missão de expressar em palavras a magnitude de uma personalidade como o jornalista, advogado e procurador jurídico da Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS), Hélder Loyola Guimarães de Alencar, além de uma honra, a qual agradeço ao dinâmico professor Agenor Sampaio Neto por nos ter concedido, pode ser classificada como gratificante. Por outro lado, trata-se de uma difícil tarefa, tamanha a responsabilidade, face à reputação, ao caráter e aos serviços prestados a Feira de Santana e à Bahia pelo Doutor Hélder, como é carinhosamente chamado, ao longo de décadas, pelas pessoas do seu convívio.

Poderíamos discorrer infinitamente, mas, diante de tamanha responsabilidade, optamos por dividir o júbilo desta homenagem com ilustres personagens de Feira de Santana que conviveram com o Doutor Hélder Alencar, seja no Jornalismo, no Direito ou na Academia, como também no convívio social. Mesmo assim, temos a certeza da injustiça por não consultar outros valorosos nomes que tão bem retratam a história da Princesa do Sertão e que gostariam de também se manifestar sobre a vida do Doutor Hélder.

Everaldo de Andrade Goes

Jornalista, Historiador

Conheci o meu grande amigo Doutor Hélder Alencar há mais de 50 anos, na convivência social de Feira de Santana; logo nasceu uma verdadeira amizade, consolidada no debate e na análise da política feirense, no jornalismo – especialmente no Jornal Feira Hoje, que fundamos em 1970.

Hélder escrevia uma importante coluna, a Etc & Tal, além de colaborar com colegas de todos os cadernos, redigindo e opinando, com sua visão crítica e honestíssima, nos acontecimentos da "vida" de nossa Feira de Santana.

Mais tarde, tivemos a honra de integrar a equipe que implantou a Universidade Estadual de Feira de Santana. Me aposentei como professor de Filosofia e ele até hoje continua edificando a nossa UEFS.

Um homem que nasceu para as letras e com uma vida plena de lealdade e de bom companheirismo com seus amigos. Por isto tem várias amizades com mais de meio século. Concluo esta manifestação sobre Hélder Alencar com a citação do Artigo IV, Parágrafo Único do Estatuto do Homem de Thiago de Mello: *"Artigo IV: Fica decretado que o homem não precisará nunca mais duvidar do homem. Que o homem confiará no homem como a palmeira confia no vento, como o vento confia no ar, como o ar confia no acampo azul do céu.*

Parágrafo Único: O homem confiará no homem como o menino confia em outro menino".

Raimundo Gama

Filósofo, Professor Aposentado da UEFS

Conheci o Doutor Hélder quando cursava o antigo científico no colégio Santo Antônio de Feira de Santana; ele professor, orientador e amigo dos seus alunos.

Certa vez, nos encontramos, eu e o meu amigo Hugo Dórea, outro aluno, no Bar Saputi, localizado nas dependências do antigo Hotel Caroá. Vésperas da eleição municipal, em 1976, que tinha como principais concorrentes os saudosos Ângelo Mário de Carvalho e Silva e Colbert Martins. Tomávamos 'cuba libre' e, despreocupadamente, resolvíamos os problemas do mundo.

Doutor Hélder se juntou a nós, conversou bastante, nos convidou para seguir para Ibirataia onde irá encontrar Vera, sua noiva. Ele nos conclamou a votar no Ângelo. Recusamos o convite e informamos que estávamos torcendo por Colbert. Ainda assim, após as duas recusas foi ao caixa e pagou a nossa conta. Ao retornar nos informou: “A conta está paga. Vocês beberam muito!” Só então atentamos que no nosso bolso continha uma 'fortuna de estudante' suficiente apenas para uma cuba. Ou seja, o Professor nos tirou de uma grande encrenca.

Em sua vida profissional, o Doutor Hélder fez a opção de se dedicar exclusivamente à UEFS, renunciando à ocupação de cargos muito mais lucrativos. Mas, essa dedicação o faz feliz e realizado, sendo ele o maior baluarte que a Instituição tem na área jurídica. Assume praticamente todos os encargos, respondendo prontamente todas as

consultas, emitindo pareceres, despachando processos administrativos sempre com textos precisos e enxutos, todos muito bem fundamentados.

Não direi que o meu Professor e ex-chefe (hoje sou um procurador aposentado da UEFS) é um homem honesto, porque essa qualidade o acompanha desde o nascimento. E certamente não o engrandece, até porque entende ele que a honestidade é uma obrigação de todos. Mas, direi sem medo de errar, que o considero um amigo a quem recorro sempre em busca de orientação e sabedoria.

Ruy Sandes Leal

Advogado, Ex-Procurador da UEFS

Devo minha iniciação em jornalismo a Hélder Alencar. O que, hoje, significa dizer que eu devo minha vida profissional, que amo tanto, a esse ícone do jornalismo feirense.

Hélder Alencar me proporcionou a oportunidade que eu precisava no extinto Feira Hoje, um diário respeitável de Feira de Santana. E ter sido alvo da confiança e estímulo de Hélder para exercer uma profissão tão nobre é motivo de extremo orgulho e honra para mim, pois ele é indiscutivelmente uma pessoa competente, ética, culta e sobretudo um ser humano magnífico.

A minha homenagem será sempre pequena diante da grandeza dessa figura, mas meu reconhecimento por Hélder ter acreditado em mim será sempre infinito.

Um grande e afetuoso abraço, Hélder Alencar, seu nome faz parte da minha história, faz parte da história da Feira de Santana.

Edson Borges

Administrador, Jornalista, Secretário de Cultura Esporte e Lazer de Feira de Santana

A rigor, poderia afirmar que conheço Hélder desde que fui seu aluno no Colégio Santanópolis em anos quase imemoriais.

E mesmo que não tivesse sido seu aluno, poderia assegurar que todos os feirenses, como o sou, o conhecemos a partir do momento em que ocupa um lugar de destaque na área do jornalismo, principalmente quando militava no extinto Jornal Feira Hoje.

Ou ainda poderia utilizar como referência os anos em que Hélder passou a trabalhar na Assessoria Jurídica da UEFS enquanto eu ali desenvolvia as minhas atividades de professor do curso de Engenharia Civil.

No entanto, creio, que melhor do que buscar na memória quando o conheci, o que gostaria mesmo era de lembrar os oito anos em que convivemos na Reitoria da UEFS. Afinal, foi nesse período que aproveitamos mesmo para nos conhecer.

Trabalhamos juntos a maior parte dos dias dos oito anos da nossa gestão (2007-2015) e logo no início descobrimos que o respeito, a confiança e o companheirismo duraria para sempre.

Pari passu às atividades inerentes ao exercício das nossas atividades profissionais sempre encontrávamos tempo para cultivar a nossa paixão pelo Flamengo, para conversarmos sobre leituras várias e ainda para falarmos sobre nossas famílias.

Assim poderia concluir dizendo que muitas referências poderiam ser feitas a Hélder para ressaltar as qualidades tão reconhecidas da sua trajetória de advogado, professor, jornalista, historiador, procurador e mais que seja. No entanto, neste momento da vida, o que mais me interessa é dizer que ela, a vida, me proporcionou desenvolver um afeto muito especial por este que posso chamar de meu AMIGO Hélder.

José Carlos Barreto de Santana

Professor Aposentado e Ex-Reitor da UEFS

Quando criança, admirava aquele quarto cheio de estantes completas de livros. Livros, quadros e figuras de barro formavam um cenário incrível. Uma viagem por muitos mundos e muitos sonhos. Cresci ao lado do dono de tudo isso: tio Hélder, ou simplesmente Dom.

O seu amor pelas letras e por tudo que elas representam se propagou e me atingiu de tal forma que não posso abrir um jornal e não procurar o seu obituário (Acreditem!! Ele lê até o obituário). Sempre que comprava um livro ou uma revista

lembrava de mim e trazia alguma coisa “que eu podia gostar”. Até hoje, esse carinho e atenção nos acompanha, ainda me traz uma folha de jornal com artigo de um cronista que gosto, ou com uma reportagem que me interessa ou mesmo que achou “que eu podia gostar”.

Os sonhos e a realidade, os livros e as letras preenchem a minha memória, é difícil falar de tudo! O incrível é que esse amante da escrita tem uma letra horrível! A sua mente é muito mais rápida do que a sua mão; o seu raciocínio instantâneo e lógico é admirável, a sua inteligência e memória são privilegiadas.

Ana Edelweiss de Alencar Magalhães

Sobrinha de Hélder Alencar, Servidora da UEFS

O jornalista Everaldo Goes, da Assessoria de Comunicação da Universidade Estadual de Feira de Santana, solicitou-nos que escrevesse algumas linhas sobre o jornalista Hélder Loyola Guimarães de Alencar, onde pudesse relatar alguns fatos sobre a sua vida.

Tal encargo trouxe uma enorme satisfação porque o conheço de longas datas e tenho o privilégio de tê-lo no rol dos meus grandes amigos.

Conheço Hélder desde a minha juventude, uma vez que nossas famílias sempre mantiveram excelente e cordial amizade – muito embora não haja nenhum parentesco entre nós, devido ao mesmo sobrenome 'Guimarães'. Porém, tenho acompanhado a sua brilhante trajetória na vida feirense, não somente como grande jornalista e jurista, onde sempre se destacou pela sua inteligência, honradez e integridade, como também nos diversos cargos e funções que exerceu e tem exercido.

Tive a honra de participar, junto com Hélder, do Governo João Durval Carneiro, no período de 1967 à 1971, tendo ele exercido a Chefia do Gabinete do Governo Municipal e eu, naquela oportunidade, exerci o cargo de Oficial de Gabinete (função naquela época ainda existente), como também participei com ele de algumas diretorias do saudoso FEIRA TENIS CLUBE. Em meados do ano de 1980, passamos a trabalhar juntos, na condição de Procuradores Jurídicos da Universidade Estadual de Feira de Santana, onde ele, por diversas vezes, exerceu e vem exercendo a função de Chefe da Procuradoria, cargo que tem desempenhando, até hoje, com sobriedade, inteligência,

honradez e imparcialidade, onde é admirado por todos aqueles que fizeram, fazem e amam a UEFS.

Assim, na forma de um breve depoimento, quero registrar, nesta oportunidade, a mais profunda admiração por Hélder Alencar, o qual, além das qualidades morais e intelectuais que é possuidor, sempre tratou a todos de forma cordial, simples e educada, o que o faz ser admirado por aqueles que têm o privilégio de conhecê-lo. Merece Hélder todas as homenagens que lhe são prestadas.

Adessil Guimarães

Advogado e Procurador Aposentado da UEFS

Hélder Alencar, o jornalista que conheci.

Quando instado a discorrer sobre a figura de pessoas amigas, sempre me vem à lembrança um ensinamento de meu saudoso pai, alertando-me para a enorme dificuldade de que se reveste o cumprimento dessa tarefa. Dizia-me que, se carregássemos muito nos adjetivos, poderíamos ser vistos como bajuladores ou interesseiros; se fôssemos parcimoniosos nas palavras, ficando aquém do que mereceria ser iniludivelmente dito, estaríamos incorrendo em indesculpável injustiça. Só uma saída existia para esse impasse: a verdade, tão somente a verdade, nada mais que a verdade.

E é assim, que procurarei agir ao me expressar por essas poucas linhas sobre a figura de Hélder Alencar, a quem conheci nos distantes anos 70, quando resolvi me arriscar no mundo jornalístico de Feira de Santana, que já o tinha como destacado protagonista de um tempo em que se fazia jornal com a força da inteligência, a escassez de recursos e a pureza de jovens vocações.

Só Deus, e os que viveram aqueles momentos, sabem das enormes dificuldades enfrentadas por quem, desejando, como Hélder e muitos outros, participar da vida da comunidade, se atiravam em empreitadas cansativas, arriscadas e, muitas vezes, penosas do ponto de vista econômico. Mas, nem esses percalços inibiram, em Hélder Alencar, a busca de um horizonte de justiça, de paz e de verdade através dos espaços por ele ocupados nas páginas dos jornais. Com sua voz mansa e o seu verbo insubmisso, sempre fora muito lúcido nas suas reclamadas intervenções, sempre voltadas, todas elas, para ajudar os mais novos e menos experientes, não se furtando a orientar, a

mostrar os caminhos e a dirimir as dúvidas, sem que, para isso, exigisse submissão ou cega obediência. Gostava de discutir, de dialogar e, em muitas oportunidades, se quedava, humildemente, diante dos argumentos que lhe convenciam. Não brigava com os fatos.

Como seu amigo e colega, posso atestar que a calma, o andar compassado e sua aparente mansidão não revelam conformismo ou resignação. Ao contrário, atestam civilidade e respeito, prudência e educação, humildade e reflexão. Suas amadurecidas convicções o fazem, ainda hoje, acreditar que não são as vozes tonitruantes e exacerbadas as donas da razão. Comedido como sempre, se filia àqueles que, como Blaise Pascal, acreditam que “é preciso duvidar quando necessário, afirmar quando necessário e submeter-se quando necessário”. Dobrar-se, nunca! Por isso mesmo, sempre acreditou no poder da palavra e do diálogo como formas de se encontrar o denominador comum. Nunca se viu dono da verdade!

Luiz Almeida

Administrador

Minha impressão sobre o Doutor Hélder, desde o dia em que o conheci, pode ser descrita com o substantivo Segurança, além de Respeito, Dignidade e Sabedoria. É o que demonstra nas suas opiniões profissionais e pessoais. Confiança indispensável, da qual somos testemunha, de quem conduz com absoluta maestria a Procuradoria Jurídica da UEFS, onde tem se revelado um notável homem público.

Doutor Hélder Alencar, dentre suas missões, representou com excelência o avô, o valoroso e ilustre professor baiano Gastão Clovis de Souza Guimarães, educador que denomina, há décadas, um dos principais centros de ensino do Estado, o Instituto de Educação Gastão Guimarães, localizado em Feira de Santana. Como tão bem representou a genitora, a Senhora Arminda Emília Guimarães de Alencar, personalidade que se constitui em patrimônio da história do município e que exerceu, competência e dignidade, a titularidade do Cartório do 1º Ofício de Registro de Imóveis. Foram missões bem cumpridas ao longo da vida pelo Doutor Hélder, ao lado da esposa, a também advogada Vera Lúcia Calheira de Alencar, e dos filhos Lucas e Flávia Calheira de Alencar.

Aproveito aqui para agradecer ao saudoso jornalista e professor da UEFS, Anchieta Nery, por ter proporcionado o início dessa amizade ao me convidar para a

residência de Helder, nas tardes de sábado, onde até hoje são realizados concorridos encontros com personalidades de Feira de Santana.

Everaldo de Andrade Goes

Jornalista, Historiador

Feira de Santana, 26 de abril de 2018

I

ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 643.247- SÃO PAULO - STF

*Cristiane de Almeida Santa Rosa
Edval Oliveira Sena Júnior
Renata Leão do Nascimento Santos*

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Fica decidido, por meio de julgamento do recurso extraordinário de número 643.247, no Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade da Taxa de Combate a Sinistros - Lei Municipal 8.822/1979 - deliberada pelo Município de São Paulo. A não criação da Taxa prevaleceu por 6 votos a 4.

A matéria, outrora julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo como inconstitucional, tinha por fim estear o ressarcimento ao erário municipal, por meio de uma taxa, quanto aos dispêndios oriundos da manutenção da estrutura necessária para o combate a incêndios. O recorrente, Município de São Paulo, alegava que a cobrança ganhava moldes de dever constitucional, já que cabe ao mesmo zelar pela segurança de seus munícipes no uso de seus bens imóveis e respectivas edificações, e que por isso a taxa estaria em consonância com o Texto Constitucional.

Auferiu proveito ainda, ante Tribunal de Justiça de São Paulo, do artigo 182 da Constituição Federal de 1988 que revela:

Art. 182-A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Inconformado com o arbítrio desfavorável do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que foi pronunciada a inconstitucionalidade da Taxa de combate a incêndio, o Município de São Paulo interpôs recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal com o fito de tornar válida a cobrança.

A discussão dá-se ante diversos argumentos trazidos pelo Município e pelo Estado. Dentre eles, o município alega a declaração de especificidade e divisibilidade do serviço de combate a incêndios, visto que é possível determinar quem é o beneficiado do mesmo – no caso a coletividade – e qual é o serviço. Em compensação ao defendido pelo Município, o Tribunal de Justiça de São Paulo encara o serviço como inespecífico e indivisível.

O ministro Marco Aurélio, relator do extraordinário, decidiu contra a implantação da taxa embasando-se no descrito pelo art.144 da CF/88 em que a segurança pública é responsabilidade do Estado. Frisando que dentre as divisões de atribuições na ordem pública cabe ao Corpo de Bombeiros a prevenção e o combate a incêndio, configurando-se como funções essenciais, inerentes e exclusivas ao próprio Estado, que detém o monopólio da força.

Por via de regra, a atividade de garantia de bem-estar social é realizada pelo Estado por meio da arrecadação diária de impostos que financiam a prestação de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à disposição. Todavia, mesmo diante de tal prerrogativa nem o mesmo não poderia, no âmbito da segurança pública revelada pela prevenção e combate a incêndios, instituir validamente a taxa.

De modo geral, as atividades que envolvem combate ao fogo e garantem a segurança da sociedade desenvolvidas pelo Corpo de Bombeiros, abarcam a esfera da segurança pública, estando em conformidade com o que versa o artigo 144, V e § 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

- II - polícia rodoviária federal;
- III - polícia ferroviária federal;
- IV - polícias civis;
- V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

[...]

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

Posteriormente, seguiram a mesma linha do relator, contra a cobrança da taxa de incêndio, os ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

O voto do ilustríssimo Ministro Edson Fachin corrobora com a explanação do ministro relator quanto a integralidade da matéria. Aborda as controvérsias da mesma e defende a superação de precedente do recurso extraordinário 206.777. Na mesma linha, os demais ministros concordam com a inconstitucionalidade da taxa e negam provimento ao recurso invocando por vezes o art. 145 da Constituição Federal de 1988 que diz:

Art. 145 -A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - impostos;

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

§ 2º - As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.

Usaram também nas suas argumentações os supracitados artigos 182 e 144, V e § 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988.

De outra monta, a favor da possibilidade de cobrar a taxa votaram os ministros Luiz Fux, Dias Toffoli, Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes. Celso de Mello não votou pois não estava presente. Ocorre a presença ainda nas suas argumentações da Lei 12.608/2012 que prevê a participação do Município na Defesa Civil. Diz o artigo 8º da Lei supracitada:

Art. 8º Compete aos Municípios:

I - executar a PNPDEC em âmbito local;

- II - coordenar as ações do SINPDEC no âmbito local, e articulação com a União e os Estados;
- III - incorporar as ações de proteção e defesa civil no planejamento municipal;
- IV - identificar e mapear as áreas de risco de desastres;
- V - promover a fiscalização das áreas de risco de desastre e vedar novas ocupações nessas áreas;
- VI - declarar situação de emergência e estado de calamidade pública;
- VII - vistoriar edificações e áreas de risco e promover, quando for o caso, a intervenção preventiva e a evacuação da população das áreas de alto risco ou das edificações vulneráveis;
- VIII - organizar e administrar abrigos provisórios para assistência à população em situação de desastre, em condições adequadas de higiene e segurança;
- IX - manter a população informada sobre áreas de risco e ocorrência de eventos extremos, bem como sobre protocolos de prevenção e alerta e sobre as ações emergenciais em circunstâncias de desastres;
- X - mobilizar e capacitar os radioamadores para atuação na ocorrência de desastre;
- XI - realizar regularmente exercícios simulados, conforme Plano de Contingência de Proteção e Defesa Civil;

A decisão do Supremo Tribunal Federal, fincada no dia 24 de maio de 2017, manteve o entendimento do Tribunal de Justiça, esclarecendo ainda é aplicável a todos os Municípios da Federação, visto que foi julgado sob o regime de repercussão geral.

Diante das considerações feitas acima, sucedesse agora para uma abordagem mais incisiva e elucidativa dos votos vencedores e vencidos dos ministros citados acima.

2 PRINCIPAIS ARGUMENTOS DOS VOTOS VENCEDORES

Inicialmente, o Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, relator, ao tratar sobre a possibilidade de instituição de taxa de extinção e prevenção de incêndios e de defesa civil pelo ente municipal, recordou dos argumentos utilizados pelo acórdão estabelecido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, ressaltou que tais serviços possuem uma natureza geral, uma vez que não são específicos e divisíveis, o imposto não pode ser definido de acordo com o critério patrimonial, deve-se adotar como parâmetro a atividade estatal.

Com fulcro no texto constitucional, foi destacado com base no art. 144, caput, a competência do ente federativo Estado, cujo dever é promover a garantia da segurança pública, qualificada como uma espécie de direito erga omnes, assim como a responsabilidade, deve ser exercida com o escopo precípua de preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio, mediante a atuação de órgão da

administração pública. Um desses órgãos destacados, conforme aponta o rol previsto no inciso v, são as polícias militares e os corpos de bombeiros militares. Ainda acerca disso, o parágrafo 5º do art. 144, incumbe aos corpos de bombeiros militares a execução de atividades de defesa civil.

Portanto, prevenção e o combate a incêndios são atividades do Corpo de Bombeiros, consideradas atividades de segurança pública, nos termos do art. 144, V e § 5º da CF/88:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

(...)

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

(...)

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

Logo, em conformidade com exposto, o município estaria subtraindo para si, competência originalmente destinada ao Estado, atividade esta a ser apoiada mediante impostos, no caso em tela, houve cobrança de tributo.

Desse modo, o relator profere seu voto pelo desprovimento do recurso, em razão do município não ter competência para criação de taxa no âmbito da atividade de combate ao sinistro, esse serviço é tido como essencial e deve ser exercido pelo Estado. Conforme preleciona o Ministro-Relator.

A segurança pública, presentes a prevenção e o combate a incêndios, faz-se, no campo da atividade precípua, pela unidade da Federação, e, porque serviço essencial, tem como a viabilizá-la a arrecadação de impostos, não cabendo ao Município a criação de taxa para tal fim.” (STF. Plenário. RE 643247/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 1º/8/2017), (repercussão geral).

Visando fundamentar o seu posicionamento, ressalta um caso já apreciado pelo próprio STF, cujo relator era o ministro Moreira Alves, ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 1.942-2/PA, por unanimidade dos votos prevaleceu o entendimento, em face do artigo 144, “caput”, inciso V e parágrafo 5º, da Constituição, que a segurança pública é dever do Estado e direito de todos, envolve a preservação da ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio, através, entre outros meios,

da polícia militar. A sua manutenção é possível ou sustentada pelos impostos e não por taxa, o que não caracteriza taxa em função do exercício do poder de polícia, mas sobre uma provável utilização de serviços públicos específicos e divisíveis, fato este não constatado em se tratando de serviço de segurança pública.

Prosseguindo, o Ministro Edson Fachin adota a integralidade do que foi discorrido pelo Ministro-relator, ressalva como justificativa para a instituição da taxa o requisito de ser um serviço especializado e divisível, fato não constatado no caso em tela. A parte recorrente (Município de São Paulo) alega uma suposta constitucionalidade da taxa de combate a sinistros cobrada pela municipalidade, sendo que o tributo seria constituído efetivamente ou potencialmente para assistência, combate e extinção de sinistros a determinados prédios. Logo, se sustenta que o serviço público seria individualizado e divisível, podendo ter como base de cálculo da taxa não seria inconstitucional, visto que o IPTU tem como base de cálculo o valor do imóvel, a taxa defendida teria como parâmetro a área do imóvel construído.

Com isso, o caso apresenta duas controvérsias jurídicas de relevância para os de municípios brasileiros, tece uma discussão em torno da competência municipal para instituir taxa atinente à prestação de serviço público de combate a incêndio ou a outros sinistros e caso haja competência, o tributo teria como base de cálculo a metragem do bem imóvel.

Tal controvérsia é verificada no âmbito jurisprudencial do STF há mais de seis décadas, se estendendo por sucessivas ordens constitucionais vigentes na história brasileira. A exemplo do RMS 9.468, de relatoria do Ministro Ribeiro Costa, Tribunal Pleno, DJ 29.08.1963, que declarou inconstitucional a chamada “taxa de bombeiro”, por se tratar de serviço de exclusivo interesse público, o respectivo custeio deveria dar-se mediante impostos. A taxa de bombeiro é tributo destinado a serviço de exclusivo interesse público, serviços que devem ser custeados por impostos, da mesma forma que a defesa nacional, o do ensino primário, o de polícia, etc. Mais adiante, esse mesmo entendimento foi reafirmado, em sede de apelo extremo, no RE 48.879, também de relatoria do Ministro Ribeiro Costa, Segunda Turma, DJ 10.10.1963

Para elucidar ou tecer um posicionamento consistente, é trazido uma série de precedentes judiciais, o mais relevante é o Recurso extrajudicial 206.777 (DJ 30.04.1999), de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, favorável a constitucionalidade de taxa de segurança instituída pelo Município de Santo André, com

o fito de cobrir despesas com manutenção dos serviços de prevenção e extinção de incêndios.

No entanto, em vista do que firma a constituição, o precedente em questão é considerado pelo Ministro Fachin como superável, sendo cediço que a atividade de combate a incêndios e demais sinistros se configura serviço público geral e indivisível remunerado por meio de impostos, ainda considera a inexistência de competência tributária do Município. A defesa civil não se enquadra nas competências administrativas do ente municipal, assim como não existe similitude com o conceito de poder de polícia.

Ante a incidência da taxa de combate a sinistros do município de São Paulo, o Ministro entende pela inconstitucionalidade do tributo, tendo como referencial o art. 145, §2º, da Constituição da República, o qual determina a impossibilidade de as taxas terem base de cálculo própria de impostos, pois incidem sobre serviços usufruídos por qualquer cidadão, ou seja, indivisíveis.

No âmbito da jurisprudência da Corte do STF não é desconhecida a possibilidade de se utilizar da metragem da área construída do imóvel como um dos elementos da base de cálculo de taxa. É o caso da taxa de coleta de lixo tratada no RE 232.393, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 05.04.2002.

Para o Ministro Fachin, esse entendimento não deve prevalecer em face do presente caso, em razão de não existir uma correlação entre o financiamento da atividade de defesa civil e a metragem do imóvel, pois não corresponde ao requisito da referibilidade das taxas tributárias. Desse modo, não se consegue criar uma relação direta entre a área de um imóvel e a ocorrência de um possível incêndio, fato não constatado no caso da coleta do lixo em que há uma estimava proporcional entre o padrão de consumo do proprietário e sua família e a produção de lixo, e o poder aquisitivo demonstrado no momento da compra do imóvel.

Ademais, a taxa em questão é inconstitucional, porquanto guarda identidade de sua base de cálculo com a do IPTU, em afronta ao art. 145, §2º, da Constituição da República. No caso julgado, a base de cálculo prevista na legislação municipal utiliza apenas a metragem do imóvel como elemento em comum à base de cálculo do Imposto Predial Territorial Urbano.

Em seguida, consta o voto do Ministro Luís Roberto Barroso em consonância com o parecer do relator, enfatizando a inconstitucionalidade da cobrança de taxa relativa ao serviço de combate e prevenção de incêndios desempenhados pelo Corpo de Bombeiros Militares, pontuando que tal competência pertence aos Estados que também

exerce a prerrogativa de organização das carreiras inseridas no crivo da atividade policial militar, conforme atribuiu à constituição, no art. 144, inciso V, §§ 5º, 6º e 7º.

Ainda o Ministro Barroso, não desconsiderar os precedentes judiciais advindos do controle difuso de constitucionalidade. Destaca como aspecto comum, a legitimidade constitucional do tributo em vista da natureza do serviço prestado, se específico e divisível, tal qual determina o art. 145, inciso II, da Constituição.

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

No mesmo sentido votou a Ministra Rosa Weber, compartilhando concepção semelhante acerca da matéria discorrida no plenário. Por sua vez, o Ministro Ricardo Lewandowski recorreu a uma argumentação analítica, estabelecendo uma linearidade entre os fatos, interligando-os de uma forma simples e peculiar, sem subterfúgios ou abordagem densa e rebuscada, promoveu uma conclusão elucidativa. Primeiramente, definiu que o combate aos sinistros cobrado mediante taxa, consiste em serviço não caracterizado *uti singuli*, ou seja, não é divisível e nem individualizado, o que torna inoportuno e incompatível com a constituição, a iniciativa do município de São Paulo.

Com a devida vênia, cita a Lei 12.608/2012 que institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (PNPDEC), dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil (SINPDEC) e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil (CONPDEC). Em seu 2º artigo vincula uma competência concorrente dos entes federativos no que tange a segurança pública. Para o Ministro, não seria pertinente se utilizar desse ato normativo para fundamentar decisão favorável ao provimento do recurso, sob o argumento de que a lei em questão traz atribuições de cunho genérico, as quais contemplam os municípios. Entretanto, não apresentam caráter *uti singuli*, por essa lei, as atribuições designadas são serviços públicos de caráter *uti universi*, isto é, não são divisíveis, portanto não podem ser objeto de taxa.

A Ministra Carmen Lúcia, ao proferir o seu voto, procurou ser sucinta e direta em sua decisão prosseguindo a mesma linha de pensamento e fundamentação dos Ministros, declarou inconstitucional a Taxa de Combate a Sinistros (instituída pela Lei municipal n. 8.822/78-SP), destacou que para o Tribunal de origem, a prestação do

“serviço taxado” deveria ser de competência do Estado, na forma dos arts. 139 e 142 da Constituição paulista.

Em função disso, conclui que os serviços de extinção e prevenção de incêndios e de defesa civil não são específicos e divisíveis, são exercidos de forma geral, devem ser remunerados por imposto. A base de cálculo da taxa deve mensurar a atividade estatal, guardando estrita relação com o fato gerador, não se admitindo a utilização de índices típicos de impostos, a exemplo do patrimônio.

Reafirma diante do artigo 144, “caput”, inciso V e parágrafo 5º, da Constituição, a segurança pública, enquanto dever do Estado e direito de todos, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através, entre outras, da polícia militar, essa atividade do Estado só pode ser sustentada pelos impostos, e não por taxa.

Outro argumento utilizado em citação ao prelecionamento do relator se encontra nos termos do art. 144, inc. V, § 6º, da Constituição da República, acerca da competência do Estado.

Art. 144 § 6º As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Em síntese, a corte do STF, manteve decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP) que julgou inconstitucional a cobrança da Taxa de Combate a Sinistros (Lei Municipal 8.822/1978), criada para garantir ressarcimento ao erário municipal do custo da manutenção do serviço de combate a incêndios. A decisão seguiu o voto do relator do processo, ministro Marco Aurélio, que negou provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 643247, interposto pelo Município de São Paulo contra a decisão do TJ-SP.

Em consonância com os votos vencedores, foi firmado um entendimento definido, à luz do artigo 144 da constituição federal é atributo dos estados-membros, por meio dos Corpos de Bombeiros Militares, a execução de atividades de defesa civil, incluindo a prevenção e o combate a incêndios. Logo, não é permitido que o município tentasse obter uma competência que não se encontra em sua esfera, é inconcebível o município criar tributo sobre o rótulo de taxa. Com fulcro no artigo 145 da Constituição, é vedado aos estados e municípios instituir taxas que tenham como base de cálculo

elemento incomum do imposto, haja vista que incidem sobre serviços usufruídos por qualquer cidadão, ou seja, indivisíveis.

3 PRINCIPAIS ARGUMENTOS DOS VOTOS VENCIDOS

Em outra senda, destoando dos votos suprarreferidos, manifesta-se o Ministro Luiz Fux, quando o julgamento foi iniciado, em 2016. Preleciona o Excelentíssimo Ministro que a segurança pública, segundo o *caput* artigo 144, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é responsabilidade de todos, *in verbis*: “Art. 144. **A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos**, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:” (Brasil, 1988, *grifo nosso*).

Argumenta, baseado no supracitado artigo, que há uma distinção entre a taxa de polícia e a taxa de serviços, razão pela qual não existiria inconstitucionalidade na cobrança da taxa cobrada pelo município de São Paulo, uma vez que a Lei Maior deixa claro que a segurança é responsabilidade de todos.

Outrossim, o Ministro defendeu a constitucionalidade da taxa municipal em São Paulo com fulcro na doutrina brasileira e na jurisprudência do Pretório Excelso, uma vez que a taxa instituída pelo município paulista se refere especificamente a imóveis construídos, o que lhe conferiria caráter de divisibilidade.

Destarte, observa-se, no voto do ministro Fux, a utilização de precedentes jurisprudenciais, como o Recurso Extraordinário do Ministro Ilmar Galvão sobre o município de Campinas, que foi utilizado para fazer uma analogia com a taxa de lixo, em conseqüente, um aresto do Ministro Carlos Velloso e, ulteriormente, um precedente do Ministro Joaquim Barbosa. Ademais o Ministro Fux aduziu que esses precedentes culminaram em diversas decisões monocráticas no sentido de sua linha de entendimento, consoante demonstrou, *in verbis*:

A matéria constitucional invocada no Recurso Extraordinário está prequestionada. Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, é constitucional a Taxa de Combate a Sinistros, instituída pelo Município de São Paulo, uma vez que possui como fato gerador a prestação de serviço específico e divisível. Agravo Regimental conhecido. (STF, 2017, p. 26).

Continuou a argumentar o Ministro que a taxa possuía caráter de divisibilidade porquanto, à época, fora definido que se aplicaria estritamente a prédios construídos. Noutra senda, por força dos argumentos utilizados, chegava-se ao entendimento de que aos municípios cabia “organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão, serviços de interesse local, incluído o transporte, que tem caráter essencial.” (STF, 2017, p. 26). Razão pela qual, entendeu o Ministro que a cláusula geral do artigo 144 da CF/88, que dispõe sobre a responsabilidade de todos em relação à segurança engloba os sinistros em incêndios, e, portanto, o próprio município tem competência para tal.

O Excelentíssimo Ministro ratificou sua linha de inteligência utilizando a obra do professor Hely Lopes Meirelles, doutrinador brasileiro, conforme abaixo transcrito:

O serviço de prevenção contra incêndios, principalmente o seu aspecto preventivo, é da competência do Município. As providências cautelares devem ser exigidas desde a aprovação dos projetos de construção, para os quais o Código de Obras e as normas especiais estabelecem requisitos de segurança contra fogo e impõem dispositivos de salvamento nos edifícios de utilização coletiva, casas de diversão, recintos de espetáculos e demais estabelecimentos ou locais sujeitos a incêndio. (Meirelles apud Fux, STF, 2017, p. 27, grifo nosso).

Destarte, o Ministro Fux solicitou o provimento do recurso interposto pelo município de São Paulo, com base nos precedentes jurisprudenciais da Suprema Corte e na doutrina, entendendo “pela constitucionalidade da taxa de combate a sinistro instituída pela Lei Municipal nº 8.822 e cobrada exclusivamente pela prestação de serviço público de assistência, prevenção, combate e extinção a incêndio, especificamente em imóveis construídos” (STF, 2017, p. 27), por acreditar que trata-se de taxa com caráter de divisibilidade e por entender que a questão tem interesse regional e que foram atendidos os requisitos dispostos no inciso II do artigo 145 da Constituição:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios **poderão instituir os seguintes tributos:**

[...]

II - **taxas**, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, **de serviços públicos específicos e divisíveis**, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição; (Brasil, 1988, *grifo nosso*).

Ulterior ao voto do Ministro Luiz, o Ministro Dias Toffoli pediu vista dos autos, em razão da divergência apresentada; visto que a questão se refere à taxa de combate a sinistro, bem como à segurança. Após a vista dos autos, o Ministro Toffoli acompanhou o Ministro Luiz Fux no sentido de dar provimento ao recurso extraordinário, conforme os argumentos abaixo referidos.

O Excelentíssimo Ministro Dias Toffoli afirmou que o Supremo Tribunal Federal havia, em outras ocasiões, reconhecido a constitucionalidade da taxa de prevenção e combate a incêndio instituída por município. Para tanto, mencionou a decisão proferida no Recurso Extraordinário Nº 206.777/SP, sessão de 25/2/99, que consubstanciou diversos outros julgados, em que o então Ministro Ilmar Galvão, aduziu que a taxa de segurança se destinava a cobrir serviço público específico e divisível. (STF, 2017).

O Ministro apresentou dados de pesquisas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística e da Revista Emergência para evidenciar a ausência de corpo de bombeiros, unidades de defesa civil ou outra estrutura para atuar na prevenção de riscos e resposta a desastres em diversos municípios. (STF, 2017).

Preleciona o Ministro que o art. 144, § 5º: “Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.” (Brasil, 1988) não obsta que os municípios prestem o serviço em questão. Ademais o *caput* do referido artigo, alhures citado, inclui os municípios no rol de responsabilização pela segurança pública.

São utilizados os posicionamentos doutrinários de Celso Ribeiro Bastos e Benedicto Silva para corroborar com o entendimento de haver a possibilidade de os municípios prestarem serviço de assistência, combate e extinção de incêndio e de outros sinistros em prédios. Ademais, é apresentada a tese de justificação de anteprojeto de lei orgânica municipal elaborada por Diogo Lordello de Mello que converge com a sustentação do Ministro de que “podem os municípios prestar serviço que, ao fim e ao cabo, colabore com a defesa civil, como é o caso dos serviços de assistência emergencial, combate ou extinção de incêndios ou outros sinistros em prédios.” (STF, 2017, p. 40).

O Ministro menciona o art. 23, incisos III, IV, VI, VII; o art. 216, § 1º; o art. 144, § 8º; o Recurso Especial nº 725.257/MG de 14/5/07, e os ensinamentos de Guilherme José Purvin de Figueiredo para defender que:

[...] é fora de dúvidas que **o município tem todo o interesse em combater o incêndio ou outro sinistro que coloque em risco os bens ou interesses que ele tem a responsabilidade pela tutela** (proteção, preservação, impedimento da destruição etc.), tal como o meio ambiente artificial, em que se enquadram os prédios. (STF, 2017, p. 42, *grifo nosso*).

Destacou, outrossim, o Ministro as lições de Hely Lopes Meirelles acerca do tema, bem como evocou a legislação infraconstitucional (Decreto nº 88.777/83 e a Lei nº 13.425/17) e a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul tendo por escopo demonstrar a possibilidade de os municípios prestarem serviços de assistência emergencial, combate e extinção de incêndios ou de outros sinistros em prédios.

O Ministro justificou a possibilidade da criação da taxa em razão da especificidade e divisibilidade do referido serviço municipal, para tanto, exemplificou situação análoga presente em Recurso Extraordinário nº 576.321/SP-QO-RG de 13/2/09 julgado pela Suprema Corte. Ademais, demonstrou através da Lei nº 11.901/09 a possibilidade de os bombeiros civis atuarem conjuntamente aos bombeiros militares.

Por fim, para concluir a fundamentação de seu voto, acompanhando a divergência inaugurada pelo Ministro Fux, o Ministro Toffoli, com base em jurisprudência do Pretório Excelso, declarou a necessidade da base de cálculo da referida taxa ter razoável equivalência com os custos do serviço.

O Ministro Alexandre de Moraes, por sua vez, seguiu a linha discordante encabeçada pelo Ministro Fux. Para o Excelentíssimo Ministro Alexandre de Moraes, deve-se realizar uma interpretação conjunta entre os artigos 144, § 5º; 22, inciso IX e 30, inciso I e V, extraíndo-se, a partir disso, o entendimento de que a execução da defesa civil é de competência comum a todos os entes federativos, incluindo-se os municípios.

Nesse mesmo sentido, o Ministro utilizou a Lei 12.608/2012, que instituiu a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil e dispôs acerca do Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil para defender a integração dos serviços de Defesa Civil no âmbito dos três níveis de entes federativos. Conforme explicitado no artigo 4º, inciso I que apresenta a articulação entre todos os entes federativos para redução de desastres e apoio às comunidades atingidas como uma das diretrizes da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (PNPDEC). Ademais, a suprarreferida lei dispôs, em seu artigo 8º, um rol

de competências privativas atribuídas ao município no âmbito da PNPDEC; enquanto o artigo 9º disciplina competências comuns à União, aos Estados e aos Municípios.

Ante o exposto, infere o Ministro que “a lei atribui um longo catálogo de responsabilidades privativas aos Municípios no tocante à execução das políticas de defesa civil, além de diversas outras competências comuns.” (STF, 2017, p. 54). Ressaltou ainda o ministro que o artigo 18 do mesmo diploma legal explicita que os militares não são os únicos responsáveis pela proteção e defesa civil.

Ratificando seu posicionamento, o Ministro citou a Lei Complementar nº 1.257/2015 do Estado de São Paulo que instituiu o Código Estadual de Proteção contra Incêndios e Emergências, consoante seu artigo 2º, inciso III, alínea a, foi estabelecida a existência de Bombeiros Públicos Municipais. Razão pela qual, afirmou o Ministro:

[...] não cabe restringir apenas aos Estados-Membros a competência acessória inscrita no art. 145, II, da CF para financiar os serviços eventualmente prestados a esse título, quando presente o “interesse local”, nos termos do artigo 30, inciso I, do texto constitucional. Entendo, portanto, que, na presente hipótese, o Município de São Paulo possui competência legislativa para editar a norma impugnada. (STF, 2017, p. 56).

Em conclusão à fundamentação do seu voto, o Ministro, utilizando a jurisprudência de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, reiterou a legitimidade da cobrança da taxa municipal visto que o combate a sinistros não configura serviço incompatível com o financiamento mediante taxas, uma vez que é passível de fruição individualizada pelos proprietários de imóveis.

O Ministro Gilmar Mendes acompanhou a votação contrária a decisão do relator, declarando:

Estou convencido, inclusive pelas razões esgrimidas inicialmente pelo Ministro Fux e também agora pelo Ministro Toffoli, até quanto à singularidade do serviço. Lembrava-me das tragédias que verificamos nas grandes cidades com esses fogões e botijões de gás, que são alvos dessas operações de prevenção do próprio trabalho de Defesa Civil. A mim me parece que essa é a forma adequada de financiar e subsidiar esse tipo de serviço. (STF, 2017, p. 60).

Para o Ministro, quando o município não tem permissão para a cobrança de taxas municipais para o devido fim, ele estará condenado a não dispor desse serviço, por não ter como subsidiá-lo.

Outrossim, afirmou o Ministro:

Então, parece-me realmente uma forma muito inventiva de condenar o município a não ter serviço algum de bombeiro! Porque ele teria a partir desse modelo de taxa de poder de polícia. Mas, ao optarmos pela afirmação de que ele precisa subsidiar com recursos diretos do orçamento, portanto, de verbas gerais, ele vai sustentar isso como? Com o IPTU? Com o ISS? Que são poucos tributos que remanescem. Então, nós estamos optando por dizer que, nesse caso, o município não deve ter serviço algum. Então, parece-me que esta é uma opção que, a partir de uma modelagem que não me parece mais hoje sustentável, que não haja a possibilidade de ter taxa como se demonstrou, que a taxa é, exatamente, por conta dos serviços de prevenção e de fiscalização que exercem, nós condenamos o município a não ter nenhum recurso. (STF, 2017, p. 60-61).

Por fim, destacou o Ministro Gilmar Mendes para referendar seu voto no sentido divergente à relatoria que “tem que haver maior integração no tema de segurança pública, no que diz respeito ao próprio texto constitucional com a responsabilidade de todos.” (STF, 2017, p. 61).

4 CONCLUSÃO

Superadas as considerações iniciais que muito contribuem para a elucidação de dúvidas e equívocos, e após a excelente explanação dos votos dos excelentíssimos ministros acerca da matéria tratada, cabe dissecar o posicionamento crítico do grupo no que diz respeito a declaração de inconstitucionalidade da Taxa de Combate a Sinistros - Lei Municipal nº 8.822/1979 - deliberada pelo Município de São Paulo.

Ante os fatos, concordamos com o Ministro relator e os demais que votaram em consonância com o mesmo - os Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

A cobrança da taxa supracitada não encontra respaldo no texto constitucional e vinha apenas engrossando os enormes custos do Estado e da sociedade. É do conhecimento geral e veiculado reiteradamente nas mídias sociais que os brasileiros são um dos povos que mais pagam impostos no mundo e que menos veem os retornos dessas arrecadações.

Todo montante arrecadado com os impostos viabilizam as atividades mais essenciais do Estado e necessárias para a sociedade. Essa acumulação de capitais decorre do exercício do poder regular de polícia (art. 78, do CTN) ou da utilização efetiva ou

potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à disposição.

A criação e recolhimento de taxas são justificáveis, segundo a Carta Magna de 1988, em duas situações restritas: no exercício do poder de polícia e a prestação de serviços públicos. Ratificando a assertiva anterior, o inciso II do art.145 relata as premissas para arrecadação de taxas, que necessitam ser “em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.”

Consoante BALTAR NETO E TORRES, o poder de polícia configura-se como:

O poder de polícia pode ser compreendido como a faculdade conferida ao Estado para restringir o exercício de um direito individual em face de um potencial ou real benefício decorrente dessa restrição para a sociedade e possui como fundamento o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Na verdade, o conceito acima fornecido pelo saudoso mestre Hely Lopes Meirelles, envolve o poder de polícia *lato sensu* do Estado, tendo em vista que a restrição a direito individual só pode decorrer do Poder Legislativo (lei em sentido formal) e não poder normativo da Administração. (2015, p.222)

Ainda na sua explanação diz:

Podem-se identificar [...] duas atividades administrativas

I) A prestação de serviço público à coletividade

II) A atividade estatal que limita o exercício de direito individual, chamada polícia administrativa

Essa segunda atividade surge da necessidade de convívio em sociedade. Para que não prevaleça a “lei do mais forte”, faz-se necessário que o Estado [...] impeça que o excesso no exercício de um direito individual venha a afetar o exercício de outro direito individual ou coletivo. (2015, p.222)

Fica claro, na literatura do inciso supracitado, que a instituição de taxas precisa ocorrer com serviços públicos que carreguem caráter específico e divisível. O combate a incêndios por atingirem a coletividade e pessoas indeterminadas não se encaixam dentro de tal prerrogativa, vestindo-se como genéricos e indivisíveis.

Segundo Ricardo Alexandre:

O ente competente para instituir e cobrar a taxa é aquele que presta o serviço ou que exerce o respectivo poder de polícia. Como os Estados

tem a competência material residual, podendo prestar serviços públicos não atribuídos expressamente à União nem aos Municípios (CF, art.25, § 1º) a consequência é que indiretamente, a Constituição Federal atribui competência tributária residual para instituição de taxas aos Estados. (2017, p.62-63).

O artigo 77 do Código Tributário Nacional dispõe o seguinte:

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas. (Vide Ato Complementar nº 34, de 1967)

Não pode desligar-se também da importância dos requisitos especificidade e divisibilidade, essenciais na explanação dos ministros que votaram a favor da declaração de inconstitucionalidade da taxa de incêndios e Sinistros. Tais exigências são definidas pelo CTN, em seu artigo 79, incisos II e III.

Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se:

I - utilizados pelo contribuinte:

a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;
b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;

II - específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade, ou de necessidades públicas;

III - divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.

Consoante o doutrinador Ricardo Alexandre:

[...] os serviços são específicos quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidade públicas; são divisíveis quando suscetíveis de utilização separadamente, por parte de cada um dos seus usuários. (art.79, II, III) Na prática o serviço público remunerado por taxa é considerado específico quando o contribuinte sabe por qual serviço está pagando o que não acontece, por exemplo, com a taxa de serviços diversos, cobrada por alguns municípios. (2017, 65)

No que diz respeito a divisibilidade presente como prerrogativa no art. 79 do CTN o autor revela:

[...] a divisibilidade está presente quando é possível ao Estado identificar os usuários do serviço a ser financiado com a taxa. Assim, o serviço de logradouros públicos não é divisível pois seus usuários não são identificados nem identificáveis, uma vez que a limpeza da rua beneficiou a coletividade genericamente considerada. (2017, p.66)

Perante o abordado, reiteramos nossa concordância com a decisão do Supremo Tribunal Federal, que decidiu pela inconstitucionalidade da Taxa de Incêndios e Sinistros. Não há cabimento falar em individualização e quantificação do serviço a cada contribuinte.

O serviço possui sim caráter universal beneficiando todos aqueles proprietários, possuidores ou titulares de bens imóveis localizados na zona urbana municipal, além de beneficiar toda sociedade, que pode ter todos os seus bens, imóveis, móveis e semoventes, e a própria vida dos indivíduos, ameaçadas por possível incêndio não controlado.

A primacial característica do serviço de combate a incêndio – prestação a sociedade como um todo – é responsável também por fazer a cobrança da taxa de incêndio inconstitucional e ilegal.

A segurança pública é atividade essencial do Estado e, por isso, é sustentada por meio de impostos (e não por taxa). Nesse sentido:

[...] A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se consolidou no sentido de que a atividade de segurança pública é serviço público geral e indivisível, logo deve ser remunerada mediante imposto, isto é, viola o artigo 145, II, do Texto Constitucional, a exigência de taxa para sua fruição. [...] (STF. Plenário. ADI 1942, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 18/12/2015)

À vista disso, as atividades prestadas pelo Corpo de Bombeiros, dentre as quais encontramos a extinção de incêndios, estão incluídas no serviço de segurança pública, como se infere da leitura do inciso V do artigo 144 da Carta Magna:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I-polícia federal;

II-polícia rodoviária federal;

III-polícia ferroviária federal;

IV-polícias civis;

V-polícias militares e corpos de bombeiros militares.

[...]

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

A jurisprudência do STF é gritante ao afirmar que não cabe cobrança de taxa em atividade de segurança pública, não sendo possível também que, a pretexto de prevenir sinistro relativo a incêndio, venha o Município tomar decisão que cabe ao Estado, com a criação de tributo sob a forma de taxa.

O Supremo Tribunal Federal, ao deliberar sobre o tema, fixou a seguinte tese:

A segurança pública, presentes a prevenção e o combate a incêndios, faz-se, no campo da atividade precípua, pela unidade da Federação, e, porque serviço essencial, tem como a viabilizá-la a arrecadação de impostos, não cabendo ao Município a criação de taxa para tal fim. (STF. Plenário. RE 643247/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 1º/8/2017 (repercussão geral) (Info 871)).

Assim, ante o exposto as atividades que englobam segurança pública, dentre elas a preservação e o combate a incêndios, devem ser mantidas por meio de impostos, de forma que nem mesmo o Estado poderia instituir validamente uma taxa para remunerar tais serviços.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, R. **Direito Tributário**. Editora Juspodivm. 11ª edição. São Paulo. 2017

BALTAR NETO; F.F. TORRES. R. C. L. de. **Direito Administrativo**. Editora Juspodivm. 5ª edição. São Paulo. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 13 jan. 2018.

CÓDIGO Tributário Nacional. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm. Acesso em 17 de fev. de 2018.

STF. Acórdão em recurso extraordinário 643.247 São Paulo. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ de 1º/8/17. Disponível em: <[file:///C:/Users/WCD/Downloads/%C3%A0cord%C3%A3o%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/WCD/Downloads/%C3%A0cord%C3%A3o%20(1).pdf)> Acesso em: 13 jan. 2018.

II

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543: O debate sobre a inconstitucionalidade de dispositivos da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e da Resolução 34/2014 da Agencia Nacional de Vigilância Sanitária.

Saulo Freitas da Silva

1 INTRODUÇÃO

A Ação Direta de Inconstitucionalidade, atualmente tramitando no STF (Supremo Tribunal Federal), movida pelo PSB (Partido Socialista Brasileiro), demanda pela declaração de inconstitucionalidade direta por parte da Corte Suprema de dois dispositivos de dois atos administrativos emanados da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) e do próprio Ministério da Saúde. Trata-se de duas normas decorrentes do poder normativo da Administração Pública que regulam de forma razoavelmente abrangente os processos relativos à doação, armazenagem, transfusões, pesquisas e muitos outros procedimentos médicos relativos ao sangue humano. Os atos administrativos em discussão em sede do STF são: A Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e a Resolução da Diretoria Colegiada RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Dentre as diversas disposições dos dois atos administrativos uma, que é comum a ambos, chamou especial atenção dos movimentos defensores dos direitos da comunidade LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transexuais), dos grupos defensores dos direitos humanos e de grupos que defendem a proliferação da prática da doação de sangue. Os dispositivos em debate tratam de grupos de indivíduos que são temporariamente proibidos de doar sangue, dentre esses grupos há um tópico que faz referência direta ao homem gay que tenha feito sexo no intervalo de um ano antes da data da doação. Havendo, desse modo, uma proibição ao direito de doar sangue ao homem gay que tenha vida sexualmente ativa. Eis o conteúdo dos atos administrativos, respectivamente, A Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e a Resolução da Diretoria Colegiada RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Portaria nº 158/2016, MS:

Art. 64. Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo:

(...)

IV - homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes; (Grifo nosso)

Resolução nº 34/2014, ANVISA:

XXX - os contatos sexuais que envolvam riscos de contrair infecções transmissíveis pelo sangue devem ser avaliados e os candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos temporariamente por um período de 12 (doze) meses após a prática sexual de risco, incluindo-se:

(...)

d) indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes;

Os dois atos administrativo citados, principalmente nos dispositivos destacados, criam restrições temporárias a alguns doadores sob o argumento de que certos grupos de indivíduos estariam mais suscetíveis a serem portadores de doenças contagiosas e, desse modo, haveria mais chances de transmissão dessas doenças por meio das doações de sangue. No ponto específico desse trabalho há uma restrição quanto a homens que tenham feito sexo com outros homens nos 12 meses anteriores à data da

doação sob o argumento de que homossexuais compõem grupo de risco, onde é mais comum encontrar portadores de doenças sexualmente transmissíveis, principalmente a AIDS transmitida pelo vírus HIV. Essa restrição, como é obvio de se perceber, recai principalmente sobre os homens homossexuais.

Para o partido promotor da Ação Direta de Inconstitucionalidade e demais instituições que ingressaram no polo ativo da ação na condição de *Amicus Curiae*, na prática, tais normas impedem que homossexuais doem sangue de forma permanente e mantenham o seu direito ao sexo. De forma mais popular: O homem homossexual é obrigado a escolher entre um ou outro direito, não podendo manter os dois; ou ele goza do seu direito ao sexo e à satisfação sexual, ou ele exerce o direito/dever à solidariedade doando sangue.

Os dispositivos dos atos administrativos citados excluem, em todo caso, a possibilidade de congregar os dois direitos que são inerentes à condição humana. Para o PSB tal situação revela absurdo tratamento discriminatório por parte do Poder Público em função da orientação sexual, sobretudo se se leva em consideração o fato de não haver nenhum tipo de restrição à doação de sangue pelo homem heterossexual, ainda que este tenha um comportamento sexual irresponsável e pernicioso. O PSB sustenta que as normas questionadas nesta ação violam os seguintes preceitos constitucionais: dignidade da pessoa humana, direito fundamental à igualdade, objetivo fundamental de promover o bem de todos sem discriminações e princípio da proporcionalidade.

Sustenta também, o autor da ADI, que o critério a ser adotado para avaliação da incolumidade do tecido a ser doado não deve ser a orientação sexual do doador, haja vista que práticas sexuais irresponsáveis e perigosas, do ponto de vista clínico, são comuns a todas as orientações sexuais. Praticar sexo sem o uso do preservativo, por exemplo, ainda é, infelizmente, uma prática comum entre pessoas de todas as faixas etárias e orientações sexuais, sobretudo entre jovens; segundo dados da organização mundial da saúde conseguidos por meio do portal de notícias *Globo.com* a prática do sexo sem o uso do preservativo responde por 81,7% dos contágios por HIV entre 2007 e 2016¹. Diante de dados como esse o PSB indica que o risco de contaminação por HIV ou qualquer outra doença sexualmente transmissível não decorre da orientação sexual, mas sim do nível de responsabilidade e cuidado do agente em sua vida sexual.

¹ <https://g1.globo.com/bemestar/noticia/apos-fachin-defender-que-veto-a-doacao-de-sangue-por-gays-e-inconstitucional-stf-retoma-julgamento-entenda.ghtm>.

O partido pede liminar para suspender imediatamente os efeitos da portaria do Ministério da Saúde e da resolução da Anvisa e, no mérito, que tais normas sejam consideradas inconstitucionais. O PSB afirma que a legislação brasileira já exclui a doação de sangue por pessoas promíscuas, sejam hétero ou homossexuais. “Nesse contexto, veja-se que o objetivo desta ação direta não compromete, de forma alguma, a segurança dos procedimentos hemoterápicos. O que se busca é extinguir do ordenamento jurídico brasileiro os ranços discriminatórios que, sob o véu da ‘proteção’, mantêm exclusão social inadmissível na ordem constitucional vigente”, conclui o PSB.

2 O VOTO VENCEDOR: DO RELATOR

O Ministro do STF Edson Fachin, a quem coube a relatoria do processo, apresentou seu extenso e bem fundamentado voto, amplamente seguido pelos seus pares, acolhendo a tese da inconstitucionalidade dos dispositivos da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e a Resolução da Diretoria Colegiada RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), satisfazendo completamente o pleito da parte autora, o PSB. O voto do Ministro se pautou ao redor de um eixo central que foi o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e, sob esse guarda-chuva, acolheu outras importantes discussões que deram ainda mais suporte ao seu voto.

A princípio há a discussão sobre o sangue, sua importância biológica e o seu valor simbólico; além do debate sobre a noção de pertencimento ao grupo humano que gera o ato de solidariedade de doar sangue.

Em seguida debate a necessidade de uma hermenêutica constitucional que seja ferramenta de constante construção e reconstrução de direitos e garantias fundamentais e reforce a posição do Estado e da Suprema Corte como garantidora desses direitos.

Em seguida pontua a importância de se enxergar a dignidade da pessoa humana mens como valor meramente retórico e programático e mais como direito fundamental concreto a ser implementado dia após dia em decisões como essas e também na esfera do direito privado. Na esfera do direito privado a dignidade da pessoa humana se relaciona com o direito aos direitos da personalidade: ter vida sexual ativa e doar sangue.

E conclui a sua argumentação tratando do direito à igualdade, também princípio fundamental do nosso ordenamento constitucional, que deve ser observado modernamente como igualdade material e não apenas como a igualdade formal.

Esses aspectos centrais e fundantes do voto do excelentíssimo Ministro Edson Fachin nortearão, a partir de então, a construção dessa interpretação.

2.1 O sangue: sua importância biológica e o seu valor simbólico – a noção de pertencimento à comunidade humana.

O sangue é um elemento essencial à vida e à noção de pertencimento de um indivíduo à comunidade humana. O sangue é percebido no voto em debate sob esses dois aspectos: primeiro debate-se a importância biológica do sangue para as funções respiratórias, metabólicas e imunológicas do corpo humano; avançando o aspecto biológico o ministro vê o sangue também enquanto elemento que garante ao indivíduo a noção de que é parte de uma espécie.

Em nosso organismo, sem medo de incorrer num velho e bastante usado jargão, sangue é vida. Ele é elemento principal de uma série de funções fundamentais para a manutenção da vida. A respiração, a nutrição, as defesas do organismo contra invasores externos e a regulação da nossa temperatura. Tudo depende do sangue para o seu funcionamento; é por isso que o resultado de uma perda significativa de sangue ou uma parada cardíaca duradoura invariavelmente é a morte. O Ministro percebe e expõe essa importância do sangue para as funções vitais do nosso organismo.

Hoje, porém, é de comum conhecimento da ciência que o sangue humano é responsável pelo suprimento de oxigênio e nutrientes para as células que compõe o organismo, pela retirada de componentes químicos nocivos, pelas funções imunológicas, pela regulação da temperatura corporal, entre tantas outras funções estudadas pela literatura médica.

Nunca é demais lembrar que os bancos de sangue e tecidos humanos vivem em estado de constante penúria por falta de sangue em estoque para suprir as eventuais necessidades. A exclusão de todo um segmento da sociedade em virtude de sua orientação sexual não ajuda em nada, muito pelo contrário, para educação da população para a importância de se solidarizar doando sangue e para a reversão da situação atual dos bancos de sangue.

Além da importância biológica do sangue para a manutenção do organismo vivo, o Ministro também destaca o valor simbólico agregado ao sangue. É o sangue que nos identifica como humanos e o ato de poder doar, em gesto de altruísmo, é um dos elementos que podem nos fazer sentir parte da comunidade humana, esse senso de pertencimento à humanidade não pode ser negado a quem quer que seja. O sangue é elemento simbólico fundante, por exemplo, no cristianismo, onde se entende que o sacrifício de sangue do messias cristão selou uma nova aliança entre Deus e seu povo, tanto que até os dias atuais as igrejas cristãs repetem o ato de beber o vinho que representa o sangue de Jesus Cristos nas ceias. Segundo o repetidamente citado Ministro, o sangue:

Constitui, assim, a prova pulsante do pertencimento a uma mesma espécie, afortunada pelo dom da consciência e reconhecida em sua inerente dignidade e fugaz existência. E é justamente esse pertencimento ressignificado que permite que se exerça o empático e eminentemente altruísta gesto de “doar sangue” em auxílio a outrem dotado da igual condição humana.

Nesse sentido provar alguém, mesmo que temporariamente, do direito de doar sangue sem uma justificativa que seja minimamente plausível, é o mesmo que privá-lo de sua própria humanidade e de seu direito de partilhar do senso de pertencimento à comunidade humana.

Nessa toada, a exclusão a priori de quaisquer grupos de pessoas da possibilidade de praticar tal ato – a doação de sangue - deve ser vista com atenção redobrada, devendo sempre ser dotada de ampla, racional e aprofundada justificativa (razões públicas enfim).

Não defende, o ilustre Ministro, a inexistência de qualquer restrição ao ato de doar sangue. As restrições podem e em alguns casos até devem existir. No entanto, elas devem ser feitas com extremo cuidado e atenção redobrada, pois uma restrição que não se fundamenta em razões de ordem pública profundamente justificadas pode incorrer na negação da humanidade e de pertencimento a esta para o indivíduo restrito.

2.2 A ética da alteridade

A convivência em grupo é a única forma possível, o próprio termo conviver já indica esse caminho, a matriz etimológica do termo aponta para: *viver com*. Apontando para o fato de que a única forma de progresso e desenvolvimento do ser humano enquanto

indivíduo e enquanto espécie é a convivência com o todo. Raimundo Bezerra Falcão em seu livro de título: *Hermenêutica*, aponta para a necessidade de entender e enxergar o ser humano enquanto parte de uma organização que lhe é maior à qual ele chama de todo, nó podemos interpretar esse todo como o grupo, a cidade, o Estado ou mesmo a comunidade global de indivíduos humanos.

Para além da necessidade de organização social para o desenvolvimento e progresso humano, há de se pensar também na necessidade das conjunções sociais de indivíduos para a própria existência do ser humano. Isso significa dizer que a noção de pertencimento a um grupo é fundamental para a própria construção da identidade humana em um indivíduo. Quanto mais embebido num construto social humano, mais humano o indivíduo se sentirá e será; na contramão disso, quanto mais isolado das organizações sociais o indivíduo estiver, menos ele se entenderá enquanto humano.

Conviver em sociedade, então, é importante para o desenvolvimento individual do ser humano ou deste enquanto espécie; e também é importante para a própria construção indelével do ser humano. Por tanto, conviver não é opção, é necessidade inerente à própria condição humana. O grande desafio para consecução dessa convivência necessária é o desafio da alteridade. Conviver com o diferente, aceitando suas diferenças sem abrir mão da própria individualidade e subjetividade. Além de conviver, é necessário conviver com indivíduos que são diferentes e estão se tornando cada vez mais diferentes na expressão de suas subjetividades cada vez mais diversificadas.

Diante dessas necessidades e problemas é que o ministro atenta para essa ética da alteridade. Trata-se de um comportamento que respeita as subjetividades de todos os indivíduos e grupos e, quando necessário, cria uma situação de diferenciação não fundamentada em suas expressões de suas subjetividades, mas em fundamentos concretos e possíveis de serem aferíveis e apreciados objetivamente. Nesse diapasão o ministro faz forte oposição à postura adotada pelos atos administrativos em restringir direitos de um grupo de indivíduos tão somente pela expressão de suas subjetividades homossexuais ou bissexuais:

O estabelecimento de grupos – e não de condutas – de risco incorre em discriminação, pois lança mão de uma interpretação consequentialista desmedida que concebe especialmente que homens homossexuais ou bissexuais são, apenas em razão da orientação sexual que vivenciam, possíveis vetores de transmissão de variadas enfermidades, como a AIDS.

Segundo o ministro, a negação dessa ética da alteridade resultaria, nesse e em demais casos semelhantes, num frontal desrespeito à dignidade da pessoa humana, pois a adoção das posturas indicadas pela Portaria e pela Resolução em debate negaria aos indivíduos homossexuais e bissexuais o direito à identidade de gênero por um lado ou o direito à solidariedade por outro.

Por um lado, estar-se-ia negado o direito à adoção e expressão da sua identidade de gênero que é traço marcante de sua subjetividade. Para doar sangue o sujeito homossexual ou bissexual teria que negar a sua sexualidade no ato de mentir para os agentes controladores da triagem a fim de poder ser solidário. Ou, na pior das hipóteses, negar a si mesmo o direito à sexualidade, se mantendo abstinente de suas necessidades sexuais caso queira ser doador e honesto, consigo próprio e com os controladores de triagem ao mesmo tempo.

Por outro lado, o direito à solidariedade lhe seria negado. Se o sujeito preferir expressar abertamente esse traço de sua subjetividade e não abdicar de sua vida sexual, ele deve desistir desse ato de solidariedade, doar sangue.

Nas palavras do ministro:

O resultado de tal raciocínio seria, então, o seguinte: se tais pessoas vierem a ser doadores de sangue devem sofrer uma restrição quase proibitiva do exercício de sua sexualidade para garantir a segurança dos bancos de sangue e de eventuais receptores.

Seja por um lado ou por outro, o que se nega ao sujeito homossexual ou bissexual é o próprio direito à humanidade, pois um sujeito humano, vivendo em sociedade, não pode se abster da solidariedade e/ou da sua sexualidade sem se abster da própria noção de humanidade e de pertencimento à uma sociedade de humanos. Tal restrição, consistente praticamente em quase vedação, viola a forma de ser e existir desse grupo de pessoas; viola subjetivamente a todas e cada uma dessas pessoas; viola também o fundamento próprio de nossa comunidade – a dignidade da pessoa humana.

Ainda dentro da discussão sobre a ética da alteridade, o ministro também chama a atenção para o efeito reverso dessa restrição à doação de sangue fundada no que as agências do governo chamam de “*grupo de risco*”. O efeito é de simples percepção: Se se toma um grupo social como grupo de risco tão somente pelas expressões de suas sexualidades e identidades de gênero, sem nenhuma referência à responsabilidade ou saúde de sua vida sexual; têm-se, em via reversa, a falsa imagem de que aqueles que não se identificam enquanto bissexuais e homossexuais estariam, logo, livres da possibilidade

de contaminação. Tal postura tem levado os grupos considerados sem risco a uma postura sexual cada vez mais irresponsável, o que tem levado efetivamente aos contágios por doenças sexualmente transmissíveis. Segundo dados da OMS (Organização Mundial da Saúde) sexo sem camisinha responde por 81,7% dos contágios por HIV entre 2007 e 2016, isso independentemente do tipo de prática sexual e da identidade de gênero dos contaminados.

Ademais, percebe-se que para além de arrematar do Outro a sua humanidade ao atribuir-lhe, a partir de sua sexualidade, a pecha de desviante, gera-se a externalidade negativa de se considerar que aquilo que erroneamente se reputa como a sexualidade normal seria inalcançável pelas enfermidades transmissíveis pelo sangue, propagando não apenas preconceito, mas as próprias doenças cuja transmissão que se almeja evitar. (...)

Com a estigmatização que sofreram os gays, o resto da população sentia-se “imune” à doença, já que (supostamente) não fazia parte do “grupo de risco”. Essa ideia – propagada principalmente por profissionais da Medicina – ironicamente fez com que a AIDS se espalhasse mais rapidamente entre os heterossexuais, tendo em vista que houve (e pode-se dizer que ainda há) uma demora na conscientização da necessidade de prática do sexo seguro entre heterossexuais.

Ocorre que inúmeros estudos ao redor do mundo indicam que esse estigma que se impôs aos gays e a conexão da AIDS com a orientação sexual foram responsáveis pela disseminação da doença, já que os heterossexuais se consideravam “imunes” e demoraram a adotar uma política de “sexo seguro” e ainda hoje se sentem, sobretudo as camadas mais jovens da sociedade, e continuam se comportando sexualmente de forma irresponsável.

O último aspecto debatido no bloco ética da alteridade é a necessidade de interpretar e reinterpretar continuamente o direito a fim de embê-lo todo o tempo de justiça. O direito que atende às necessidades cada vez mais diversas da sociedade é aquele que se transforma continuamente, sem abrir mão de seus princípios mais fundamentais, a fim de se aproximar sempre o quanto possível dessas necessidades. Assim também é com relação aos sujeitos cujas vidas dos quais o direito pretende regular, o direito deve se aproximar, compreender e conversar continuamente com esses indivíduos a fim de também se amoldar o máximo possível a eles.

Acontece que os indivíduos mudam, e isso não é um fenômeno moderno, atual, fruto de ideologias da contemporaneidade. Os indivíduos sempre mudaram, estão a todo tempo mudando, e assim permanecerão. Os indivíduos não estão se tornando homossexuais ou bissexuais agora, por conta das novelas, do governo, da escola ou das

propagandas publicitárias. A homossexualidade, a bissexualidade e tantas outras expressões de gênero e de sexualidade são tão comuns quanto a existência das comunidades humanas.

Diante dessa transformação histórica e constante dos indivíduos o direito também deve se transformar perpetuamente. Essa transformação do direito não depende de constante revogação de leis, emendas á constituição e elaboração constante de novas leis. Essa transformação necessária pode ser feita por meio de mutação, ou seja, exercício interpretativo responsável e fundado na realidade social, econômica, cultural, religiosa dentre tantas outras acepções na qual as leis estão inseridas. Nesse Sentido Edson Fachin afirma que a interpretação da constituição e da legislação infraconstitucional deve ser permanente atividade de construção e reconstrução do direito com o ideal de estar sempre o mais próximo e afinado o possível com os indivíduos, os grupos sociais e as suas demandadas:

Em outras palavras, trata-se não de desconsiderar simplesmente a norma posta e a atividade interpretativa prévia ou de encerrá-la, mas de desconstruir o direito posto para permeá-lo com justiça, robustecendo o que se entende por dignidade e igualdade. É preciso, pois, dar concretude e sentido às nossas previsões constitucionais a fim de se perquirir uma dogmática constitucional emancipatória (CLÈVE, Clèmerson. Para uma dogmática constitucional emancipatória. Belo Horizonte: Fórum, 2012, passim).

O que se tem por conclusão desse tópico é que a interpretação da norma não é ferramenta para atender às necessidades esporádicas de um magistrado, ou para atender o capricho do ministro, ou à vaidade intelectual do doutrinador. A hermenêutica jurídica é constante parceira do texto normativa, em outras palavras, o texto normativo deve sempre estar de mãos dadas com a hermenêutica jurídica. Esse “*Casamento*” é fundamental, percebe-se isso no voto do ministro Edson Fachin, para que a norma seja sempre a expressão mais legítima possível da diversidade de indivíduos e grupos que existem, além de suas diversas necessidades. Uma norma só será cheia de justiça se interpreta e reinterpreta constantemente a fim de enriquecer o seu conteúdo axiológico e se tornar justa na acepção mais elementar da palavra.

3 O VOTO VENCIDO

O aspecto a respeito do qual nenhum dos ministros discordou foi sobre a proteção máxima à saúde e a vida, ambos como elementos fundantes de nosso

ordenamento constitucional que foram elevados à condição de princípio fundamental e direito e garantia constitucional na Constituição Federal de 1988. Todas as medidas que são e a serem tomadas pelo Ministério da Saúde e Agência Nacional de Vigilância Sanitária nos atos administrativos questionados, e em qualquer outro, devem ter como único fulcro a proteção máxima à saúde e a vida da pessoa.

Por tanto, mesmo tendo sido o voto discordante da posição adotada pelo relator e demais ministros, entende-se que a discordância foi meramente parcial, pois esse entende que há inconstitucionalidade parcial na portaria e na resolução em debate, mas não avança tanto quanto o relator na busca de medidas que combatam tal desprestígio contra bissexuais e homossexuais.

O voto do Ministro Alexandre de Moraes se funda em alguns aspectos fundantes: à necessidade da interpretação dos dados com rigor técnico, a evolução das técnicas de detecção dos agentes biológicos das doenças sexualmente transmissíveis, principalmente o HIV; A necessidade de controle dos processos de coleta, armazenagem e transfusão de sangue; e por último, a necessidade de se criar uma janela imunológica, lapso temporal, no qual o sangue dos indivíduos homossexuais e bissexuais estariam sob testes a fim de apurar a pureza deste.

Do mesmo modo, a análise do voto do ministro Alexandre de Moraes, vai seguir pelos elementos fundantes que ele próprio elencou para seu voto, tal qual foi feito no tópico anterior sobre o voto do ministro Edson Fachin.

3.1 O rigor técnico necessário à interpretação da portaria e da resolução: a visão do todo dos atos administrativos

O ministro Alexandre de Moraes inicia seu voto tentando expurgar o conteúdo de preconceito do rigor técnico que entende ser necessário para o debate em tela. Primeiro chamando os seus pares a uma interpretação mais ampla da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e da Resolução da Diretoria Colegiada RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Afirma o ministro que uma interpretação restritiva apenas dos dois dispositivos dos dois atos administrativos levariam, realmente a crer que tais atos são manifestos de preconceito, discriminação e atentado contra a dignidade das pessoas da comunidade LGBT; faz-se necessário, portanto, interpretar os dispositivos como parte do todo que são os atos administrativos, ambos trazem as mais diversas restrições, como *piercings*, tatuagens recentes, reclusão

ou detenção recentes e etc.; além de uma série de disposições importantes para a saúde que quem doa de quem recebe e de quem processa as doações. Os atos administrativos são muito mais amplos e muito legítimos para regular as situações que regulam.

Segundo o ministro, o Boletim Epidemiológico de 2016 relata um aumento de casos de AIDS entre homens e redução de casos entre as mulheres. O ministro também ressaltou que foi alertado pelo infectologista David Uip que a possibilidade de transmissão do vírus nas relações sexuais homo afetivas homens é bem maior do que nas relações entre homens e mulheres. Concluiu, revelando que informações do Hemocentro de Ribeirão Preto (SP) indicam de que 15,4% das doações feitas por homens que fizeram sexo com outros homens apresentaram o vírus HIV, enquanto que nas demais doações esse índice foi inferior a 0,03%.

Por tudo o exposto, o ministro disse entender que as normas questionadas não pretenderam discriminar a orientação sexual de homens que fazem sexo com outros homens, mas se fundaram em critérios técnicos, com o objetivo de evitar maiores riscos de contaminação aos receptores de sangue, garantindo um efetivo direito a proteção à saúde humana. E também para garantir a segurança dos profissionais, até para evitar eventual responsabilização de autoridades médicas que não tomarem esses cuidados.

A fim de afiar ainda mais o rigor técnico dos dispositivos dos referido atos administrativos, o ministro busca apoio no direito comparado e lista uma série de países, inclusive alguns com sistemas de saúde de referência, onde há restrições muito semelhantes e inclusive mais rigorosas e onde não se percebe questionamento à constitucionalidade desses dispositivos nesses países.

3.2 A possibilidade identificação mais precoce do HIV

O ministro Alexandre de Moraes começa atacando o elemento dos atos administrativos que considera inconstitucional. Esse elemento é a janela de 12 meses de restrição ao sexo para que o sangue do homossexual e bissexual seja plenamente utilizável. O Ministro afirmou que:

Ao se considerar que os testes mais recentes são capazes de identificar a presença do vírus HIV no sangue em poucas semanas, o prazo de 12 meses seria excessivo.

Trata-se do produto, batizado de *Action*, fabricado pela empresa Orange Life, o exame, que foi aprovado pela ANVISA, detecta em poucos minutos a presença de anticorpos no sangue que combatem o vírus HIV; a presença de um desses agentes imunológicos fabricados pelo próprio organismo humano indica a presença, também, dos agentes infecto contagiosos, no caso o HIV. Vários artigos da comunidade científica especializada chegam a falar em 99,9% de efetividade do referido exame.

Diante desse recente avanço no método de detecção do vírus do HIV, não se sustenta mais a necessidade de uma restrição ao sexo por doze meses por parte do homem homossexual e bissexual para que este seja um doador livre de qualquer restrição. Daí apontar para o voto vencido como um voto que acolhe parcialmente o pleito do PSB definindo apenas como parcialmente inconstitucionais os dispositivos dos dois atos administrativos em discussão.

4 ARMAZENAGEM E CONTROLE DIFERENCIADO

Acontece que, como foi observado no último tópico, o exame mais moderno, como tantos outros, não detecta diretamente a presença do HIV, mas a presença de anticorpos que combatem o HIV e daí se infere a presença do vírus. O corpo humano naturalmente leva de 25 a 30 dias para criar anticorpos em quantidade suficiente para a detecção por qualquer tipo de exame; portanto, mesmo sendo o exame efetivamente rápido, ele deve esperar entre 25 e 30 dias para ter a sua eficácia plena, pois precisa dar tempo ao corpo para que este produza os anticorpos que o exame pretende detectar.

Diante de tal situação o autor do voto vencido sugere algumas medidas que podem aumentar a segurança da saúde das pessoas que eventualmente precisarem de sangue de um dos bancos de sangue. Primeiro a coleta identificada pela orientação sexual do indivíduo; segundo a separação do sangue dos homens homossexuais, bissexuais com vida sexual ativa ou de homens heterossexuais que tiverem tido relação sexual com outro homem; terceiro armazenamento por prazo suficiente para que o exame sorológico possa ter eficácia; quarto, e último, exame sorológico eficaz em detectar a presença de HIV ou agente de qualquer outra doença sexualmente transmissível. Nas palavras do ministro:

Entendo que nesses casos, o material coletado deve ser devidamente identificado, separado, armazenado e submetido aos necessários testes sorológicos somente após o período da janela imunológica, que deve ser

definida como qual e necessárias pelos órgãos competentes, no sentido de afastar qualquer possibilidade de contaminação,

Em seu voto, determinou, por tanto, que o sangue doado por homens homossexuais, bissexuais ou que têm relações sexuais com outros homens deve ser armazenado por determinado prazo, após o qual seria testado para ser liberado para transfusão. E, ao final, além de já ter considerado a hipótese de se rever os prazos (de 12 meses segundo a portaria e a resolução) de inaptidão em outras situações previstas nos dispositivos questionados.

5 O ENFRENTAMENTO ÀS QUESTÕES RELACIONADAS À HOMOSEXUALIDADE, AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA; OU AUSÊNCIA DELE

A grande limitação do veto vencido talvez seja a ausência do enfrentamento das duas questões centrais à Ação Direta de Inconstitucionalidade, trata-se da questão da homossexualidade e da questão da dignidade da pessoa humana. Apesar de ter avançado muito e enriquecido o debate com o rigoroso conhecimento técnico sobre os mais modernos métodos de detecção do HIV, o ministro autor do voto vencido não avança muito no sentido de pensar possibilidades que garantam o efetivo respeito à dignidade do homossexual e do bissexual na qualidade de humanos que são.

A primeira ausência fortemente sentida é a do debate acerca da comunidade LGBT, seus direitos, os preconceitos que sofrem e as ferramentas para o efetivo respeito às suas subjetividades e aos seus direitos. Diferente do que defendem a ANVISA e o Ministério da Saúde, o artigo 64 inciso IV Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e se correlato na Resolução da Diretoria Colegiada RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) são sim destinadas ao público bissexual e homossexual;

As agências do governo defendem que os dispositivos são destinados a homens heterossexuais que eventualmente fazem sexo com outros homens. Acontecem que ser homem que deseja sexo com outro homem é traço fundamental de definição da sexualidade homossexual ou bissexual, ou seja, querer sexo com outro homem é parte importante daquilo que define um homossexual. Por tanto, apesar de poder eventualmente atingir um homem heterossexual, tem-se que, via de regra, os referidos atos

administrativos se destinam efetivamente aos homens da comunidade LGBT. Por isso o ministro não podia se furtar a debater esse mister em seu voto.

A segunda ausência, e essa de um elemento indispensável à discussão da ADI, é a respeito da dignidade da pessoa humana. Esse foi o principal aspecto levantado pelo reclamante – Partido Socialista Brasileiro - em sua tese inicial o partido alega claramente que restringir um grupo tão somente por aspectos relacionados a gênero e sexualidade é ferir os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, essa tese foi amplamente debatida pelos votos vencedores, mas esquecida pelo voto vencido.

Ademais, o que se percebe é que a solução indicada pelo ministro não foge às práticas discriminatórias que também atentam contra a igualdade e a dignidade da pessoa humana. Dizer que o sangue do homossexual ou bissexual com vida sexual ativa deve ser reservado em separado, deixado em uma espécie de quarentena, processado com testes mais rigorosos, para só então poder servir à comunidade é dispensar à esses homossexuais e bissexuais tratamento extremamente desigual e discriminatório, sem que haja nenhum fundamento constitucional ou de interesse público para esse tratamento mais rigoroso.

6 CONCLUSÃO

Dentre todas as perspectivas teóricas e metodológicas perceptíveis tanto no bloco de votos vencedores quanto no voto vencido há duas, uma no bloco de votos vencedores e uma no voto vencido, que são deveras importantes para o debate sobre a hermenêutica jurídica. O voto vencido fala em rigor técnico na interpretação dos textos normativos desde a Constituição até o mais rasteiro ato administrativo; o voto vencido fala em interpretação desses mesmos textos normativos à luz dos princípios fundamentais e dos direitos e garantias fundamentais, principalmente a dignidade da pessoa humana.

Essas duas perspectivas, apesar de estarem em polos distintos de um debate acerca da constitucionalidade de dois atos administrativos, não são antagônicas, não se excluem, ao contrário, podem e devem muito bem conviver na interpretação e na aplicação da lei.

A interpretação da norma jurídica precisa seguir rigor técnico a fim de não se enveredar por caminhos e metodologias que atendam tão somente aos anseios de quem interpreta sem ponderar o fato de que a interpretação e aplicação dessa norma, sobretudo quando se fala na interpretação feita pelas cortes superiores, vai afetar a vida de todos que vivem sob o império da norma. Por isso a interpretação, a princípio, deve evitar ser

restritiva, ele deve buscar a acepção mais ampla possível do texto, deve entender como o dispositivo interpretado se alinha ao resto do texto da norma, entender o lugar da norma dentro do sistema jurídico ao qual ela se encaixa e, principalmente, considerar o lugar dessa norma dentro do contexto em que ela se insere.

Não se pode tentar interpretar o sentido de toda uma lei, por exemplo, pela acepção que se tem de apenas um artigo, inciso ou alínea desta. Tal erro poderia reduzir o sentido de uma norma ao que está dito num único dispositivo ou contaminar toda a norma com a inconstitucionalidade que é inerente somente àquele dispositivo, assim se pode perder toda uma norma útil, legítima e eficaz pelo vício de apenas um artigo. O caráter de uma norma se tem pela ampla interpretação de todo o seu texto, a fim de não induzir toda a norma sob a perspectiva da leitura de apenas um dispositivo dela, sob o risco de jogar fora a água, a bacia e o bebê. O ministro Alexandre de Moraes aponta para essa tendência em seu voto, ao afirmar que os atos administrativos discutidos na ADI 5543 não podem ser tomados por atentados contra a dignidade da comunidade LGBT por apenas um de seus vários dispositivos que normatizam uma vasta quantidade de situações.

Após vistas de todo o texto e a apreensão do sentido de toda a norma, ou da norma como um todo, faz-se uma primeira interpretação sistêmica a fim de entender o papel daquele dispositivo em análise no texto como um todo. Ele não deve, por um lado, nortear toda a interpretação da norma, como debatido no último parágrafo, mas também não pode, por outro, ser isolada do corpo do texto normativo. O dispositivo de um texto em debate deve ser tomado como parte de uma norma e interpretado como parte do todo que é a norma jurídica.

Depois a interpretação do dispositivo como parte integrante do texto normativo ao qual ele integra, é necessário entender o lugar do texto normativo dentro do sistema jurídico do qual faz parte. Trata-se de mais uma interpretação sistêmica que busca entender o papel de uma norma dentro do sistema conhecido por ordenamento jurídico. As normas em debate não eram lei, mas atos administrativos, ainda assim o controle de constitucionalidade era possível por se tratar de normas gerais e de alto teor de abstração que obrigam a totalidade dos indivíduos em vários níveis de sua vida. Esses atos normativos decorrente do poder regulamentar da Administração Pública, via de regra, servem à lei com o fim de dar-lhe maior clareza e eficácia, cabe as perguntas: Qual a lei que esses atos administrativos regulam? Essa lei encontra fundamento em qual outra norma jurídica ou em qual dispositivo constitucional? Sempre a fim de entender o papel da norma em debate dentro do sistema à qual ela pertence.

E por último, e talvez mais importante, a de se interpretar os elementos da norma, bem como a norma em seu todo, sob a perspectiva do contexto histórico e social nos quais ela foi criada. Perguntar em que medida essa norma foi respostas aos anseios da sociedade do tempo em que ela foi criada é o mesmo que perguntar em que medida essa norma é legítima. O ministro Alexandre de Moraes argumenta de forma precisa - com dados, estatísticas e opiniões de profissionais renomados da área - que ao tempo em que a norma foi gestada havia uma preocupação fundamentada com as contaminações por HIV decorrente de transfusão de sangue de homens e aumento dos casos de HIV entre homens homossexuais e bissexuais numa taxa superior à de aumento entre as mulheres ou entre heterossexuais. Esse contexto, na interpretação do já mencionado ministro do STF, da legitimidade à norma, na medida em que ela atende ao anseio da comunidade do tempo em que foi criada.

Não se pode começar esse outro tópico da discussão conclusiva com a expressão: *por outro lado*, isso porque o rigor técnico da interpretação do texto normativo e a interpretação do texto normativo à luz dos direitos e garantias fundamentais não são discussões em lados opostos de um debate, as duas precisam e devem caminhar juntas. Em outras palavras: a interpretação rigorosa do texto normativo, como defendeu o voto vencido, não pode se dar sob outro prisma que não os dos direitos e garantias fundamentais, como defendeu o bloco de votos vencedores.

Os princípios, direitos e garantias fundamentais, sobretudo o da dignidade da pessoa humana, são nortes de todo o texto da constituição de 1988. A dignidade da pessoa humana é pedra fundamental sobre a qual se apoiam os princípios fundamentais, os direitos e garantias individuais e coletivos, a organização do Estado e suas competências, a organização da Administração Pública, a ordem econômica e até mesmo a organização das forças armadas; tudo tem como fundamento o princípio fundamental e até pré-jurídico da dignidade da pessoa humana.

Avançando no debate à luz de Hans Kelsen percebe-se a importância da Constituição para o ordenamento jurídico; em sua pirâmide normativa o mestre de Viena põe a constituição no topo por dois motivos, principalmente: primeiro por ser a principal norma, a de maior poder normativo, superior hierárquica de todas as outras; segundo por ser a constituição o fundamento de validade de todas as outras normas jurídicas, leis, medidas provisórias, decretos, portarias ou qualquer outra espécie normativa só terá validade se alinhadas materialmente e formalmente à constituição.

Em poucas palavras: a constituição orienta o ordenamento jurídico e o princípio da dignidade da pessoa humana orienta a constituição. Por isso não há modo mais constitucional e legítimo de interpretar e aplicar a norma ao caso concreto que não sob o prisma da dignidade da pessoa humana.

O caso em tela exige sim uma interpretação rigorosa da norma, fundada nas estatísticas, pareceres técnicos de infectologistas e na própria realidade clínica em que o caso está envolvido. Somando-se a essa primeira perspectiva, a interpretação não pode perder de vistas o principal objetivo da constituição e do ordenamento jurídico que é dar e garantir dignidade à pessoa humana. Pensando pelo prisma da dignidade da pessoa humana, é impossível se admitir uma restrição que se apoia tão somente na orientação sexual de um sujeito ou num grupo de sujeitos. Pensando pelo prisma do rigor técnico da interpretação, isso nunca deve significar fechar os olhos para dados estatísticos e para o que eles apontam.

Ouso, ao fim, pontuar que os votos não divergem, mas apontam para duas perspectivas de interpretação da norma jurídica que não devem se opor, mas ser usadas como ferramentas distintas para o mesmo objetivo que vem a ser a aplicação da norma de modo que entregue a cada um o que é seu na medida do seu justo merecimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 21. Ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro-RJ: Forense, 2001.

BEZERRA FALCÃO, **Raimundo**. **Hermenêutica**. 1. Ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores LTDA. 1997.

III

ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 778.889 STF

*Rafaela Brandão da Silva
Natália Oliveira Valente
Mariana Oliveira de Brito
Ayana Dias Pessoa*

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente julgado refere-se ao mandado de segurança impetrado pela servidora pública federal Mônica Correia de Araújo, alegando ter o seu direito desrespeitado no que se refere à concessão da licença-maternidade pela adoção da criança Beatriz Silva Barros com idade superior a um ano. Constituindo-se como uma garantia trabalhista, a licença-maternidade é um direito assegurado pela Constituição Federal de 1988 no qual a mulher tem a concessão de 120 dias de afastamento, prorrogáveis por mais 60 dias de acordo com a Lei 11.770/08, totalizando 180 dias.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias. (BRASIL, 1988).

Todavia, a Lei 8112/90 e a Resolução n° 30/2008 trouxe uma diferenciação entre a licença obtida por uma mãe gestante e por uma mãe adotiva, assim, com base na lei supracitada a impetrante adquiriu o afastamento pelo período de 30 dias (pela adoção de uma criança com idade superior a 01 ano) e a prorrogação por mais 15 dias, totalizando 45 dias. Desse modo, a adotante inconformada com o deferimento da prorrogação pleiteada recorreu ao Judiciário, afirmando ter o seu direito líquido e certo negado.

Neste sentido, a parte autora teve duas decisões desfavoráveis do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, negando o pedido em primeira e segunda instância. Ambos os vereditos justificaram inócuo de violação ao princípio da isonomia por situações diversas.

Assim sendo, alegaram que o dispositivo legal que estabelece prazos distintos para cada situação dizem respeito ao contexto fático no qual as mulheres estão inseridas, defendendo para tanto que as necessidades existentes são diferentes e que as mães biológicas se submetem a processos físicos e psicológicos durante o período gestacional, já as mães adotivas não sofrem intervenção médica alguma. Ademais, faz-se imprescindível salientar que a licença-maternidade para as mães adotivas é importante para a configuração de políticas públicas, encorajando as famílias adotivas a assumir esse ônus.

Recorrendo ao Supremo Tribunal Federal, a requerente apelou que a Constituição Federal assegura o benefício da licença maternidade com duração de cento e vinte dias, sem ter ressalva alguma no que diz respeito a maternidade adotiva ou biológica. Ademais, frisou-se também o fato de tal CF/88, expressamente, igualar o filho biológico do adotivo. Sendo assim, a resolução acima mencionada do Conselho de Justiça Federal não poderia divergir dos prazos dispostos de fundamento constitucional.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 1988).

Vale salientar, que se defendeu ainda que o propósito da licença maternidade é estreitar os vínculos afetivos entre a mãe e o filho, no qual a preocupação do legislador

consiste em que o dispositivo constitucional transcenda a ideia de recuperação pós-parto, mas sim proporcione laços de amor entre a família e a criança.

Em contrapartida, a União justificou que a Autora, pelo fato de ser servidora pública, está vinculada ao que a Lei 8112/90 estabelece:

Art. 210. À servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, serão concedidos 90 (noventa) dias de licença remunerada. Parágrafo único. No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 1 (um) ano de idade, o prazo de que trata este artigo será de 30 (trinta) dias. (BRASIL, 1990).

Contudo, a requerente aponta que a Lei em questão fere o que endossa a Constituição no concernente a diferenciação de prazos para o afastamento, bem como faz distinção entre os filhos biológicos e adotivos, sendo, portanto, inconstitucional.

Por conseguinte, foi dado provimento ao Recurso Extraordinário 778.889/PE com a votação desenvolvida pelo relator do caso, Luís Roberto Barroso que defendeu, juntamente com os demais ministros do Supremo - Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Carmén Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux e Ricardo Lewandowski - não haver razão para que as mães gestantes tenham mais tempo de licença maternidade do que as mães adotantes, argumentando, que de acordo com pesquisas as crianças adotivas precisam passar um período maior de tempo com a nova família, visto que as mesmas necessitam adaptar-se devido ao tempo que passaram nas internações.

Sustenta-se ainda, que a importância dessa decisão tem relevância não apenas para as partes que se encontram em litígio, constitui-se também como precedente para as questões vindouras. Assim, do ponto de vista jurídico-social a equivalência à condição da mãe promove uma conscientização da sociedade em geral como contribui para o desenvolvimento harmônico, seguro e sadio do adotado.

Dessa forma, afirma-se que a mitigação de eventuais traumas se dá pelo deferimento do afastamento na medida em que quanto maior a idade, maior a dificuldade do indivíduo no processo de adaptação demandando maior esforço familiar, e demonstrando que precisam de atenção e cuidado em uma proporção até maior do que os filhos provenientes de uma gestação por também ser um grupo vulnerável.

Ademais, com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal a servidora pública em questão obteve a licença-maternidade de 120 dias (quatro meses), prorrogáveis por mais 60 dias (dois meses). Todavia, em divergência têm se o posicionamento do ministro Marco Aurélio que se manifestou contra a concessão por

entender que o assunto não cabe ao STF, alegando não estar em desconformidade com a Carta Magna, mas trata-se de uma transgressão pelo tribunal de origem.

2. ANÁLISE DOS VOTOS VENCEDORES

Após relatório do caso, passando-se a análise dos votos vencedores, toda argumentação foi prontamente desenvolvida no voto do ilustre Relator Luís Roberto Barroso, dando provimento ao Recurso Extraordinário 778.889/PE, sendo seguido pelos demais ministros – Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Carmén Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux e Ricardo Lewandowski, à exceção do ministro Marco Aurélio. Ausentes, devidamente justificados, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes.

O primeiro voto, sendo da relatoria do ministro Barroso é pontualmente dividido em oito tópicos, através dos quais traz uma análise minuciosa acerca da temática, em uma perspectiva também histórica, para posteriormente fundamentar suas alegações a respeito do caso. Assim, de início, indaga a respeito do caráter transitório da sociedade, sempre em busca de um aperfeiçoamento, visando um crescimento justo e moral nas questões a serem abordadas.

Justifica, pois, assim o conteúdo do que está sendo posto em voga, representando não mera decisão, mas questão relevante na história das mulheres, suas conquistas, bem como na função social da adoção e demais consequências. Em continuidade, nos remonta a perspectiva que girava em torno da adoção, desde o século passado, e como isso vem se modificando.

Era assim, pois, tratada como instrumento de política pública. Nada obstante, mesmo com todo estigma histórico que sofreu, conseguiu se firmar na sociedade, não apenas como alternativa para infertilidade, mas atendendo às expectativas, principalmente, do indivíduo a ser adotado. É mediante nessa transformação que Barroso perfaz uma análise histórica através da nossa Constituinte, relatando as novas perspectivas antes e depois da Carta Magna de 1988.

Ademais, aduz em seguinte tópico a chamada "proteção deficiente" dos menores no país, antes da promulgação da Constituição de 1988. A princípio, os menores carentes passaram pelo denominado processo de institucionalização. A tímida preocupação com eles na década de 1920 apenas refletia um interesse em acautelar a ordem pública. Essa negligência era percebida com seus encaminhamentos para abrigos e orfanatos, sem práticas educativas, afeto e cuidados.

Com isso, essa política acabou por favorecer uma geração de menores abandonados e à margem da sociedade. O procedimento adotivo se apresentava assim, como única alternativa de desenvolvimento mais humano para esses jovens. Outro importante aspecto, nesse mesmo sentido, é o modo através do qual a adoção e o conceito de família eram tratados até então, anteriormente à Constituição Cidadã.

Sendo assim, a adoção era discriminada pelo próprio Direito, conforme se nota no Código Civil de 1916, segundo o qual os filhos adotivos não faziam parte dos considerados "legítimos"², além do direito de possuir apenas metade da herança devida aos primeiros³. Subalternizado, e legitimamente desclassificado, a adoção representava um nível a menos, uma segunda categoria.

A situação foi alterada em partes com a Lei 4.655/1965 (BRASIL, 1965) que permitiu ter como legítimos filhos adotados até os 07 anos de idade, mas, ainda assim, restringindo alguns de seus direitos. Diante disso, destaca o ministro acerca realidade abandonada a que foi exposta a adoção:

Portanto, de um lado, a política pública estatal rompia os laços existentes entre os menores carentes, suas famílias e comunidades, gerava a sua institucionalização e o seu abandono. De outro, estigmatizava aqueles poucos que chegavam a ser adotados, negando-lhes uma condição de efetiva igualdade com os demais filhos ou o pleno reconhecimento como membro de uma família. (BRASIL, 2016, p.17)

Em outro ponto, o voto analisa a proteção da infância após os parâmetros da Constituinte de 1988. Isto posto, quanto aos avanços dos direitos do menor, tendo essa Carta Magna como principal fundamento a dignidade da pessoa humana, há toda uma mudança no que se infere às políticas públicas anteriormente adotadas para com esses menores abandonados, como bem-dispõe o seu art. 227, caput:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

² Arts. 352 a 368 do Código Civil de 1916.

³ Art. 1.605 do Código Civil de 1916.

A família a partir de então passa a ter nova função social, mais envolvida afetivamente e como parte influente na construção da personalidade dos seus filhos. Garante os mesmos direitos a filhos adotivos e biológicos⁴, dirige a maternidade agora como um direito social⁵, e estimula o governo para com o acolhimento e proteção das crianças carentes.

Com o advento da Constituição de 1988, no ano de 1990 surge a Lei 8.069 que institui o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), reafirmando como ordenamento infraconstitucional os direitos devidos. Passando-se de mera política pública de institucionalização para com esses menores abandonados, agora, com base na Carta Magna e Estatuto específico, encontram melhores formas de representação, tutela e acomodação.

Foi com essa finalidade que as normas de licença adotante também passaram por transformações. O quarto ponto trazido pelo ministro Luís Roberto Barroso diz respeito exatamente sobre a evolução das normas da licença adotante. Essa última se deu a Lei 8.112/90, que dispõe sobre direito das servidoras públicas à licença adotante, conforme consta no art. 210 do Estatuto dos Servidores Públicos Federais:

Art. 210. À servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, serão concedidos 90 (noventa) dias de licença remunerada. Parágrafo único. No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 1 (um) ano de idade, o prazo de que trata este artigo será de 30 (trinta) dias. (BRASIL, 1990).

Considera-se ela como recente quando aprovada, se comparada às inovações trazidas nessa matéria pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e a Carta Magna de 1988. À época, representava um avanço no âmbito jurídico por tratar da licença adotante nessa categoria, tais como servidoras públicas, embora ainda não fosse igualmente tratada como da licença gestante. De forma flexível o Ministro expõe o entendimento de que não havia no ordenamento qualquer proposta discriminatória.

Na realidade, era apenas reflexo do desenvolvimento do debate dessa matéria até então. Com o objetivo de reparar o último ponto, sendo que o assunto também não era tratado pelo Direito do Trabalho, várias ações foram ajuizadas na tentativa de uma equivalência entre as licenças.

⁴ Art. 227, § 6º da Constituição Federal de 1988.

⁵ Art. 201, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

As tentativas foram negadas pelo Supremo Tribunal Federal, afirmando que o disposto no art. 7º, inciso XVIII da CF se referia a apenas gestantes, não podendo ser equivalente à situação da mãe adotante, já que a finalidade era proteger a saúde da mãe, que não se encontrava fragilizada no último caso.

Dois anos mais tarde da decisão tomada pelo STF, o Legislativo foi responsável pela Lei 10.406/2002 e sua inclusão no Código Civil, equiparando direitos entre filhos biológicos e adotivos, além da Lei 10.421/2002 que inseriu o art. 392-A na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aumentando o prazo de dias, se comparado ao disposto no Estatuto dos Servidores Federais, conforme idade da criança.

Trazia novo entendimento acerca da licença maternidade, não mais como período para recuperação da mãe (gestante) em estado pós-parto, e sim como processo adaptativo do menor, abrangendo, pois, tantas crianças adotivas como biológicas. Seis anos após as inovações legislativas, foi aprovada pelo Congresso a Lei 11.770/2008, instituindo o "Programa Empresa Cidadã", possibilitando às empresas de prorrogar o prazo da licença maternidade por até mais 60 dias.

Ainda assim, havia diferença nos períodos quanto às empregadas adotantes e servidoras adotantes. Com a edição da Lei Nacional de Adoção 12.010/2009, foram igualados no Direito do Trabalho os prazos de licença gestante e licença adotante, independente do fator idade, pertencendo as duas ao entendimento daquilo que se configura como licença maternidade.

Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário. (Redação dada pela Lei nº 10.421, 15.4.2002). Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392, observado o disposto no seu §5º. (Incluído pela Lei nº 10.421, 15.4.2002). (BRASIL, 1943).

Apesar de todas as inovações legislativas, em nada se alterou a Lei 8.112/1990, no que concerne ao seu art. 210 do Estatuto dos Servidores Públicos Federais. Representava um antagonismo frente aos avanços e Legislações Trabalhista.

Quanto ao posicionamento da jurisprudência no assunto, fato também abordado no voto, há divergência. As decisões que admitem a diferenciação dos prazos para licença-gestante e adotante, utilizam-se de dois argumentos: o primeiro, como sendo o período necessário para gestante se recuperar do parto, e também relativo à

amamentação, além da falta de competência do Judiciário em estender benefício concedido ao Regime Geral de Previdência a Regime Especial, dos Servidores Públicos.

Em contrapartida, há decisões proferidas pelo STF que reconhecem prazos idênticos a empregadas públicas e servidoras públicas, sendo que o objetivo é o mesmo no aprimorar do desenvolvimento da criança no período da licença, além de que a diferenciação entre as licenças adotantes e gestantes viola os direitos igualitários previstos na Constituição Federal entre filhos biológicos e adotivos.

Atendo-se agora ao julgamento do caso em questão, momento a partir do qual desenvolve seus argumentos, o relator, de acordo com a histórica evolução da licença adotante percebe a grande contribuição trazida pela Constituição Federal de 1988. Ganham nova percepção o reconhecimento e ressignificação da dignidade da pessoa humana, maior precaução quanto aos direitos dos adotados, menores abandonados, e a reconsideração do conceito de família.

Há, portanto, um entendimento progressista, segundo o ministro, que só pode ser acompanhado pela igualdade entre as licenças, beneficiando o menor e equiparando filhos adotivos com biológicos, conforme preceitua o art. 7º, XVIII da Constituição Federal de 1988. Portanto, o entendimento em que se deve pautar a interpretação do mencionado artigo, deve levar em conta todo quadro histórico-evolutivo em questão, em que pese o interesse do menor como prioridade.

Não se trata aqui de uma alteração meramente legislativa, como ressalta Barroso, mas parte da compreensão de sentido em que se atribui a esse artigo e aos seus conceitos vinculados. O ministro aí encontra um exemplo de mutação constitucional, na qual a realidade dos fatos traz novas significações à compreensão do Direito, revelando, por conseguinte, sua mutabilidade.

Dando continuidade, apresenta a conclusão a respeito do seu segundo argumento, pautando os adotados em condição vulnerável, sendo esse fator relevante ao se considerar as condições mais difíceis no processo de desenvolvimento afetivo e adequação desses nas novas famílias. Por não possuírem desde pronto o contato íntimo com a mãe, ou experiência nem sempre positivas no passado, e a maior probabilidade de cuidados especiais com a saúde.

A mudança de ambiente, aceitação, medo de rejeição novamente, requerem tempo e cuidado. O ministro traz ainda estudos realizados por universidades internacionais, que ratificam a dificuldade que essas crianças sentem na adaptação e a importância da permanência e presença dos pais em casa, além do fator que nisso reside

o desestímulo na adoção tardia, ressaltando aí a relevância da igualdade entre os prazos de licenças.

Em sequência, aborda em seu terceiro fundamento acerca do contrassenso que há no escalonamento do tempo de licença das mães servidoras adotantes. Levando-se em conta que, quanto maior a idade dos adotados, maior a dificuldade no processo de adaptação, tendo em vista todas as vivências já passadas e sofridas, além do maior período dentro de uma institucionalização, o que vai de encontro ao menor prazo de licença quanto maior for a idade do adotado.

Nesse diapasão, reconhecendo a maior vulnerabilidade dos filhos adotados, quando comparados aos biológicos, não há sentido em conferir aos últimos, licença maior do que aos primeiros, ferindo assim ao princípio da proporcionalidade, além de não atender ao princípio da adequação.

Conclui-se, portanto, o equívoco da expressão contida no art. 7º, XVIII da CF/88, valendo-se, pois, de uma interpretação sistemática de uma "licença gestante" para uma "licença maternidade", que abranja tanto as mães adotantes, como as gestantes, sendo inválidas as normas infraconstitucionais, como a Lei 8.112/90, dispendo de forma contrária.

Importante aspecto tratado na decisão pelo ministro é a posição da mulher enquanto tal, principalmente no que se refere a sua autonomia, já que, tanto para mãe gestante ou adotante, acaba sendo voltada para ela a sobrecarga no processo de educação e afetivo dos filhos, já que, via de regra, fica sob seus cuidados.

Esse fator é tão relevante que demonstra os mesmos efeitos pós-parto e pós-adoção que podem vir a ocorrer com as mães, levando-se em conta a carga e o nível de stress a que são submetidas:

Sendo assim, já que a licença maternidade tem como finalidade auxiliar a mulher no processo de adaptação, bem como o filho, a essa nova realidade, devem ser consideradas como iguais as oportunidades para que estas, sem qualquer distinção, passem por esse período com condições favoráveis a manter o psicológico saudável, levando-se em consideração que o sucesso da licença depende do seu estado emocional, assegurando assim o desenvolvimento das suas potencialidades.

Podem-se notar, dentro das fundamentações do supracitado jurista, três linhas argumentativas principais: em primeiro lugar, o princípio da isonomia, com base nos avanços legislativos na igualdade entre filhos biológicos e adotivos garantidos

constitucionalmente, e da CLT com a igualdade entre as licenças-maternidade de mães gestantes e adotantes.

Em segundo, aduz ao princípio da proporcionalidade, da adequação, e do interesse do menor, ao considerar as crianças carentes como vulneráveis, realidade constante, além de declarar inconstitucional o escalonamento no prazo de licença para mães servidoras adotantes, com base na idade, afinal, quanto maior a idade, maior a dificuldade no processo de adaptação, como já demonstrado.

Em terceiro, defende a mutação constitucional como mecanismo não de insegurança jurídica, e sim como efetividade constitucional, levando em conta a tutela da dignidade e autonomia da mulher, questão pontualmente, e de forma louvável, trazida pelo Relator. Seguindo posicionamento majoritário, o ministro Teori Zavascki acrescenta seu repúdio a toda e qualquer discriminação existente quanto a matéria.

Assim como a ministra Rosa Weber que, compactuando com o voto e argumentação do relator, de início ressalta a importância em que essas matérias têm chegado ao Supremo, envolvendo principalmente aspectos das famílias biológicas e socioafetivas. Quanto ao tema, explana que o conceito de mãe abrange não apenas aquela que gera, mas também a que cuida.

Acompanhando assim o princípio da isonomia, também trazido por pelo ministro Teori, não havendo argumento plausível para sustentar a desigualdade das licenças entre as mães biológicas e adotivas. Relembra que apenas para as mães adotivas, no ano de 2002, foi assegurada a licença com base no escalonamento.

Traz por fim, decisões a respeito do tema que asseguram a igualdade entre ambas as licenças. A ministra Cármen Lúcia fundamentou sua posição, concordando com o voto e argumentos até então debatidos para provimento do recurso extraordinário. Inicialmente ressalta a importância em que essas matérias têm chegado ao Supremo, envolvendo principalmente aspectos das famílias biológicas e socioafetivas.

Quanto ao tema, explana que o conceito de mãe abrange não apenas aquela que gera, mas também a que cuida. Acompanha assim o princípio da isonomia, também trazido pelo ministro Teori, não havendo argumento plausível para sustentar a desigualdade das licenças entre as mães biológicas e adotivas.

Relembra que apenas para as mães adotivas, no ano de 2002, foi assegurada a licença com base no escalonamento. Traz por fim, decisões a respeito do tema que asseguram a igualdade entre ambas as licenças. Também acompanhando o Relator, e sem demais considerações, apresenta-se o voto do ministro Dias Toffoli.

Em seu voto, o ministro Luiz Fux revela de antemão a importância de a Constituição representar os anseios temporais da sociedade, da realidade social, fortalecendo ainda mais sua normatividade. As normas infraconstitucionais devem ser passadas e interpretadas conformes os ditames da Lei Maior, como assevera o Ministro.

Importante frisar a contextualização que faz com o momento presente, sendo que o conceito de família passou por uma transformação sem precedentes, desde a legitimação da união estável, legitimou-se a pluralidade que pode existir dentro de um só conceito. Concorde com os votos anteriormente proferidos, não assistindo alguma razão constitucional para essa diferenciação.

Ao citar o princípio de "o melhor interesse da criança", presente no art. 227 da CF/88, aduz a um respeito à mãe, mas ainda mais ao filho. Por fim está o voto do ministro Ricardo Lewandowski, acompanhando também o voto da relatoria, lembra que o Direito está em permanente mudança, bem como as instituições sociais, e crê, em visão otimista, ser essa transformação voltada sempre ao bem maior da comunidade.

Relembra, por fim, princípios trazidos por Barroso, sendo da dignidade da pessoa humana, encontrando um fim em si mesmo e da isonomia, ao propor igualdade entre a matéria tratada. Ademais, ressalta o princípio da solidariedade, previsto no art. 3º, I da Constituição Federal, no incentivo a adoção em que o provimento da ação pode acarretar.

3 ANÁLISE DO VOTO VENCIDO

No recurso extraordinário julgado pelo ST, apenas o ministro Marco Aurélio se colocou contra o provimento do mesmo.

O ilustríssimo Ministro Marco Aurélio inicia o seu voto tecendo uma comparação com o mandado de injunção.

Imaginemos que estivéssemos a nos defrontar com situação em que articulada a lacuna no ordenamento normativo ordinário. Poderíamos, por melhor que fossem os olhos voltados à Constituição de 1988, caminhar no sentido de apontar a omissão legislativa? A meu ver, não. (BRASIL, 2016. p. 63).

O ministro aduz que o provimento do recurso pressupõe uma transgressão à Carta da República, isto é, à nossa apreciada Constituição Federal e enquadramento na alínea "a" do inciso III do artigo 102 da mesma.

Um dos principais argumentos do ilustre ministro é, conforme sua fiel colocação:

Não podemos nos substituir ao legislador e assentar que estaria deficiente a normatividade aprovada pelos representantes do povo. Se formos à Carta Federal, veremos que versa licença à gestante. Pressupõe o texto constitucional a gestação e, portanto, dupla proteção: à mulher que engravida que se tornará parturiente, e também ao rebento, que acabará nascendo. O comum seria, ainda no curso da gestação, ter-se a licença, mas sabemos que, por motivos práticos, deixa-se para acionar esse direito constitucional praticamente às vésperas do parto, uma vez que, ante a adoção da cesárea, de forma praticamente linear, tem-se como prever essa data. (BRASIL, 2016. p.63).

Analisando o art. 227, § 6º da nossa Constituição, o ministro cita que o referido artigo não diz respeito à situação jurídica da gestante ou da adotante, mas, tão somente, prevê a isonomia dos filhos, pouco importando se frutos do casamento ou não ou provindos da adoção.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) [...]

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 1988).

O ministro supracitado edifica ainda outra linha de argumentação contra o provimento do recurso extraordinário ao alegar que a adoção nem sempre é feita pela mulher.

Empregando mais uma vez o discurso da atuação vinculada ao Direito Objetivo e da transgressão do Tribunal de Origem à Carta da República, o ministro justifica que não pode igualar a adotante à gestante, ao menos que atuasse como legislador. Vejamos:

Não posso, Presidente – diante de normatividade que, considerando fatores distintos, não igualizo a adotante à gestante, a menos que caminhe para atuar como se fosse legislador –, assentar que o Tribunal de origem transgrediu, frontalmente, a Carta da República, como exige a jurisprudência do Supremo para acolher o extraordinário. (BRASIL, 2016. p.64).

Por fim, coincidindo com o que ficou determinado pelo Tribunal de origem, o ministro Marco Aurélio entende que não há o direito à majoração do período de licença da adotante, pautando os seus argumentos na justificativa de que não está diante da transgressão à Constituição Federal e também da análise do homem enquanto adotante.

Peço vênias aos Colegas, que já acompanharam o Relator provendo o recurso, para entender que não estou diante de transgressão à Constituição Federal, no que o Tribunal de origem assentou que não há o direito à majoração do período de licença da adotante.

Ressalto, mais uma vez, que não confundo gestante com adotante, mesmo porque teria a problemática alusiva ao benefício que acaba de ser sancionado, considerado o homem, como adotante. (BRASIL, 2016. p.64)

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Trata-se de julgado que teve como objeto o mandado de segurança impetrado pela servidora pública Mônica Correia de Araújo que viu seu direito ser desrespeitado quanto ao benefício de licença-maternidade em virtude da adoção da menor Beatriz Silva Barros, com idade superior a 1 ano, pelo que, foi concedido prazo inferior àquele concedido à servidora gestante.

De acordo com a decisão majoritária, a legislação não pode prever prazos diferenciados para a concessão de licença-maternidade para servidoras gestantes e adotantes.

Conforme Barroso, tal diferença entre os prazos contraria a Constituição no art. 227, § 6º: os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 1988); assim, há a proibição de distinções no âmbito familiar entre filhos biológicos e adotados.

Ainda argumentou o ministro, que tal distinção fomenta uma discriminação entre mães biológicas e adotantes, violando o princípio da proporcionalidade; já que a adaptação das crianças adotadas (que passaram por um período internadas), às suas novas famílias, está diretamente ligada à presença dos pais e/ou mães adotantes.

Em contrapartida, o argumento utilizado pelo ministro que votou contra a concessão igualitária, ministro Marco Aurélio, foi que as necessidades que uma mãe

biológica possui - dadas as transformações físicas e psicológicas, o procedimento de parto e o período de lactação – são distintas daquelas da mãe adotante.

Portanto, embora com a divergência do ministro Marco Aurélio, pela decisão majoritária de Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Carmen Lucia, Dias Toffoli, Luiz Fux e Ricardo Levandowski, ficou concedido o mesmo período de licença-maternidade para Mônica Correia de Araújo, estabelecido assim o prazo de 120 (cento e vinte) dias de benefício para a autora do mandado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código Civil**. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 1995

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 778.889/PE. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, DF, 10 de março de 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4482209>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União, Brasília**, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 17 jan. 2018.

BRASIL. Lei n. 4.655, de 11 de dez. de 1990. Regimento jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14655.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dez. de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

IV

PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA

*Marcelo Diego Gomes da Silva Vitorio
Myllena Costa Ribeiro*

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O objeto a ser destrinchado e averiguado é composto por inúmeras mudanças que surgiram na sociedade brasileira com o caminhar dos anos. A Carta Magna brasileira de 1988 traz consigo o Estado Democrático de Direito e com isso as análises acerca do Direito de Família passam a ser mais abrangentes.

Felipe Dutra de Freitas reflete que:

O princípio da afetividade é apontado hoje como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo que não mencionado expressamente o termo afeto na Carta Magna, é possível afirmar que este decorre da valorização constante da dignidade da pessoa humana. Surgiria, assim, uma nova forma de parentesco civil, a denominada paternidade socioafetiva.

É nesse contexto que o caráter socioafetivo da paternidade surge e é algo que está assentado, além da Constituição, no Código Civil brasileiro (BRASIL, p. p, 2002):

Art. 1593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

O termo “de outra origem” introduziu uma abrangência maior que os “tipos de famílias” abarcados pelo conservador e tradicional Código Civil de 1916 que levava em consideração apenas aquelas relações fundamentadas na consanguinidade.

O Recurso Extraordinário de numeração 898.060 tratou de um conflito entre a paternidade biológica e a socioafetiva. Por maioria dos votos, o STF decide: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.

O pai biológico recorreu em desacordo com o acórdão que deliberou seu papel paternal com efeitos jurídicos e patrimoniais. O Recurso Extraordinário analisou a possibilidade de existir a dupla paternidade bem como se existia hierarquia entre a responsabilidade do padrasto e do pai carnal. O relator Ministro Luiz Fux rejeitou o provimento ao requerimento, mantendo o acórdão do TJ de Santa Catarina atestando a paternidade biológica e designando ao pai genético os deveres subsequentes ao encargo referido.

O Direito de Família faz-se presente neste julgado com base nas relações familiares que têm mudado nas últimas décadas, fazendo com que o ordenamento jurídico se adapte aos novos modelos de famílias.

O Código Civil de 1916 tratava do poder patriarcal no qual o casamento era composto por pai, mãe e filhos legítimos. Os filhos que não tinham a paternidade do “chefe” de família eram considerados ilegítimos. O divórcio, por exemplo, não existia de maneira alguma no ordenamento da época. Entretanto, com o passar dos anos, a Constituição Federal de 1988 se moldou nas mudanças ocorridas no contexto familiar. A separação entre casais foi abarcada pelo art. 226, § 6º, assim como as novas famílias que passaram a existir e foram contempladas pelo art. 226 e seus parágrafos.

Com determinada decisão, o Supremo rompe com os dogmas existentes até então no campo do Direito de Família, abrindo as portas do poder Judiciário à aceitação da chamada “multiparentalidade”. O parecer atesta que não há hierarquia entre o pai socioafetivo e o biológico e, por 8 votos a 2, o pai de caráter genético, mesmo sem ter vínculo afetivo, deve oferecer para o filho todos os direitos inerentes ao mesmo como

alimentação, sobrenome, ainda que o seu descendente tenha amparo e tenha sido registrado por outro indivíduo.

2 PRINCIPAIS ARGUMENTOS DOS VOTOS VENCEDORES

No dia 21 de setembro de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) compreendeu que o fato de o pai socioafetivo assumir uma criança não isenta o pai biológico dos seus deveres, rejeitando o Recurso Extraordinário (RE), em sessão como relator o Ministro Luiz Fux. A decisão foi lograda por maioria que negou o provimento e teve o entendimento consoante ao do relator.

A questão observada no Pleno trata-se de uma mulher, que na data citada tinha 33 anos de idade e decidiu entrar na Justiça para obter êxito na alteração do registro civil com o objetivo de acrescentar o nome do pai biológico. Além disso, pretendeu também que o mesmo passasse a pagar pensão de alimentos. A defesa do genitor recorreu ao STF para argumentar que o pai socioafetivo deveria continuar sendo o pai, assumindo, como sempre, o financeiro relacionado à moça.

O Ministro Luiz Fux explanou que o princípio da paternidade responsável e seus vínculos, seja ele de ascendência biológica ou com relação afetiva, precisam ser abarcados pela legislação. Alegou que as duas espécies de paternidade são reconhecíveis e, inclusive, concomitantemente. O relator ainda fez associação ao direito à busca da felicidade que ele afirmou muitas vezes serve como um tipo de escudo que as pessoas utilizam como proteção pelo fato do Estado procurar emoldurar a realidade familiar em padrões, modelos que são pré-concebidos pela lei.

O Ministro também trouxe a Constituição Federal de 1988 como uma necessidade de reforma do Direito Civil, já que foi necessário haver uma inversão nesse campo do direito por consequência dos variados relacionamentos interpessoais que não existiam, fazendo com que as relações fossem sempre enquadradas no casamento entre homem e mulher.

Nas palavras do relator em seu voto:

Era preciso evoluir. E a necessidade de modernizar a disciplina jurídica da filiação constituiu preocupação central do texto constitucional que informa a democracia em que hoje vivemos. O eixo central do sistema se deslocou do Código Civil para a Constituição, cujo conjunto axiológico-normativo deve informar a interpretação dos institutos que regem o Direito de Família.

O Ministro também trouxe a Constituição Federal de 1988 como uma necessidade de reforma do Direito Civil, já que foi necessário haver uma inversão nesse campo do direito por consequência dos variados relacionamentos interpessoais que não existiam, fazendo com que as relações fossem sempre enquadradas no casamento entre homem e mulher:

A Constituição de 1988 promoveu verdadeira revolução no campo do Direito de Família. Sabe-se que, sob a égide do Código Civil de 1916, a família era centrada no instituto do casamento, vínculo indissolúvel e objeto de especial proteção da lei. Era estabelecida vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos, baseando-se a filiação na rígida presunção de paternidade do marido (*pater is est quem nuptiae demonstrant*). O paradigma de então não era nem o afeto entre os familiares, nem sequer a origem biológica, mas sim a presunção baseada na centralidade do casamento.

Ainda, o ministro Fux faz referência ao princípio da dignidade humana em relação ao reconhecimento da paternidade do pai biológico que no caso concreto recorreu indo de encontro a esse princípio objetivando se abster do seu papel pai pela existência de um pai de caráter afetivo:

Assumindo caráter de sobreprincípio fundante do ordenamento, insculpido logo no art. 1º, III, da Carta magna, a dignidade humana passa a exercer papel fundamental nesse contexto. O núcleo base da dignidade humana é expresso na formulação do imperativo categórico de Immanuel Kant: o ser humano deve sempre ser um fim em si mesmo, nunca um meio para um fim (...). Cuida-se, assim, da assunção, pelo ordenamento jurídico, de que a eleição das próprias finalidades e objetivos de vida do indivíduo tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador. No campo da família, tem-se que a dignidade humana exige a superação de óbices impostos por arranjos legais ao pleno desenvolvimento dos formatos de família construídos pelos próprios indivíduos em suas relações afetivas interpessoais.

Em seu argumento final, Fux traz que uma paternidade não exige o reconhecimento da outra. Nas suas palavras:

A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica.

O Ministro Dias Toffoli acompanhou o voto do Ministro relator Luiz Fux e esclareceu que o fato de um indivíduo ter tido o cuidado de um “outro pai” (o socioafetivo no caso concreto), não o impede de buscar o cuidado, as obrigações do pai originariamente genético que porta obrigações legais para com o seu descendente. Reitera em poucas e simplórias palavras que houve comprovação genética da paternidade, há obrigação conforme o Código Civil. Afirma que:

A descoberta futura da paternidade – seja por omissão dos pais, erro, culpa ou dolo - é que possibilitará, diante da sua excepcionalidade, e para garantir o direito à identidade genética, a eventual dupla parentalidade – afetiva e biológica, com todas as consequências jurídicas decorrentes desse reconhecimento, inclusive para fins sucessórios, a fim de garantir a estabilidade da família afetiva, a segurança jurídica e os direitos fundamentais da prole.

O Ministro Gilmar Mendes harmonizou-se ao voto do relator e expôs que existe um “cinismo manifesto” por parte do pai biológico por recorrer afirmando que sua filha já possui um pai. Há uma espécie de desejo a uma abstenção para que não arque com as consequências jurídicas na “tomada de responsabilidade”. O eminente Gilmar Mendes ainda salienta que do ponto de vista ético-jurídico não se pode eximir-se de tal incumbência e ainda afirmou que no caso concreto há uma nítida necessidade do emprego da Hermenêutica e da concordância prática para a análise de um caso como o aqui explicitado.

A Ministra Rosa Weber argumentou que há a possibilidade do reconhecimento multiparental, fazendo com que tanto o pai afetivo quanto o biológico possuam e arquem com as responsabilidades jurídicas, efeitos jurídicos inerentes a cada um como encarregados de determinadas obrigações.

A ilustríssima presidente da Corte e Ministra Cármen Lúcia teve o seu pensamento em consonância ao pensamento do Ministro Relator Luiz Fux ao mencionar que o amor não pode ser imposto, mas que o cuidado deve ser firmado. Em suas palavras:

Amor não se impõe, mas cuidado sim. Cuidar daquele por quem nós somos responsáveis impõe-se.

A Ministra observa em seu voto que se trata de direitos que são assegurados em casos não só em relação à paternidade como também de maternidade e coloca em

pauta que quando há referência ao direito de buscar a felicidade, é possível perceber, concomitantemente, a busca do afeto, busca do conforto humano, da segurança.

Em sua concepção, a digníssima sustenta que aquele que esteve presente e cuidou da criança com afeto acabou sendo considerado “mais pai” do que aquele outro que tem ascendência biológica, mas não esteve presente suprindo esse quesito cordial. Afirmou ainda que não se estava decidindo entre um ou outro, mas sim pelos deveres subsequentes de uma paternidade responsável.

Com supedâneo no voto do relator, Luiz Fux, o ministro Ricardo Lewandowski coadunou com o exposto pelo relatório do juiz relator ressaltando, *prima facie*, que o plenário da egrégia suprema corte estava reconhecendo a dupla paternidade no bojo do julgamento. O ministro continuou rebuscando que o relator usou o auxílio da jurisprudência comparada, fazendo alusão ao reconhecimento da dupla paternidade no estado da Louisiana dos Estados Unidos da América, no ano de 1989.

O juiz entendeu que o pai buscava se eximir das responsabilidades atinentes a sua prole. Em seu entendimento, o pai biológico não restaria livre de suas obrigações de manutenção do filho mesmo tendo outro indivíduo tendo assumido a figura paterna desse menor. Ademais, em seu voto, o ministro fez a menção dos arts. 227 e 229 da Carta Magna brasileira de 1988, o qual leu na íntegra, para frisar que o reconhecimento da dupla paternidade consubstanciava o exposto nesses dispositivos da constituição. Assim, acompanhou integralmente o relatório e assinalou que o pai biológico não poderia se escusar das incumbências próprias da paternidade mesmo que um outro indivíduo, pai socioafetivo, tivesse chamado para si tais responsabilidades.

Ricardo Lewandowski acentuou ainda, que a Corte estava tomando uma decisão importante tendo em vista que não havia precedentes na jurisprudência pátria sobre o caso aludido pelo recurso extraordinário, nem na legislação positiva.

O ministro Marco Aurélio Mello também acompanhou o relatório de Luiz Fux e negou provimento ao recurso extraordinário. Marco Aurélio asseverou que a interessada ingressou em juízo para assegurar a defesa do princípio da dignidade da pessoa humana, pois requereu o reconhecimento da paternidade biológica no tocante ao seu progenitor e os consectários jurídicos desse ato de reconhecimento.

Ressaltou o ilustre ministro durante o proferimento do seu voto em sessão plenária do Pretório Excelso:

A própria interessada, interessada na defesa da dignidade humana, da dignidade própria, fundamento da República. Ingressou em Juízo; ingressou em Juízo para ter o reconhecimento da paternidade biológica. [...] E as consequências, os consectários jurídicos desse reconhecimento que não podem ser afastados. Porque há um sistema, um sistema a ser observado e esse sistema ficaria capenga.

O ex-presidente do Supremo Tribunal Federal e atual ministro do tribunal, Marco Aurélio, pode verter que o pai biológico não queria arcar com as consequências jurídicas de sua prole. Assim, entendeu que a decisão proferida pelo Tribunal de origem fora acertada ao reconhecer a paternidade biológica e emprestar as consequências jurídicas desse ato de reconhecimento.

Marco Aurélio frisou que o provimento do recurso demonstraria uma conclusão sobre a transgressão do art. 226, caput, §7º, da Constituição Federal de 1988. O ministro alertou que a decisão do Tribunal de origem concluiu pela paternidade biológica, com os consectários econômico-financeiros, não havendo nisso erro ou afronta a constituição. E, portanto, a filha tem o direito do reconhecimento do pai biológico com as consequências econômico-patrimoniais desse ato.

O decano do Pretório Excelso, ministro Celso de Mello, desproveu o recurso extraordinário acompanhando, assim, o relatório do ministro Luiz Fux. Celso de Mello buscou em seu voto jusfilosófico sobrepujar a questão da afetividade e da questão da felicidade dentro da Carta Magna, aludindo ao voto do relator.

O ministro rebuscou em antigas codificações pátrias o valor que a família tinha e buscou demonstrar o quanto a carta cidadã de 1988 alterou positivamente essa percepção de família. Tendo a afetividade e a busca da felicidade um expoente do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo o último, condição essencial da constituição brasileira hodierna. Sendo esse princípio da busca da felicidade princípio último da existência humana.

O ministro mostrou que a doutrina do Supremo Tribunal Federal já havia assegurado no direito da busca a felicidade um importante “vetor hermenêutico” na consubstanciação dos direitos fundamentais, utilizando como exemplo os julgamentos da ADI 3300 e do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 223.

Além disso, o decano utilizou do direito comparado para asseverar que o direito a buscar a felicidade é gizado em constituições ao redor do mundo, citando a constituição do Império do Japão de 1945, constituição francesa de 1958 e também da constituição do Butão do ano de 2008.

3 CONSIDERAÇÃO DOS VOTOS VENCIDOS

O tema invocado no Recurso Extraordinário nº 898.060 foi bastante polêmico e, claramente, não tenderia a ser unânime a decisão do Supremo Tribunal Federal. Tal característica, a não unanimidade da decisão pelo não provimento do recurso, é um reflexo da própria composição da egrégia Suprema Corte Brasileira.

Doravante, isso é um reflexo da formação societária no Brasil, muitíssimo diversa, e não seria diferente na mais alta corte do maior e mais diverso país da América latina.

Portanto, é mister destacar neste escrito a posição dos votos contrários no julgamento do recurso. A explanação desses se faz necessária como meio de demonstrar a heterogeneidade de pensamentos sobre o tema no mundo jurídico.

4 MINISTRO LUIZ EDSON FACHIN

Ab initio, destaca-se o voto do ministro Edson Fachin. O mesmo deu provimento parcial ao recurso. Esse começa a explanação oral de seu voto salientando a importância da matéria e de sua resolução por vias das regras de cunho constitucional e não somente por vias principiológicas. Fachin considera que o caso ora em tela no recurso extraordinário não se tratava de um conflito de paternidade.

O eminente ministro considerou não haver hierarquia entre a paternidade, isso à luz do inserido no bojo dos artigos 226 e 227 da Carta Constitucional de 1988, a qual se depreende:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Asseverou o ministro Edson Fachin que o que estava posto na ação era a questão de a paternidade socioafetiva preencher todos os elementos da posse de estado de filho, e que a investigação se pôs a revelar a ascendência genética da parte.

Proferiu o ministro em sua explanação no órgão colegiado:

À luz do que está na Constituição, arts. 226 e 227, inexistir também hierarquia entre as diversas formas de paternidade. Portanto, estabelecida uma dada paternidade é preciso que se tenha presente; que não se está necessariamente aqui diante de um conflito de paternidade para saber qual paternidade vale mais, o conflito que se tem aqui a rigor é de uma paternidade socioafetiva estabelecida preenchendo todos os requisitos da posse de estado de filho (...). A investigação, a rigor, se dirigiu a revelar o ascendente genético.

Considerou o ministro que a relação entre vínculo biológico pode ser levada em consideração para determinar os efeitos jurídicos decorrentes dessa relação de parentesco, contudo, não era o caso ora aludido. Ressaltou o ministro Luiz Edson Fachin, em sede seu voto, que:

O vínculo biológico, com efeito, pode ser hábil, por si só, a determinar o parentesco jurídico, desde que na falta de uma dimensão relacional que a ele se sobreponha, e é o caso, no meu modo de ver, que estamos a examinar.

Edson Fachin aduziu que o parentesco socioafetivo não se tratava de um “parentesco de segunda classe”, mas que se equiparava a relação de adoção de uma criança por pais não biológicos. Entendeu o ministro que o parentesco socioafetivo, no caso aludido no recurso extraordinário, é que se impunha juridicamente.

Advertiu o ministro, ainda, que admitir a multiparentalidade como meio para acomodar ao mesmo tempo o vínculo biológico e o vínculo socioafetivo se mostrava

como uma forma de confundir o direito de conhecer a própria origem, sendo esse gizado no art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990):

O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.

Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica.

Elucidou ainda o ministro no plenário do julgamento do recurso, que:

No caso dos autos, diante de uma paternidade socioafetiva já estabelecida, entendo que aqui o genitor é apenas um ascendente genético.

Ponderou o ministro Edson Fachin que o indivíduo não teria a prerrogativa de escolher arbitrariamente o próprio pai ou de escolher de quantos pais se quer ser filho. Portanto, arrematou o juiz que, no caso em tela, havendo vínculo afetivo e vínculo somente biológico, deveria o vínculo afetivo servir de supedâneo jurídico para operar os efeitos conseqüenciais da paternidade.

Com esse voto, proveu o recurso extraordinário, em parte, o ministro Edson Fachin para reconhecer somente o vínculo afetivo a fim de se operarem os efeitos jurídicos conseqüenciais desse reconhecimento. Ficando assegurado o direito do indivíduo em conhecer a origem biológica de sua paternidade.

5 MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI

O ministro Teori Zavascki, em sede de seu voto, alertou que a questão posta no recurso extraordinário era bastante complicada e, em sua ótica, deveria se operar a análise adstrita aos casos concretos apresentados. No entender do eminente ministro, a negação da paternidade biológica se mostrava como sendo o cerne básico da questão. Aduziu o ministro que os institutos da paternidade biológica e a paternidade jurídica não se confundiam.

Em sede de explanação oral no julgamento do recurso extraordinário nº 898.060, aduziu Teori Zavascki:

Tive grande dificuldade, também, e ainda tenho de imaginar uma situação em que a paternidade biológica esteja necessariamente

associada à paternidade socioafetiva. [...] A paternidade dependeria da agregação da condição de pai biológico com a condição de pai afetivo.

Teori ressaltou que, criar uma regra abstrata determinando em quaisquer circunstâncias quando a paternidade biológica deveria prevalecer sobre a afetiva era muito difícil. Devendo, pois, a análise dos casos concretos. Sendo que o vínculo biológico, no caso concreto, não determinaria necessariamente as consequências jurídicas. No entanto, o vínculo socioafetivo estabelecido deveria permanecer para os diversos efeitos jurídicos.

Na explanação do seu voto, esclareceu o ministro Teori Albino Zavascki “No caso há uma paternidade socioafetiva que persistiu, persiste e deve ser preservada”. Assim, o ministro acompanhou o voto divergente do ilustre ministro Edson Fachin e asseverou a necessidade de uma análise caso a caso de questões desse cerne, alertando para que a tese da repercussão geral fosse a mais minimalista possível.

6 CONCLUSÃO

Mister se faz asseverar que as questões de cerne constitucional são dotadas de intenso debate principiológico, pois a constituição, democrática frisa-se, é sobretudo a massificação daquilo que determinada sociedade tem como sendo justo. Nesse sentido, fazendo uma alusão a concepção sociológica de uma constituição, aduz o eminente autor baiano Dirley da Cunha Júnior⁶:

A constituição, nesse sentido, não é produto da Razão, mas sim resultado das forças sociais; não é algo criado ou inventado pelo homem, mas sim realidade política e social do presente; não é pura forma de “dever ser”, mas de “ser”. Nessa perspectiva, a Constituição deve ser examinada, não em si mesma, mas em relação à sociedade que a adota, da qual ela constituiu puro reflexo, ou expressão da realidade nela existente. É na sociedade, portanto, e em seus estratos mais profundos, que a Constituição vai buscar energia. (CUNHA JR., Dirley, Curso de Direito Constitucional, 2012, p.78)

Porquanto, os princípios que regem determinada constituição, nesse caso a Constituição Federal de 1988, devem ser levados em consideração quando questões não

⁶ Dirley da Cunha Júnior é Juiz Federal da Seção Judiciária da Bahia. Doutor em direito Constitucional pela PUC – SP. É professor adjunto I de Direito Constitucional dos cursos de graduação, mestrado e doutorado em direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA).

esclarecidas dentro do ordenamento jurídico se põem. Nessa linha de inteligência, a interpretação ultrapassa os horizontes da simples norma posta e perpassa uma análise sistemática da Constituição em conformidade com a realidade vivida. Sobre essa questão de cunho hermenêutico, assevera o literato Raimundo Falcão:

A hermenêutica, para ter dimensão total, não se iludirá apenas com a mecânica de enquadrar o fato na norma. Procurará também amoldar a norma ao fato, dobrando aquela perante este, com sentimento de equidade. É o princípio da moldagem da norma ao fato. [...] Os efeitos disso são imensos. Sobre a própria norma, que se beneficia de uma evolutividade atualizadora que dificilmente vai deixá-la obsoletizar-se por completo. Sobre a sociedade, que não se verá tolhida em seus anseios de avançar por força da frenagem normativa. (FALCÃO, Raimundo Bezerra, *Hermenêutica*, p.p, editora Malheiros Editores, 2004)

Nesse ponto, após a análise dos posicionamentos adotados pelos votos vencedores e vencidos, chegamos à conclusão de que o parecer que iremos nos debruçar demonstrando adesão e concordância é o do Ministro e Relator Luiz Fux. O voto do Excelentíssimo ministro relator, Luiz Fux, conseguiu aplicar, fundamentadamente, os princípios expostos em nossa Carta Magna e, por isso, nos filiamos ao voto do eminente ministro.

O caso concreto trazido pelo recurso extraordinário por ora analisado evocou o conceito principiológico da dignidade da pessoa humana. Tal princípio é fundamento da Constituição Federal Pátria de 1988. Por tal ponto, esse princípio, a nosso ver, deve reger tal questão.

Argumentando nossa posição acerca do voto, iniciamos com o Art. 227, §§ 6º e 7º da Constituição Federal (1988):

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...]

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e

científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

O laço que existe entre um pai e um filho vai além da ascendência biológica. O âmbito familiar que faz surgir uma relação afetiva e esta, por conseguinte, é rodeada de deveres prioritários independentemente do caráter consanguíneo. Neste quesito, a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III CF) abordada por Fux é um ponto chave, até mesmo um argumento principal que é também abarcado pelo art. supracitado já que visa garantir à criança, adolescente ou jovem os direitos básicos relacionados à vida.

Conforme a Teoria Tridimensional do Direito de Família edificada pelo autor Belmiro Welter, o ser humano vive em uma trilogia no âmbito familiar:

Segundo esta teoria, o ser humano é biológico, tendo em vista que se origina através da reprodução, perpetuando-se por gerações, herdando traços genéticos e morais de seus genitores. Outrossim, é considerado afetivo, em virtude de viver dentro de um contexto familiar, sendo, por conseguinte, influenciado por fatores pessoais, familiares e sociais. Nesse sentido, importância crucial possui a afetividade, sendo esta necessária, inclusive, para sua manifestação no mundo cotidiano. Por derradeiro, é ontológico, uma vez que não existe uma teoria exclusiva (afetiva ou biológica) para defini-lo, visto que o indivíduo se relaciona com o mundo como um todo, convivendo, simultaneamente, com sua ascendência genética, sua verdade afetiva, decorrente das relações familiares e sociais, e consigo mesmo. Trata-se do mesmo ser que se relaciona, concomitantemente, com estes três fatores. (apud LOPES, Paula Ferla).

Para a autora Maria Berenice Dias:

O afeto foi consagrado em nível de direito fundamental, e tal consequência é, por exemplo, a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos. O afeto não guarda origem na biologia. Os seus laços, tanto de afeto quanto de solidariedade, derivam da convivência em família, e não do sangue. A título de exemplo, a posse de estado de filho traduz-se no reconhecimento jurídico do afeto, objetivando, desse modo, garantir a felicidade, esta como direito de ser almejado. (apud ALMEIDA, Felipe Cunha De)

Entretanto, não é por existir a uma paternidade afetiva que a biológica pode eximir-se de tal obrigação que se por assim o fizer, estará agindo negligentemente em relação ao descendente. Consoante Belmiro Welter e os defensores da sua Teoria Tridimensional, as relações erguidas nos parâmetros que levam em consideração caráter

biológico e socioafetivo são diferentes, logo sendo impossível que uma paternidade anule a outra. Sobre este quesito, no RE 898.060, atenta Fux:

Por isso, em que pese ter o vínculo de afetividade origem em registro cuja informação não corresponde à verdade biológica, ante a consolidação dos laços sentimentais/afetivos entre F. G. e I. G., o estado de filiação que esta última agora vindica em relação ao réu/apelante, não poderá ser reconhecido, simplesmente porque outro já se estabeleceu antes, com o pai registral, o qual não deverá ser desfeito

No Direito, o entendimento sobre a bipaternidade não é algo novo. Nos Estados Unidos, por exemplo, como Fux traz em seu voto, há Estados que possuem Jurisprudência consistente em relação à dupla paternidade:

A Suprema Corte de Louisiana ostenta jurisprudência consolidada quanto ao reconhecimento da “dupla paternidade” (dual paternity). No caso *Smith v. Cole* (553 So.2d 847, 848), de 1989, o Tribunal aplicou o conceito para estabelecer que a criança nascida durante o casamento de sua mãe com um homem diverso do seu pai biológico pode ter a paternidade reconhecida com relação aos dois, contornando o rigorismo do art. 184 do Código Civil daquele Estado, que consagra a regra “*pater ist est quem nuptiae demonstrant*”. Nas palavras da Corte, a “aceitação, pelo pai presumido, intencionalmente ou não, das responsabilidades paternais, não garante um benefício para o pai biológico. (...) O pai biológico não escapa de suas obrigações de manutenção do filho meramente pelo fato de que outros podem compartilhar com ele da responsabilidade.

Com a consolidação na Jurisprudência referente a este tema, o Estado de Louisiana ajustou o Código Civil abarcando a questão nos artigos 197 e 198 sendo considerado o Estado norte-americano que assentiu que o proveniente pode ter dois pais de forma legal e que ambos possuem obrigações, ou seja, paternidade responsável.

O exame de DNA, por exemplo, meio que se é utilizado para a comprovação da paternidade genética, deve ser realizado levando em consideração os alicerces necessários a uma convivência familiar, a um relacionamento de fato. Isso quer dizer que, de nada vale um exame que comprove a paternidade de uma criança se entre ambos não existe relação afetiva cercada de contato e amor. Diante disso, a advogada Letícia Peixoto afirma:

Pode-se perfeitamente a *paternidade* ser desvinculada do vínculo genético, vindo o DNA a simbolizar tão somente uma responsabilidade para o genitor, quanto à prestação de alimentos, e não necessariamente um exercício da *paternidade*.

O Ministro Fux sustenta em seu voto a importância da observação do melhor interesse ao filho:

A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos.

O Supremo Tribunal Federal (STF) deixa claro que a paternidade afetiva não interdita o reconhecimento por parte do pai biológico e as duas relações paternas possuem efeitos jurídicos próprios. Consoante a isso, não há de se falar em hierarquia entre as paternidades por ascendência e por afeto, já que os dois títulos podem ser levados em consideração, isto é, podem ser reconhecidos em busca do melhor interesse ao filho.

Segundo entendimento de Maria Berenice Dias:

Não mais se pode dizer que alguém só pode ter um pai e uma mãe. Agora é possível que pessoas tenham vários pais. Identificada a pluriparentalidade, é necessário reconhecer a existência de múltiplos vínculos de filiação. Todos os pais devem assumir os encargos decorrentes do poder familiar, sendo que o filho desfruta de direitos com relação a todos. Não só no âmbito do direito das famílias, mas também em sede sucessória. (...). (*apud* ORTEGA, Flavia Teixeira)

Em caso semelhante analisado pelo TJ/DF, sob relatoria da desembargadora Maria de Lourdes Abreu, foi trazido o seguinte e já frisado ponto:

Ante a existência dos dois vínculos paterno-filiais, que não podem ser desconstituídos, a orientação que melhor atende aos interesses das partes, notadamente o da menor, é o reconhecimento de ambos os vínculos paternos: o biológico e o socioafetivo, com as devidas anotações no seu registro civil. (TJ-DF 20160210014256 - Segredo de Justiça 0001413-17.2016.8.07.0002, Relator: MARIA DE LOURDES ABREU, Data de Julgamento: 16/11/2017)

Desta forma, é possível notar que as percepções jurisprudenciais estão voltadas ao tema levando em consideração a relevância da discussão que abarca o Direito de Família e suas mutações com o passar dos anos, bem como a importância do debate visando sempre manter as relações familiares em harmonia com o objetivo de buscar a melhor solução ao respeitar o melhor interesse direcionado ao sucessor.

Portanto, a decisão da corte, tendo como supedâneo o relatório e voto com o qual nós coadunamos, foi acertada e atendeu aos princípios aos quais o texto constitucional está sustentado. A cabal análise desse recurso não poderia nos deixar outro entendimento senão o de reconhecimento de que a paternidade afetiva não exclui de responsabilidades do ascendente genético. Tendo tal decisão inteira e consonância ao princípio constitucional e universal da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Felipe Cunha De. **Paternidade Socioafetiva: Aspectos polêmicos, doutrina e jurisprudência.** Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/viewFile/69425/39179>>. Acesso em: Fevereiro de 2018.

BRÍGIDO, Carolina. **Supremo Tribunal Federal reconhece dupla paternidade.** Jornal O Globo. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/supremo-tribunal-federal-reconhece-dupla-paternidade-20152483> <Acesso em: Janeiro de 2018>.

CUNHA JR., Dirley, **Curso de Direito Constitucional.** 2012, p.78

FALCÃO, Raimundo Bezerra, *Hermenêutica*, p.p, editora Malheiros Editores, 2004.

FUX, Luiz. **Paternidade Socioafetiva e Pluriparentalidade. Voto.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: janeiro de 2018.

GUILHERME, Luiz Fernando de Almeida. ROCHA, Carolina Alves de Oliveira.

NUNES, Nathalia. **O reconhecimento da dupla paternidade pelo STF e seus reflexos.**

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325781>>. Acesso em : janeiro de 2018.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>>. Acesso em: janeiro de 2018.

RODRIGUES, Phellipe Davyson Dantas. **Multiparentalidade Análise dos Efeitos Sucessórios a Partir do Precedente do Recurso Extraordinário n. 898.060 do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58877/multiparentalidade-analise-dos-efeitos-sucessorios-a->

partir-do-precedente-do-recurso-extraordinario-n-898-060-do-supremo-tribunal-federal/4.> Acesso em: janeiro de 2018.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: janeiro de 2018.

_____. **STF fixa que pais biológico e socioafetivo têm obrigações iguais.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-23/paternidade-socioafetiva-nao-anula-obrigacoes-pai-biologico>>. Acesso em: Janeiro de 2018.

BRÍGIDO, Carolina. **Supremo Tribunal Federal reconhece dupla paternidade.** Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/supremo-tribunal-federal-reconhece-dupla-paternidade-20152483>>. Acesso em: janeiro de 2018.

GUILHERME, Luiz Fernando de Almeida Guilherme; ROCHA, Carolina Alves de Oliveira; NUNES, Nathalia. **O reconhecimento da dupla paternidade pelo STF e seus reflexos.** Disponível: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI247118,91041-O+reconhecimento+da+dupla+paternidade+pelo+STF+e+seus+reflexos>>. Acesso em: Janeiro de 2018.

LOPES, Paula Ferla. **Multiparentalidade: A experiência brasileira como forma de consagração da posse do estado de filho.** Disponível em: <<http://www.brauliopinto.com.br/artigos/9/multiparentalidade-a-experiencia-brasileira-como-forma-de-consagracao-da-posse-do-estado-de-filho>>. Acesso em: fevereiro de 2018.

PEIXOTO, Letícia. **A desbiologização da paternidade: incongruências e desafios através da Jurisprudência do TJMG.** Disponível em: <<https://juridocerto.com/p/leticiapeixoto/artigos/a-desbiologizacao-da-paternidade-incongruencias-e-desafios-atraves-da-jurisprudencia-do-tjmg-803>>. Acesso em: fevereiro de 2018.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **STF fixa que pais biológico e socioafetivo têm obrigações iguais.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-23/paternidade-socioafetiva-nao-anula-obrigacoes-pai-biologico>>. Acesso em: Janeiro de 2018.

RODRIGUES, Phellipe Davyson Dantas. Multiparentalidade: análise dos efeitos sucessórios a partir do precedente do Recurso Extraordinário nº 898.060 do Supremo Tribunal Federal. **Disponível em:** <<https://jus.com.br/artigos/58877/multiparentalidade-analise-dos-efeitos-sucessorios-a-partir-do-precedente-do-recurso-extraordinario-n-898-060-do-supremo-tribunal-federal/4>>. Acesso em: Janeiro de 2018.

BRASIL. TJ-DF 20160210014256 - Segredo de Justiça 0001413-17.2016.8.07.0002, Relator: MARIA DE LOURDES ABREU, Data de Julgamento: 16/11/2017, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 13/12/2017 . Pág.: 215/223) Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/531117440/20160210014256-segredo-de-justica-0001413-1720168070002>>. Acesso em: Fevereiro de 2018-02-17.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO. **Paternidade socioafetiva não exime responsabilidade o pai biológico.** (1/2) Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=vMgMQ0DdVbE>>. Acesso em: Janeiro de 2018.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO. **Paternidade socioafetiva não exime responsabilidade o pai biológico.** (2/2) Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=vMgMQ0DdVbE>>. Acesso em: Janeiro de 2018.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO. **Acórdão RE 898.060.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>>. Acesso em: Janeiro de 2018

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO. **Paternidade socioafetiva não exige de responsabilidade o pai biológico.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325781>>. Acesso em: Janeiro de 2018

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO. **Voto Luiz Fux RE 898.060.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: Janeiro de 2018.

ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.314/SP

*João Victor Mascarenhas Santana
Kamilla Oliveira de Jesus
Ruteh Ribeiro Oliveira de Lima
Victória Gabriela Brito Salgado*

1 INTRODUÇÃO

A lide em cheque teve início em um mandado de segurança impetrado na Justiça Federal do estado de São Paulo, no qual, após a sentença, houve apelação, sendo julgada posteriormente pelo TRF da 3ª Região e, depois da decisão do TRF, houve a interposição de recurso extraordinário, que, logo após certas divergências de entendimento que interferiram no curso procedimental, foi admitido pelo Tribunal Pleno do Excelso Pretório que reconheceu a repercussão geral da controvérsia fulcral do processo.

Os questionamentos precípuos levantados pelo requerente foram acerca do choque entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, mais especificamente foi questionada a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e da Lei nº 10.174/2001 que veio alterar a redação do art. 11 da Lei nº 9.311/96. Este caso, como muitos outros, exigiu a utilização do princípio hermenêutico-constitucional da

proporcionalidade, isto é, qual tem uma importância majoritária? E por que nesta situação, e em análogas, deve preponderar determinado direito/dever?

Logo no início da ementa do acórdão do TRF é exposta a necessidade inequívoca da coexistência harmônica entre os direitos e garantias fundamentais e o exercício de competências constitucionais do Poder Público, visando o bem da maioria. Posteriormente é explicado que o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 não tem o sentido de tutela do sigilo de dados bancários para torná-los invioláveis, pelo contrário, o seu autêntico sentido é de coibir a transmissão abusiva de dados, não de impedir o seu conhecimento, que poderiam ser acessados, dependendo da situação e da não violação dos direitos da personalidade assegurados pelo inciso X do art. 5º da CF/1988.

Como é precisamente explanado na ementa do acórdão, os direitos da personalidade, tais como o da vida privada, honra, imagem e outros não têm um caráter absoluto, pois isto iria de encontro ao sistema harmônico de direitos e deveres que existe na Constituição Federal e que é devida e sabiamente mantido através da utilização de técnicas de interpretação.

O particular e seu direito à intimidade e à vida privada deve ser mantido e protegido pelo Direito e pelo Estado, visto que, o Brasil é um Estado Democrático de Direito, e isto implica no respeito à individualidade, o que, todavia, não afasta a necessidade de relativização dessa intimidade quando se é necessário para a manutenção da ordem pública, isonomia entre os cidadãos brasileiros e segurança jurídica, política, econômica e social do país. Para que não haja uma preponderância de uma área sobre a outra (público x privado), a razoabilidade deve sempre imperar, permitindo, assim, a interação saudável e firme do indivíduo e a sociedade.

Como destacado na decisão supramencionada, não existe qualquer dispositivo constitucional que garanta a proibição da intervenção no sigilo dos dados bancários, pois sequer estes fazem parte da esfera mais íntima de um indivíduo (relações de família e religião, sendo que nem mesmo estes direitos têm proteção absoluta), o que deixa evidente a capacidade do legislador de definir o que é sigilo e determinar os seus limites. Entretanto, o sigilo bancário não é qualquer proteção sem garantia, é um instituto tributário-jurídico, sério e confiável que garante a proteção de dados das pessoas, e isto impede que o legislador trate deles com desdém ou permita que qualquer um os rompa.

Esta proteção, contudo, não afasta a possibilidade de o Poder Público, no exercício de suas funções constitucionais e legais, disponha desses dados sob um regime

de controle austero e de ampla responsabilidade, garantindo, assim, que somente para funções específicas e bem definidas esses dados possam ser acessados.

Este regime de equilíbrio evoluiu junto à jurisprudência e a legislação que o tratavam. Isto porque a jurisprudência só admitia a quebra de sigilo por autoridade judicial e mediante processo judicial, adequando-se à legislação vigente. Contudo, houve uma atualização nesta legislação específica que previa claramente as hipóteses em que, por iniciativa administrativa, se pudesse quebrar sigilos bancários sem, deste modo, ferir um direito constitucional.

A Lei Complementar nº 105/2001 trata sobre o sigilo bancário, define as instituições que se sujeitam a tal dever em suas operações ativas e passivas, fixa as hipóteses excepcionais de quebra administrativa, especifica a competência judicial e as situações sujeitas à reserva judicial e ao análogo no âmbito parlamentar. A mesma LC estabeleceu o dever de informação, acerca das operações financeiras, apenas para identificar os titulares das operações e dos montantes globais mensalmente movimentados, vedada a identificação da origem e a natureza dos gastos.

Como afirma a ementa do acórdão do TRF, é para o exercício desta competência que se permite, diante das informações prestadas e da efetiva necessidade, “apurada em prévio processo administrativo ou procedimento fiscal em curso, o exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras pelas autoridades competentes (artigo 6º)”.⁷ Sendo que, os dados recolhidos através deste processo específico ficam sob o amparo do sigilo fiscal, isto é, se um servidor público os utilizar indevidamente, estará o mesmo sujeito às sanções civil, administrativa e penal.

Já a Lei nº 10.174/01 modificou o art. 11º da Lei nº 9.311/96, permitindo que a Secretaria da Receita Federal, de posse de informações sobre a movimentação financeira de titulares de contas bancárias, utilizasse-as para a apuração de qualquer divergência percebida e, assim, instaurar um processo administrativo que almejaria descobrir a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições, e, por fim, utilizar a técnica de “cruzamento de dados”, no intuito de identificar a autêntica capacidade contributiva das pessoas, aplicando o princípio da isonomia adequadamente.

⁷ Trecho retirado da ementa do acórdão do TRF que fora integralmente reproduzido na decisão da Corte Suprema do Brasil acerca deste assunto, decisão esta que fora encontrada no site do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2689108&numeroProcesso=601314&classeProcesso=RE&numeroTema=225>. Acesso em: 23 de janeiro de 2018.

O Decreto nº 3.724 de 2001 regulamentou o art. 6º da LC nº 105/01, que, dentre outras providências, indicou as possibilidades de exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras – casos genuinamente indispensáveis. Deste modo, torna-se notório que a legislação foi criteriosa e específica no elenco das situações excepcionais em que a quebra do sigilo bancário, para exercer o “razoável exercício da competência constitucional e legal que possui o Estado-Administração de arrecadar os tributos e fiscalizar o cumprimento das obrigações fiscais”⁸, é permitida, não olvidando que as informações obtidas através deste procedimento são resguardadas pelo sigilo fiscal.

Outra tese levantada pelo requerente é a de que a Lei 10.174 atrairia a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias. Tal questionamento fora refutado pela decisão do TRF – sendo a refutação acolhida pela Corte Maior – que argumentou a não existência de direito a não-recolher tributo, quando for legalmente possível. Por isso é que seria necessário entender que novos mecanismos de fiscalização e apuração de crédito trazidos por leis novas não estão impedidos de serem aplicados para analisar situações anteriores à sua criação, sendo que não se trata de aumento ou criação de imposto, apenas permite que o Fisco combata a sonegação fiscal.

Um recurso deveras importante que fora ressaltado pela decisão do TRF (acolhida pelo STF), no âmbito do processo administrativo, é o direito de justificar a origem de recursos dados como não-declarados pelo Fisco e mesmo impugnar tal apuração, tudo mediante o devido processo legal e respeitando o poder-dever da Administração Pública de fiscalizar seus administrados. A decisão também destacou que não existe possibilidade de decisão judicial que permita a qualquer cidadão fugir do dever de exhibir os documentos necessários à apuração de crédito tributário, cabendo ao Fisco fazer a intimação do mesmo, e, caso haja descumprimento, aplicar as sanções legais específicas para o caso.

Um fato de importância nítida a se destacar é o de que o questionamento acerca da constitucionalidade da quebra do sigilo bancário pela administração tributária sem autorização judicial também já era pauta de outras quatro ações diretas de inconstitucionalidade (2.386, 2.390, 2.397 e 2.859)⁹, além deste recurso extraordinário

⁸ Ibidem.

⁹ Informação retirada de um artigo – **O sigilo bancário e os limites da representação fiscal para fins penais** – de autoria de Adriana Alves dos Santos Cruz e Tânia Nigri, publicado no site Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI255428,11049-O+sigilo+bancario+e+os+limites+da+representacao+fiscal+para+fins>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

601.314. Na qualidade de *amicus curiae* foram admitidos o Sindicato Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, a Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o Banco Central do Brasil, no intuito de auxiliar o Tribunal Pleno do STF na formação de sua decisão.

2 ANÁLISE DOS VOTOS VENCEDORES

À princípio, o excelentíssimo Ministro Edson Fachin inicia seu voto expondo o que será analisado durante o julgado, que é a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar 105/2001 a respeito do sigilo bancário e se a utilização dos mecanismos fiscalizatórios que estão previstos na Lei 10.174/2001¹⁰ vai ofender o princípio da irretroatividade das leis. Para fundamentar seus argumentos, o Ministro traz algumas informações sobre o histórico legislativo e jurisprudencial a respeito de como o sigilo bancário é tratado na ordem jurídica nacional após a promulgação da atual Carta Magna, trazendo a Lei 4.595/64¹¹ e o artigo 8º da Lei 8.021/90, que trata sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais na qual prevê a solicitação de informações bancárias pela autoridade fiscal.

O mesmo Ministro afirma que o litígio constitucional posto traduz-se no entrave entre pagar tributos e o direito ao sigilo bancário. Assim, a análise da constitucionalidade do art. da LC 105/2001 concentra-se na constituição normativa do direito à privacidade no País. O Ministro também expõe que a privacidade é assegurada através de uma lei que concede os direitos à integridade moral do sujeito de direitos. Destarte, o Supremo garante a fundamentação de tais direitos no art. 5º, X, da Lei Maior, sendo considerados direitos da personalidade.

Partindo da perspectiva individual, o sigilo bancário é visto como um dos direitos da personalidade que assegura as atividades e informações bancárias do indivíduo para serem livres de ingerência de quaisquer classificações vinda de quem quer que seja principalmente vinda do Estado ou da respectiva instituição financeira. Portanto, conclusões finais do Ministro Edson Fachin foram que, em relação ao primeiro item do julgado, o art. 6º da LC 105/01 não é contrário ao sigilo bancário, visto que se baseia na igualdade dos cidadãos, por meio da contribuição de impostos. Ademais, a tese do

¹⁰ Lei que altera o art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, que institui a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Crédito e Direitos de Natureza Financeira – CPMF, e dá outras providências.

¹¹ Lei que trata sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias.

primeiro item “*estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal*”¹². Sobre o segundo item do tema, o Ministro expõe que para a alteração realizada pela Lei 10.174/01 não é necessário o princípio da irretroatividade das leis tributárias, pois tal lei é de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal. Por esta razão, segundo o Ministro Edson Fachin, deve-se aplicar o art. 144, §1º, do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

Art. 144¹³: O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

§1º: Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

O Ministro Carlos Alberto Barroso segue em consonância com o Ministro Edson Fachin, com o entendimento de que os direitos fundamentais dos indivíduos de maior relevância são os direitos à intimidade e à proteção da vida privada, por terem ligação com os princípios da liberdade e dignidade humanas. Porém, o Ministro acredita que a oposição do sigilo bancário à Administração Tributária não está relacionada diretamente com estes princípios. Na antecipação ao voto, o Ministro acrescenta:

[...] como regra geral: quebra de sigilo, em qualquer das suas formas, deve depender de autorização judicial, porque acho que é uma segurança da cidadania e uma forma de proteção dos direitos fundamentais que um órgão externo àquele diretamente interessado exerça esse tipo de controle. Portanto, essa é a minha posição doutrinária, como regra geral, que, no entanto, parece-me merecer atenuação nesse caso envolvendo a Receita Federal.

Como prossegue o Ministro, o sigilo de informações financeiras não está contido no núcleo do direito à intimidade e, logo, é suscetível à restrição pelo legislador. Ademais, o Ministro pontua que o legislador não estabeleceu um parâmetro constitucional no momento em que designa requisitos objetivos para o recurso de informação, pela Administração Tributária, às instituições financeiras. Conforme o que foi dito pelo

¹² RE 601.314 – tese do item “a”.

¹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 49ª ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016.

Ministro Barroso, o acesso das informações bancárias pelas autoridades municipais e estaduais está sujeito a uma pertinência temática, ou seja, é necessário que tais informações sejam relevantes para que os impostos sejam cobrados. Ademais, o Ministro retoma as considerações do Ministro Fachin:

O princípio da transparência, significando clareza, abertura e simplicidade, vincula tanto o Estado quanto a sociedade. Se a criação do Estado é um projeto coletivo, deve-se reconhecer que a solidariedade se projeta também no campo fiscal. Assim, o pagamento de tributos é um dever fundamental, lastreado na feição fiscal assumida pelo Estado contemporâneo e no elenco de direitos fundamentais que pressupõem, para sua concretização, o necessário financiamento.

Com isso, o Ministro conclui o voto expondo que os direitos à intimidade e à proteção da vida privada dos cidadãos não estão relacionados com as informações fiscais que se referem à Administração Tributária.

Na ordem do julgado, o Ministro Teori Zavascki reitera o tema a ser discutido com respeito do direito à privacidade e à intimidade; além disso, garantir a segurança das informações bancárias e, por fim, a questão da reserva prévia de jurisdição. Sobre a privacidade de dados, o Ministro concorda que não é possível buscar fundamentação no art. 5º da Constituição Federal, pois há um perfil infraconstitucional. Por esta razão, de acordo com o Ministro, não é possível inserir no âmbito que diz respeito à intimidade, porque as pessoas jurídicas devem prestar contas ao CVM e ao Fisco, logo têm obrigação de tornar pública a situação dos respectivos patrimônios. Sobre a segurança de tais informações, o que a lei prevê não é quebra de sigilo, pois esta autoriza no art. 6º, às autoridades e aos agentes estatais, municipais e da União. Assim, de acordo com a lei, não ocorre quebra de sigilo já que a Lei não é incompatível com a Constituição.

Logo após o voto do Ministro supracitado, foi a vez da Ministra Rosa Weber dar seu parecer. A convicção da ministra é de que não há quebra de sigilo bancário pois, na verdade, há transferência do sigilo no acesso do Fisco às informações bancárias, privilegiando o interesse coletivo com fundamentação no § 1º do art. 145 da Lei Maior, *in verbis*:

Art. 145¹⁴: A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
I - impostos;

¹⁴ Ibidem.

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Tal artigo demonstra que uma das funções da administração tributária é analisar a capacidade econômica do contribuinte a fim de identificar o patrimônio, rendimentos e atividades econômicas. Como fundamentação, a ministra citou que os preceitos apontados no julgado abrangem o direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, que faz menção ao art. 5º, X, da CF, a proteção ao direito adquirido ao ato jurídico e à coisa julgada, retomando ao inciso XXXVI do mesmo artigo, entre outros princípios. Em súmula, a Ministra Rosa Weber pontua que é necessário garantir o equilíbrio para o sistema de direitos. Destarte, a Ministra adiciona este argumento para fundamentar sua posição:

Assim, cumprindo ao Estado, por sua administração tributária, nos termos da lei e respeitados os direitos individuais, observar a capacidade econômica do contribuinte, e havendo de ser conferida efetividade a esse objetivo por meio da identificação dos patrimônios, rendimentos e atividades econômicas, entendo que a concretização do princípio isonômico, no sentido de que todos os contribuintes devem ser tratados igualmente pelo Estado, também reclama a adoção de ações e instrumentos afirmativos voltados, exatamente, à neutralização da situação de desequilíbrio.

Assim, conclui que a legislação que foi discutida no presente julgado não afronta os princípios constitucionais.

Adiante, o Ministro Dias Toffoli concordou com os argumentos até então expostos pelo Ministro Edson Fachin que são favoráveis ao sigilo bancário. Depois do Ministro supracitado, foi a vez da Ministra Carmem Lúcia. A ministra concorda com os argumentos já apresentados, retomando que não é possível apontar sobre privacidade de pessoas jurídicas. Seu parecer sobre o julgado é que não concorda com as posições contrárias, julgando o recurso a fim de impedir Ações Diretas. Sua interpretação foi a seguinte:

[...] a minha leitura era no sentido de que se garantia o sigilo mediante uma série de normas, que eram necessárias para que o contribuinte tivesse segurança, mas que o interesse público fosse resguardado e as estruturas tanto da Receita Federal quanto dos Estados também tivessem os acessos necessários para a tomada das decisões e a prática dos atos necessários para evitar qualquer tipo de desdobramento por parte do contribuinte.

O Ministro Luiz Fux afirma que está de acordo com os votos até então apresentados e segue em consonância com os votos vencedores. O Ministro Fux destaca que concorda com o voto do Ministro Barroso:

Gostaria de destacar que há uma série de salvaguardas com relação à administração tributária federal, de sorte que também entendo que é de bom alvitre adotar-se aquilo que consta do voto do Ministro Roberto Barroso como salvaguarda em relação aos demais entes da Federação.

O Ministro Gilmar Mendes traz novamente que os parâmetros a serem examinados constam nos incisos X e XII do art. 5º da Constituição Brasileira, que garantem que o sigilo de dados seja inviolável e o Ministro dá atenção ao art. 145, § 1º, também da CF. Gilmar Mendes levanta um questionamento sobre se o sigilo é oponível ao Fisco e traz alguns argumentos para fundamentar tal questionamento. O primeiro deles é reforçar que o sigilo que é assegurado pelo inciso XII do art. 5º da CF se refere à conexão de dados e não de cada um em sua individualidade, assim não parte do pressuposto de que existam práticas suspeitas de ilicitude por parte do contribuinte, sendo um dever incondicionado da instituição bancária já que a lei proíbe o acréscimo de mecanismos para identificar a gênese dos gastos. Gilmar Mendes acredita que não há algo que garanta o sigilo dos dados para o acesso do Estado, por esta razão afirma que o acesso indiscriminado aos dados financeiros acaba por fragilizar a defesa do direito à privacidade, fazendo com que a legitimidade do texto constitucional seja questionada. Sobre a irretroatividade da lei, o Ministro concorda que não ofende a constituição não cria nem majora tributos. Para fundamentar seu voto, o Ministro reitera:

Evidentemente, a primeira questão em julgamento é prejudicial à segunda. Se entendermos que o Fisco não tem direito a requisitar nem a receber informações bancárias do contribuinte, sem autorização judicial, então, tampouco pode se utilizar delas para lançar tributos, seja com base na Lei Complementar n. 105/2011, seja na Lei nº 10.174, de 2001.

Por fim, o último Ministro a votar no mesmo sentido dos demais votos vencedores foi Ricardo Lewandowski. O Ministro afirma que estão em divergência em que de um extremo está o direito à proteção da privacidade, que diz respeito aos dados pessoais dos indivíduos e, no outro, o dever que corresponde à obrigação de contribuir com impostos, que consta no art. 145 da CF. Ademais, o Ministro afirma que não há quebra de sigilo, e sim, transferência do sigilo para atividades fiscais, também é pontuado que a legislação atual garante que os dados são confidenciais e isto é preservado, não sendo permitido que terceiros que não estejam vinculados ao Estado violem o direito fundamental de privacidade, havendo sanções para aqueles que pratiquem tal ato. A conclusão do Ministro Lewandowski, em concordância com o Ministro Barroso, é que os dados dotados de sigilo de interesse fiscal somente podem ser acessados por meio de sólido processo administrativo, nos padrões do Decreto 3.724/02. Com tais argumentos, encerra-se a análise dos votos vencedores.

3 ANÁLISE DOS VOTOS VENCIDOS

Apresentando o contraditório, mostrando-se adverso à quebra do sigilo bancário, o Ministro Marco Aurélio inicia sua discussão, e assim por todo o resto de sua alocução, apresentando julgamentos passados, nos quais encontrava-se presente, trazendo em seu falatório, de modo contundente, resoluções obtidas em tais questões.

O Excelentíssimo Ministro não nega a possibilidade do afastamento do sigilo, desde que este seja preconizado por uma ordem judicial, ou como uma atividade – diga-se exclusiva – do Poder Judiciário.

Aludindo à LC nº 105/2001, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, entre outras providências; questiona se esta teria ou não uma certa constitucionalidade.

Ora, apesar da Constituição Federal declarar, como regra, no inciso XII do artigo 5º, a **inviolabilidade do sigilo de informações** – entre outros dados –, salvo “por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”¹⁵; bem como, no inciso X do mesmo artigo, declarar que o **direito à intimidade e à vida privada são invioláveis**; o parágrafo 3º da supramencionada lei diz que, nas hipóteses de – conforme incisos I e II – “[...] troca de

¹⁵ Trecho retirado da parte final do inciso XII, artigo 5º da Constituição Federal/1988.

informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, [...]”; e “[...] fornecimento de informações constantes de cadastro de eminentes cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes [...]”, não constituem violação do dever de sigilo por parte das instituições financeiras. A questão aqui, referente à tal lei, diz respeito a, nas palavras do Min. Marco Aurélio, “constitucionalidade ou não de certa **interpretação** conferida à Lei Complementar nº 105/2001”. (*grifos nossos*)

Com base no discurso proferido pelo Excelentíssimo, no decorrer de sua justificação ao voto, observa-se a importância conferida à interpretação das normas relacionadas ao julgado. Por “interpretação”, entende-se um trabalho de hermenêutica. Sustentando-se nisso, há de questionar-se, como feito pelo Ministro supramencionado, se a LC aludida é o não constitucional, uma vez que, parece, há uma certa convergência entre os textos normativos.

Referindo-se ao julgamento do RE nº 389.808/PR, – o qual possuía mesma matéria de discussão do presente Recurso Extraordinário aqui apresentado – que, por maioria, deferiu provimento ao afastamento da possibilidade de acesso à dados bancários por parte da Receita Federal, apresenta as duas ementas obtidas do entendimento do Tribunal julgador. Eis a primeira:

SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, - o que, devo reconhecer, não ocorrerá quanto à Receita Federal – para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal.

Eis a segunda: “SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal, parte na relação jurídico-tributária, o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte”.

Por fim, o Tribunal entendeu que não é possível haver exceção quanto ao acesso de dados bancários por parte da Receita Federal; ou seja, as exceções vigoram pelo que enunciado no inciso XII do art. 5º da Carta Magna. Foi declarado, ainda, que a Lei nº 9.311/1996, a LC nº 105/2001 e o Decreto nº 3.624/2001 devem possuir interpretação consoante o exposto na Constituição, acusando, também, que tais normas conflitam com esta.

Com tais apresentações, é claro o posicionamento do Excelentíssimo Ministro: o sigilo de dados é um dever das instituições financeiras, não devendo haver a sua quebra por parte destas. Outrossim, defende o constante nos incisos X e XII do artigo 5º, da CF/1998: o direito do cidadão de ter seus dados pessoais, intimidade e a vida privada invioláveis.

Delineando o voto final, o Magistrado comenta acerca das duas possibilidades, presentes na Lei Maior, de quebra do sigilo bancário.

A primeira encontra-se presente no “mundo jurídico”, concedendo ao Judiciário uma exceção à regra. Ao Judiciário é possível afastar o sigilo, desde que, mediante ato fundamentado e de acordo com a lei, possua como única finalidade a investigação criminal ou instrução processual penal. Entende-se que tal concessão é aquela referente às CPIs – Comissões Parlamentares de Inquérito –, as quais, consoante o § 3º do artigo 58 da Constituição, possuem poderes próprios de investigação das autoridades judiciais, seguindo o enunciado na lei.

Segundo dito pelo Ministro Marco Aurélio:

A razão do preceito mostra-se única – resguardar o cidadão de atos extravagantes que possam, de alguma forma, alcançá-lo na dignidade. Então, apenas se permite o afastamento do sigilo mediante ato do Estado-juiz, que não figura relação jurídica a envolver interesses, e, mesmo assim, para efeito de persecução criminal.

Por fim, admitiu-se acesso aos dados apenas ao Procurador-Geral da República, considerado como, nos dizeres do Excelentíssimo, “fiscal da lei e titular exclusivo da ação penal pública perante o Supremo, que não se confunde com a Receita Federal”.

Mister relatar que, consoante dito pelo Magistrado, a quebra do sigilo de dados bancários, nas hipóteses permitidas pela Constituição, deve ser feita apenas mediante decisão “revestida de fundamentação adequada, que encontre apoio concreto em suporte fático idôneo [...]”. Deste modo, entende-se que, para a realização de tal feito, deve haver uma justificação adequada e fundamentada, correndo risco de, caso não haja fundamentação respaldada, a ação ser declarada inválida.

Nas palavras do Ministro Marco Aurélio:

A fundamentação da quebra de sigilo há de ser contemporânea à própria deliberação legislativa que a decreta.

A exigência de motivação – que há de ser contemporânea ao ato da Comissão Parlamentar de Inquérito que ordena a quebra de sigilo – qualifica-se como pressuposto de validade jurídica da própria deliberação emanada desse órgão de investigação legislativa, não podendo ser por este suprida, em momento ulterior, quando da prestação de informações em sede mandamental.

Sobre tal premissa, elucida-se o que está exposto no art. 58, § 3º, da Carta Constitucional acerca das CPIs. Diz-se que “terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, [...], mediante requerimento de um terço de seus membros [da Câmara dos Deputados e Senado Federal]¹⁶, para a apuração de fato determinado e por prazo certo [...]”.¹⁷

Feito este esclarecimento, passa-se a mais uma decisão pronunciada pelo Excelentíssimo, qual é, o Mandado de Segurança nº 22.801-6, que versava sobre o pedido, feito pela BACEN – Banco Central do Brasil – de reexame da fixação de prazo para que o Banco Central apresentasse documentação requerida pelo TCU. Documentos estes que seriam encaminhados pela Comissão Parlamentar de Inquérito dos Títulos Públicos, consoante apresentado na ementa do julgado.

Com isso, de acordo com o exposto pelo Ministro, foi dito que, na oportunidade do julgamento do mandado acima indicado, o Min. Menezes Direito declarou que a LC 105/2001 não concedia ao TCU – Tribunal de Contas da União – direito de determinar a quebra de sigilo bancário e dados presentes no Banco Central do Brasil. Ou seja, o entendimento manteve-se sobre a exceção constante na Lei Maior.

No perpassar de seu parecer, o Ministro apresenta, como dito, outros julgados, a quais reconheciam a impossibilidade da quebra de sigilo por parte das instituições financeiras. Ainda, repetidas vezes, chamou a atenção para as exceções para a quebra do sigilo, ou seja, nos casos previstos na Constituição, baseada em veredito revestida de respaldo.

Reconhece, ainda, que, tal como o Tribunal de Contas da União, o Banco Central tem caráter fiscalizatório¹⁸, não devendo possuírem acesso aos dados bancários dos contribuintes.

¹⁶ Trecho acrescido pelos autores do presente trabalho, a fim de facilitar o entendimento acerca do excerto do texto normativo.

¹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 49ª ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016.

¹⁸ No caso do Banco do Brasil, Receita Federal, estes possuem funções além de apenas fiscalizar. Apenas o Tribunal de Contas que possui atividade exclusivamente fiscalizatória.

Acerca disso, o Ministro ressalva que o Poder Judiciário, o qual tem prerrogativa para quebra de sigilo bancário, possui este limitado – apesar de ser o que possui exceção para tal foro, ainda é restringido, não exercendo um poder arbitrário e irrestrito. Deste modo, acredita ser incoerente que a Receita Federal, órgão fiscalizador e arrecadador, possua direito superior ao do Judiciário.

Interessante que, continuamente, o mencionado Ministro volta a falar da defesa, explícita na Carta Magna, do direito à intimidade e vida privada dos cidadãos, ratificando, deste modo, seu posicionamento de ser contrário a quebra do sigilo bancário pelos órgãos fiscalizadores do país.

Aduz, finalizando o seu parecer:

Concluo, Presidente, dizendo que o filho – decorrente do julgamento do Recurso Extraordinário nº 398.808/PR – não se mostrou feio. E continuo senhor da paternidade inicial, conjunta, desse mesmo filho. Então, pedindo desculpas, ao Colegiado por ter me demorado um pouco na exposição desalinhavada, provejo o recurso extraordinário. Quanto à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.859/DF, no que atacado o Decreto nº 4.545/2002, que viabilizava – o argumento – a cobrança da contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira – CPMF, acompanho o relator. Está prejudicada, nessa parte. No tocante ao mais e também quanto às Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.390, 2.397, 2.386, dou interpretação conforme aos dispositivos legais atacados, de modo a afastar a possibilidade de acesso direto aos dados bancários pelos órgãos públicos – já que se citaram outros órgãos públicos. É como voto.

Dito isso, o Presidente do julgamento, o Ministro Ricardo Lewandowski, questiona-o quanto o seu voto final. Conclui dizendo que, de acordo com a decisão do Recurso Extraordinário nº 389.808, este é o seu juízo.

Alega não admitir o acesso direto sobre os dados bancários pela Receita Federal e demais instituições financeiras. Continua dizendo que, o compartilhamento – tal como aquele elucidado no § 3º, inciso II da LC 105/2001 – de dados entre órgãos públicos é algo possível, mas, apenas nos casos previstos no final do inciso XII, do art. 5º da Constituição Federal; ou seja, o acesso de dados por parte dos órgãos financeiros é possível apenas nos casos presentes na lei – investigação criminal e instrução processual penal –, ressaltando que a Receita Federal não pode atuar como se fosse o Ministério Público.

Cumpra dizer que, desde o início de sua alocução até o parecer final, o Magistrado revela-se como um defensor da lei, aquela presente na Carta Magna, bem como um defensor das liberdades pessoais, resguardando os direitos nela previstos, quais sejam, o direito à intimidade e privacidade.

É como o Ministro Marco Aurélio vota.

Também contra a quebra do sigilo bancário, o Ministro Celso de Mello inicia seu parecer apresentando o HC 105.959/DF e o HC 126.292/SP, os quais tiveram por matéria questões referentes aos direitos individuais dos cidadãos, o que se relaciona com o assunto abordado no recorrente julgamento do RE 601.314/SP.

Aduz o Excelentíssimo Ministro:

Reafirmando a posição que adotei no julgamento plenário do RE 389.808/PR, enfatizo, uma vez mais, neste processo, que a controvérsia suscitada na presente causa impõe algumas reflexões em torno do delicadíssimo tema pertinente ao alcance da norma inscrita no art. 5º, incisos X e XII, da Constituição, cujo texto, ao consagrar a tutela jurídica de valores essenciais, dispõe que “são invioláveis a intimidade a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (...)”.

Cabe esclarecer, desde logo, que a noção de privacidade leva em consideração as múltiplas dimensões em que essa ideia nuclear se desenvolve, projetando-se, p. ex., no plano da privacidade financeira, que se revela comum tanto às pessoas físicas quanto às pessoas jurídicas.

Entende-se que, assim como o Ministro Marco Aurélio, o saudoso Celso de Mello faz seu julgamento sobre a premissa da defesa dos direitos à privacidade e intimidade dos indivíduos.

Outrossim, faz destaque para o papel do Judiciário e as prerrogativas a ele incumbidas, principalmente no que concerne à sua função tutelar. Ressalta ainda que “não se desconhece que a Administração Tributária já dispõe de instrumentos suficientes e necessários à preservação de seus legítimos interesses [...]”, considerando o Código Tributário Nacional e a Lei nº 8.397/92 como instrumentos que asseguram o “eficaz exercício do poder estatal voltado ao contribuinte para leva-lo a cumprir sua obrigação de pagar tributos quando legitimamente exigíveis”.

Interessante que, apesar de concordar em vários pontos com o Min. Marco Aurélio, o Excelentíssimo traz novidades à discussão, como os papéis a serem cumpridos pelo Poder Judiciário, pela Administração Pública, bem como a Administração Tributária.

Ademais, ressalta a questão pertinente aos incisos X e XII da Lei Maior em seu artigo 5º.

[...] põe-se em evidência a questão pertinente ao sigilo bancário, que, ao dar expressão concreta a uma das dimensões em que se projeta a garantia constitucional da privacidade, protege, especificamente, a esfera de privacidade financeira das pessoas.

[...]

O magistério doutrinário, bem or isso, tem acentuado que o sigilo bancário – que possui extração constitucional – reflete, na concreção do seu alcance, um direito fundamental da personalidade, expondo-se, em consequência, à proteção jurídica a ele dispensada pelo ordenamento positivo do Estado.

A partir desse ponto, o Ministro apenas reafirma seu pensamento, acerca dos direitos individuais, essencialmente sobre a vida privada e privacidade dos cidadãos, embasando-se em pensamentos doutrinários, bem como julgados anteriores, nos quais a questão era a mesma. Mister dizer que em sua locução há uma projeção sobre a defesa do que consta na Carta Magna.

Há de ser lembrado que a Constituição Federal é a base e o ápice do ordenamento brasileiro, ou seja, toda norma começa e termina nela, funcionando como fundamento modelo às demais normas. Deste modo, entende-se que, mesmo que haja normas as quais em um primeiro momento, pareça contradizer o que há prescrito na Lei Maior brasileira, esta deve prevalecer sobre as outras; a interpretação – diz-se hermenêutica – deve ser feita seguindo o constante na Constituição. Deve haver uma interpretação conforme a lei constitucional.

O Ministro fala ainda da relação de necessidade da quebra do sigilo bancário diante de interesse público.

[...] para que essa providência extraordinária, e sempre excepcional, que é a decretação da quebra do sigilo bancário, seja autorizada, revela-se imprescindível a existência de causa provável, vale dizer, de fundada suspeita quanto à ocorrência de fato cuja apuração resulte exigida pelo interesse público.

Finalizando a sua apreciação, profere:

Sendo assim, Senhor Presidente, e tendo em consideração as razões expostas, entendo que a decretação da quebra do sigilo bancário, ressalvada a competência extraordinária das CPIs (CF, art. 58, § 3º), pressupõe, sempre a existência de ordem judicial, sem o que não se imporá à instituição financeira o dever de fornecer, seja à Administração Tributária, seja ao Ministério Público, seja, ainda, à

Polícia Judiciária ou ao Tribunal de Contas da União, as informações que lhe tenham sido solicitadas.

Com tais palavras, o Excelentíssimo encerra seu voto, acompanhando o voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio, mostrando-se, claramente, contrário à quebra do sigilo bancário, salvo às exceções presentes no texto constitucional.

É como votou o Ministro Celso de Mello.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário, autonomia individual e o dever de pagar tributos, autogoverno coletivo, ambos de caráter constituinte no que se refere à comunidade política. Sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira, entretanto, ao lado da intimidade e da vida privada, existem outros valores, com igual estatura constitucional, conduzindo assim à necessidade de formulação de uma solução prática e equilibrada para esta complexa equação de princípios.

Para resolução de tal conflito deve ser utilizado o princípio hermenêutico-constitucional da proporcionalidade, isto é, sopesar qual tem uma importância majoritária no caso concreto, qual direito deve preponderar em relação ao outro na dada situação. Já no início da ementa do acórdão do TRF é exposta a necessidade inequívoca da coexistência harmônica entre os direitos e garantias fundamentais e o exercício de competências constitucionais do Poder Público, visando o bem da maioria, o particular e seu direito à intimidade e à vida privada deve ser mantido e protegido pelo Direito e pelo Estado, visto que, o Brasil é um Estado Democrático de Direito, e isto implica no respeito à individualidade, o que, todavia, não afasta a necessidade de relativização dessa intimidade quando se é necessário para a manutenção da ordem pública, isonomia entre os cidadãos brasileiros e segurança jurídica, política, econômica e social do país.

Durante o julgado foi analisado a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar 105/2001 a respeito do sigilo bancário e se a utilização dos mecanismos fiscalizatórios que estão previstos na Lei 10.174/2001 vai ofender o princípio da irretroatividade das leis.

Por maioria, o Tribunal fixou as seguintes teses: “O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”; e a tese: “A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, § 1º, do CTN”.

Art. 144: O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

§1º: Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.¹⁹

Tendo em vista os argumentos apresentados e após excessivos debates a respeito do litígio, concluímos que aderiríamos ao voto vencedor, concordamos, pois, com os ministros Edson Fachin, Carlos Alberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber, Dias Toffoli, Carmem Lúcia, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski e dentre os ministros supracitados optamos por explicar, apresentando de forma mais detalhada o voto do Ministro Edson Fachin por acreditar que este tenha sido o mais acertado.

O Ministro Edson Fachin, em síntese, afirma que a interpretação mais consoante com a axiologia da Constituição Federal de 1988 é aquela que considera a tributação como instrumento para a produção da igualdade entre os cidadãos. O tributo extrai seu significado normativo do princípio constitucional da igualdade, pagar tributos é um dever fundamental, em decorrência do princípio da subsidiariedade, segundo o qual há uma responsabilidade coletiva da comunidade política para satisfazer as necessidades dos cidadãos, especialmente aqueles mais vulneráveis nos aspectos socioeconômicos, conclui pois, que o art. 6º da LC 105/01 não é contrário ao sigilo bancário, visto que se baseia na igualdade dos cidadãos, por meio da contribuição de impostos, como também pela irretroatividade da lei 10.174/01, tal Ministro assegura que não ofende a constituição, não cria nem majora tributos.

¹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 49ª ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016.

Como já exposto, para fundamentar seus argumentos, o Ministro apresenta informações sobre o histórico legislativo e jurisprudencial a respeito de como o sigilo bancário é tratado na ordem jurídica nacional após a promulgação da atual Carta Magna, trazendo a Lei 4.595/64 e o artigo 8º da Lei 8.021/90, que trata sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais na qual prevê a solicitação de informações bancárias pela autoridade fiscal. O mesmo afirma que o litígio posto traduz-se no entrave entre pagar tributos e o direito ao sigilo bancário.

Assim, a análise da constitucionalidade do art. da LC 105/2001 concentra-se na constituição normativa do direito à privacidade no País. O Ministro também expõe que a privacidade é assegurada através de uma lei que concede os direitos à integridade moral do sujeito de direitos. Destarte, o Supremo garante a fundamentação de tais direitos no art. 5º, X, da Lei Maior, sendo considerados direitos da personalidade.

Ainda em sua argumentação, o Ministro Edson Fachin recorre às lições doutrinárias do professor Marçal Justen Filho, afirmando que é o bem-estar do cidadão que justifica a existência do sistema tributário, o direito tributário é instrumento – como toda as demais competências estatais – da realização dos valores jurídicos fundamentais:

A relação entre “custo do Estado” e “sistema tributário” produz outra ordem de considerações, sob o ponto de vista ideológico. É que a inexistência ou ineficácia da atividade tributária produz efeitos diretamente sobre a própria sociedade. Em uma consideração puramente teórica, o cidadão é o principal beneficiário da atividade tributária do Estado. É o bem-estar do cidadão que justifica a existência do sistema tributário. (Sistema Constitucional Tributário: uma aproximação ideológica. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998, pp. 215-233, p. 221)

Outrossim, princípio constitucional da igualdade, também trazido pelo Ministro, seria satisfeito no plano do autogoverno coletivo, por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo. A identificação do patrimônio, rendimentos e atividades econômicas do contribuinte pela Administração Tributária serve para a efetivação do princípio da capacidade contributiva.

Nesse sentido, segundo o Ministro supracitado, o tributo seria a inovação humana com grande aptidão para a redução das desigualdades jurídicas, políticas e econômicas entre os homens. A partir do escólio doutrinário de Liam Murphy e Thomas

Nagel, tem-se que “Numa economia capitalista, os impostos não são um simples método de pagamento pelos serviços públicos e governamentais: são também o instrumento mais importante por meio do qual o sistema político põe em prática uma determinada concepção de justiça econômica ou distributiva”.²⁰

Concordamos, pois, que o direito ao sigilo bancário não deve ser absoluto, o exercício do direito subjetivo à privacidade deve ser limitado quando contraposto às legítimas expectativas de obtenção de receitas públicas, na medida em que tal direito não deve ser utilizado com a finalidade de elidir os tributos devidos por uma pessoa.

Como já destacado, não existe qualquer dispositivo constitucional que garanta a proibição da intervenção no sigilo dos dados bancários, pois sequer estes fazem parte da esfera mais íntima de um indivíduo, o que deixa evidente a capacidade do legislador de definir o que é sigilo e determinar os seus limites. Entretanto, o sigilo bancário não é qualquer proteção sem garantia, é um instituto tributário-jurídico, sério e confiável que garante a proteção de dados das pessoas, e isto impede que o legislador trate deles com desdém ou permita que qualquer um os rompa.

Esta proteção, contudo, não afasta a possibilidade do Poder Público, no exercício de suas funções constitucionais e legais, disponha desses dados sob um regime de controle austero e de ampla responsabilidade, garantindo, assim, que somente para funções específicas e bem definidas esses dados possam ser acessados.

Ademais, a alteração na ordem jurídica promovida pela Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, §1º, do Código Tributário Nacional. Faz-se necessário entender que novos mecanismos de fiscalização e apuração de crédito trazidos por leis novas não estão impedidos de serem aplicados para analisar situações anteriores à sua criação, sendo que não se trata de aumento ou criação de imposto, apenas permite que o Fisco combata a sonegação fiscal.

Em suma, a igualdade tributária apresenta-se em uma dinâmica relacional entre os cidadãos, à luz da justiça social, para além de uma dicotomia entre Administração Tributária e Contribuinte. Afirma o Ministro Edson Fachin que olhar o sistema

²⁰ MURPHY, Liam B.; NAGEL, Thomas. **O Mito da Propriedade**: os impostos e a justiça. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 5.

constitucional tributário por essa perspectiva mostra-se mais produtor e justo na medida em que localiza a conflitividade em sua raiz, na dinâmica social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 49^a ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 601.314 São Paulo**. Reclamante: Márcio Holcman. Reclamada: União. Relator: Ministro Edson Fachin. São Paulo, 24 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2689108&numeroProcesso=601314&classeProcesso=RE&numeroTema=225>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 389.808 Paraná**. Reclamante: G.V.A. Indústria e Comércio S/A. Reclamada: União. Relator: Ministro Marco Aurélio. Paraná, 15 de dezembro de 2010. PDF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622715>>. Acesso em: 21 jan. 2018.

CÉSPEDES, Livia; ROCHA, Fabiana Dias da (coord.). **Vade Mecum Saraiva OAB e Concursos**. 11^a ed. Atual. e Ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017.

CRUZ, Adriana Alves dos Santos; NIGRI, Tânia. **O sigilo bancário e os limites da representação fiscal para fins penais**. 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI255428,11049-O+sigilo+bancario+e+os+limites+da+representacao+fiscal+para+fins>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

MURPHY, Liam B.; NAGEL, Thomas. **O Mito da Propriedade**: os impostos e a justiça. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 5.

VI

JULGADO NÃO UNÂNIME DO STF: ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4983 CE

*Bethânia Beatriz Mello dos Santos
Jamile Apresentação Alves
Lucilene Quintiliano Alves
Tania Maria do Nascimento Silva
Weslei Dias Machado*

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Ação direta de inconstitucionalidade de número 4983, provocada pelo Procurador Geral da República, com pedido de medida cautelar, tem por escopo tornar inconstitucional a Lei nº 15.299, de 8 de janeiro de 2013, do Estado do Ceará, lei esta que regulamenta a Vaquejada como prática desportiva e cultural.

O texto normativo impugnado tem por dispositivos:

Art. 1º Fica regulamentada a vaquejada como atividade desportiva e cultural no Estado do Ceará.

Art. 2º Para efeitos desta Lei considera-se vaquejada todo evento de natureza competitiva, no qual uma dupla de vaqueiro a cavalo persegue animal bovino, objetivando dominá-lo.

§ 1º. Os competidores são julgados na competição pela destreza e perícia, denominados vaqueiros ou peões de vaquejada, no dominar animal.

§ 2º. A competição deve ser realizada em espaço físico apropriado, com dimensões e formato que propiciem segurança aos vaqueiros, animais e ao público em geral.

§ 3º. A pista onde ocorre a competição deve, obrigatoriamente, permanecer isolada por alambrado, não farpado, contendo placas de aviso e sinalização informando os locais apropriados para acomodação do público.

Art. 3º. A vaquejada poderá ser organizada nas modalidades amadora e profissional, mediante inscrição dos vaqueiros em torneio patrocinado por entidade pública ou privada.

Art. 4º. Fica obrigado aos organizadores da vaquejada adotar medidas de proteção à saúde e à integridade física do público, dos vaqueiros e dos animais.

§ 1º. O transporte, o trato, o manejo e a montaria do animal utilizado na vaquejada devem ser feitos de forma adequada para não prejudicar a saúde do mesmo.

§ 2º. Na vaquejada profissional, fica obrigatória a presença de uma equipe de paramédicos de plantão no local durante a realização das provas.

§ 3º. O vaqueiro que, por motivo injustificado, se exceder no trato com o animal, ferindo-o ou maltratando-o de forma intencional, deverá ser excluído da prova.

Art. 5º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 6º. Revogam-se as disposições em contrário.

O Procurador Geral da República afirma que há um conflito de normas constitucionais, entre o artigo 225, VII, que versa sobre os direitos ambientais, e o artigo 215, *caput*, que versa sobre os direitos culturais. Argumenta ainda que é necessário dar maior peso ao artigo 225 por se tratar de norma mais específica. Assim, conclui o Procurador que, a “Lei da Vaquejada” não encontra respaldo no texto constitucional, pois viola o que está expresso no artigo 225, §1º, inciso VII, da Carta.

A Vaquejada consiste em uma atividade esportiva e cultural comum no Nordeste brasileiro, em que dois vaqueiros objetivam derrubar o touro na área demarcada, para assim marcarem ponto. A prática supracitada tem origem histórica, consistia na necessidade de os fazendeiros reunirem o gado, hodiernamente, a vaquejada tornou-se uma atividade esportiva altamente lucrativa movimentando anualmente cerca de 14 milhões de reais.

Nos dias atuais, diferentemente do que ocorria no passado, os animais envolvidos na vaqueja são enclausurados, açoitados e instigados. Ficam presos aguardando abrirem os portões para saírem disparados, e então os dois vaqueiros os conduzem até a área demarcada e puxam-nos pelo rabo colocando-o com as quatro patas para cima. De acordo com o laudo técnico conclusivo, subscrito pela doutora Irvênia Luíza de Santis Prada, citada pelo relator do processo, os animais sofrem lesões

traumáticas quando em fuga e, pode ocorrer ainda, que a cauda venha a ser arrancada provocando o comprometimento dos nervos e da medula espinhais, resultando em dores físicas e sofrimento mental.

Além das lesões sofridas pelos touros, tal prática esportiva, segundo estudos da Universidade Federal de Campinas, também causa dor e sofrimento aos cavalos utilizados pelos vaqueiros, pois sofrem lesões e danos irreparáveis, tais como, tendinite, tenossinovite, exostose, miopatias focal e por esforço, fraturas e osteoartrite társica. Após os dados empíricos evidenciados pelas pesquisas supracitadas, é indiscutível o tratamento cruel que é dispensado aos animais envolvidos.

Todo o tratamento que é dispensado aos touros, desde o ato repentino de ser puxado pelo rabo, até a tortura prévia que é dispensada ao animal, como por exemplo, choques elétricos, para que o mesmo saia do estado de mansidão e comece a fugir para que assim seja possível a perseguição, são evidências de que a vaquejada viola o que está disposto no artigo 225, § 1º, VII, da Constituição Federal.

O relator do processo, o Senhor Ministro Marco Aurélio, observando o art. 12 da Lei Federal nº 9.868 de 1999, a qual expressa que, em se tratando de medida cautelar, deve o relator após prestação de informação, no prazo de dez dias, e da manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo ao Tribunal, que julgará a ação em definitivo.

O Governo do Estado do Ceará se manifestou em duas ocasiões, na primeira delas, afirmou ser a vaquejada de grande valor histórico e cultural, negou que a Lei 15.299 seja inconstitucional, uma vez que, protegeu os bens constitucionais ditos violados, já que a lei impôs regras quanto a prática do evento e sanção às condutas de maus-tratos aos bovinos, assegurou ainda que a lei obriga a adoção de medidas protetivas da integridade física e da saúde dos animais.

Afirmou, que a Lei nº 10.220, de 11 de abril de 2001, reconheceu a vaquejada como “prova de rodeio”, e os esportistas foram considerados atletas profissionais.

Na segunda ocasião, apontou a inépcia da inicial, uma vez que houve alegações genéricas, e que houve ainda inadequação da via eleita, pois em virtude de a proclamação a que se pretende depender de questões fáticas.

Afirmou ausência de impugnação em relação à Lei 10.220, de 11 de abril de 2001, uma vez que esta lei classificou a vaquejada como uma das modalidades do rodeio,

o que impediria o pedido formulado nesta ação, pois, afirma ser impossível a estruturar a inconstitucionalidade da norma da União por arrastamento.

Em relação ao mérito, salientou que a vaquejada faz parte da cultura e é patrimônio histórico do povo nordestino, um direito fundamental assegurado no artigo 216 da Carta constitucional de 1988. Diz-se ainda da impropriedade da defesa apriorística do meio ambiente cultural em detrimento do cultural, afirmando que tal análise deva ser feita em face do caso concreto. Sustentou que a “Lei da Vaquejada” atende a exigência do desenvolvimento econômico.

E assegurou ser a vaquejada diferente da “briga de galo” e da “farra do boi”, pois inexistente tratamento cruel dispensado aos animais, como ocorria com tais eventos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

2 PRINCIPAIS ARGUMENTOS DOS VOTOS VENCEDORES

2.1 Ministro Marcos Aurélio Mello

Marcos Aurélio realiza um resumo no qual se refere ao aparente conflito entre os dispositivos constitucionais, que tratam de direitos fundamentais, previstos nos artigos 225 (proteção da fauna e da flora) e 215 (Manifestações culturais).

Citou duas ADIs julgadas pelo STF, que tratavam de conflitos da mesma semelhança, sobre a Farra do Boi e as rinhas de briga de galo, nas quais os animais bois e aves eram machucados até a morte. Ao se referir a Vaquejada, destaca aspectos como: açoite, choques elétricos e os laudos técnicos que confirmam as fraturas no animal. Isso para o ministro é incompatível com as normas previstas na Constituição de proteção aos animais.

Ao concluir, o supracitado concorda com a Ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei, avaliando procedente os termos da Petição Inicial da ADI. O Ministro Marco Aurélio Mello apontou o motivo categórico para a declaração de inconstitucionalidade da lei: a ‘crueldade intrínseca’ a qual os animais estão sujeitos nos eventos de vaquejada.

A atividade de perseguir animal que está em movimento, em alta velocidade, puxá-lo pelo rabo e derrubá-lo, sem os quais não mereceria o rótulo de vaquejada, configura maus-tratos. Inexiste a mínima possibilidade de o boi não sofrer violência física e mental quando

submetido a esse tratamento. A par de questões morais relacionadas ao entretenimento às custas do sofrimento dos animais, bem mais sérias se comparadas às que envolvem experiências científicas e médicas, a crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural como resultado desejado pelo sistema de direitos fundamentais da Carta de 1988.²¹

Observa-se que o emprego da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes à disposição que avaliou inconstitucional a lei cearense que regulamentava a vaquejada afasta da constituição federal normas incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

Ao concluir, o supracitado concorda com a Ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei, avaliando procedente os termos da Petição Inicial da ADI.

2.2 Ministro Luís Roberto Barroso

O ministro Luís Roberto Barroso, embora tenha afirmado que a vaquejada seja uma prática esportiva e cultural, deliberou para não permitir a permanência de uma atividade que submete animais à crueldade. Dessa forma ressaltou:

Embora ainda não se reconheça a titularidade de direitos jurídicos aos animais, como seres sencientes, têm eles pelo menos o direito moral de não serem submetidos à crueldade. Mesmo que os animais ainda sejam utilizados por nós em outras situações, o constituinte brasileiro fez a inegável opção ética de reconhecer o seu interesse mais primordial: o interesse de não sofrer quando esse sofrimento puder ser evitado.²²

Em seu voto, o ministro Barroso ressaltou a importância da vaquejada como manifestação cultural, porém, alegou que isso não torna a vaquejada inacessível aos valores previstos na Magna Carta, sobretudo, o da proteção ao meio ambiente. Analisando o voto do ministro percebe-se que para o mesmo os animais teriam o direito moral de não serem submetidos à crueldade. Julgando assim procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade da referida lei da vaquejada. O voto do ministro aponta para um desenvolvimento do Direito, que analisa o animal não mais como uma coisa inanimada, mas como um ser vivo que precisa ser resguardado.

²¹ Supremo Tribunal Federal, 2016, p.6.

²² Supremo Tribunal Federal, 2016, p.29.

2.3 Ministra Rosa Weber

Inicia seu discurso fazendo referência a necessidade de a Humanidade caminhar em direção à civilidade. Cita os artigos 215 e 225, da Constituição Federal, e aponta que em sua interpretação “o Estado garante e incentiva manifestações culturais também, mas não tolera práticas cruéis contra os animais.”.

Refere-se a inúmeros memoriais que o STF recebeu, da OAB, da União Internacional Protetora dos Animais e outros, de onde enfatizou: “... isso porque na denominada Vaquejada, dois vaqueiros galopam no encalço de um animal em fuga, que tem sua calda tracionada e torcida para que tombe ao chão, e há de ficar com as quatro patas para cima, gesto que pode lhe causar luxação das vértebras, ruptura dos ligamentos e de vasos sanguíneos, estabelecendo-se, portanto, lesões traumáticas com o comprometimento, inclusive, da medula espinhal, com o atesta parecer concedido à União em 1999 pelo especialista em neuroanatomia”.

E aponta que o Art. 225, §1, inciso VII da Constituição Federal, valoriza e protege todas as formas de vida. Conclui sua alocação dizendo que acompanha o voto do relator declarando a inconstitucionalidade da lei cearense.

2.4 Ministro Celso de Mello

O ilustre Ministro Celso de Mello, o mesmo acompanhou o voto do Relator, por conseguinte julgando procedente a ação direta e determinando inconstitucional o diploma normativo cearense objeto de análise desse julgado. O ministro construiu sua argumentação respaldada no artigo 225, salientando o § 1º, inciso VII do mencionado dispositivo.

O Excelentíssimo Ministro Celso de Mello a princípio afirma que o constituinte, através da instituição do supracitado texto constitucional objetivava assegurar a preservação da fauna, bem como impedir à prática de situações que submetessem os animais a crueldade, além disso, coloca que o mesmo visava proporcionar e viabilizar a estabilidade do meio ambiente em seu sentido amplo, englobando o meio ambiente artificial, cultural, natural e laboral.²³

²³BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016, p.82.

O Ministro continua sua fala argumentando que existe um intrínseco vínculo entre o dever ético-jurídico de proteger a fauna, bem como impedir as práticas cruéis contra os animais e a necessidade de manutenção do ser humano em um meio ambiente ecologicamente estabilizado. O próprio evidencia a relevância dos preceitos encontrados no artigo 225 da Constituição Federal vigente, pois segundo o mesmo tal prerrogativa caracteriza-se pela metaindividualidade, a qual se qualifica na conclusão que todos possuem a garantia ao meio ambiente ecologicamente consolidado, por conseguinte as ocorrências de práticas predatórias e nocivas à fauna, incluindo tanto os prejuízos às atividades ecológicas, como submetendo os animais a crueldade, desrespeitam tal prerrogativa assegurada pela Carta Política mencionada. Prosseguindo na construção do voto o Ministro traz a baila que a preocupação com o meio ambiente hodiernamente, ultrapassa o plano das atuais gerações, alcançando as gerações futuras, isso proporciona o surgimento de novas regulamentações normativas, as quais objetivam preservar o direito ao meio ambiente estável. Celso de Mello dispõe que o ordenamento jurídico brasileiro ratifica a relevância de conservar a plenitude do meio ambiente, tendo em vista que o acesso ao mesmo é um direito fundamental, para tanto a Constituição Federal confere ao Poder Público dentre distintas diligências primordiais, a responsabilidade de defender a fauna, sendo impedidas dessa forma, ações que ponham em ameaça sua incumbência ecológica, ocasionem a extinção de espécies, ou ainda que submetam os animais a atos atrozos. O mesmo ainda cita outros julgados advindos do próprio Supremo Federal Superior, os quais versam sobre a brutalidade contra os animais e como essa situação afronta o artigo supracitado.

O ordenamento constitucional brasileiro, para conferir efetividade e proteger a integridade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, visando, com tais objetivos, neutralizar o surgimento de conflitos intergeracionais, impôs, ao Poder Público, dentre outras medidas essenciais, a obrigação de proteger a fauna, vedadas, para tanto, práticas que coloquem em risco sua função ecológica ou que provoquem a extinção de espécies ou, ainda, que submetam os animais a atos de crueldade.²⁴

O Ministro aprofunda sua argumentação mencionando a Lei nº 9.605, de 12 de Fevereiro de 1998, a qual estabelece quais são os crimes ambientais, sobre isso afirma

²⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016, p.87.

Tedardi²⁵ pontuando que “a Lei 9605/98 traz, em seu bojo, a tipificação de diversos crimes ambientais: crimes contra a fauna, contra a flora, crimes de poluição e outros crimes ambientais, crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural e crimes contra a administração ambiental.” Celso de Mello por sua vez trouxe à baila o artigo 34 do supracitado dispositivo, o qual dispõe da seguinte maneira:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º. Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º. A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

Ademais o próprio ainda faz menção a distintos autores e políticos que versavam tanto a respeito do meio ambiente, como das práticas culturais truculentas que provocam danos letais aos animais, cabe aqui registrar os pensamentos do Deputado paulista Roberto Tripoli,²⁶ o qual enfatiza os danos da vaquejada, descrevendo os procedimentos que violam a integridade física de cada animal utilizado durante a mesma. Desse modo o Ministro infere que o suplício indevido dos animais indiscutivelmente não estabelece uma manifestação de atividade cultural, em vista de que isso impugna os paradigmas civilizatórios, os quais esclarecem os segmentos sociais contemporâneos, e afirma que a submissão da vida animal a atos de crueldade não são conciliáveis com a Constituição Federal vigente.

2.5 Ministro Ricardo Lewandowski

O Ministro Ricardo Lewandowski entra em consonância com a decisão aferida pelo Ministro relator Marco Aurélio pontuando que todos os seres vivos devem ser reconhecidos, estimados sem qualquer distinção. Ele reproduz um trecho do pronunciamento do ilustre Relator da ação direta de inconstitucionalidade em questão:

O autor juntou laudos técnicos que demonstram as consequências nocivas à saúde dos bovinos decorrentes da tração forçada no rabo,

²⁵ TEDARDI, PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE: CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS ASPECTOS PENAIIS. p.10

²⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016, p.90.

seguida da derrubada, tais como fraturas nas patas, ruptura de ligamentos e de vasos sanguíneos, traumatismos e deslocamento da articulação do rabo ou até o arranchamento deste, resultando no comprometimento da medula espinhal e dos nervos espinhais, dores físicas e sofrimento mental. Apresentou estudos no sentido de também sofrerem lesões e danos irreparáveis os cavalos utilizados na atividade: tendinite, tenossinovite, exostose, miopatias focal e por esforço, fraturas e osteoartrite társica.²⁷

Continuando o voto do ilustríssimo Ministro, o mesmo afirma que faz uma análise biocêntrica do artigo 225 da Constituição Federal, sendo que essa posição contesta a perspectiva antropocêntrica, a qual avalia os animais como meras “coisas”, destituídos de qualquer sentimento, afeição e até mesmo de nenhum direito. O ministro traz a baila para aprofundar a sua interpretação a Carta da Terra, subscrita pelo Brasil, a qual pode ser comparada a um tipo de código de ética planetário, a mesma se assemelha à Declaração Universal dos Direitos Humanos, mas voltada ao tema do desenvolvimento sustentável, bem como à paz e à justiça socioeconômica, esta foi formada pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas.

Esta Carta possui inúmeros preceitos indispensáveis à construção de uma sociedade dotada de harmonia e sustentabilidade, de acordo com a mesma “devemos somar forças para gerar uma sociedade sustentável global baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, na justiça econômica e numa cultura da paz” e ainda afirma que “para chegar a este propósito, é imperativo que nós, os povos da Terra, declaremos nossa responsabilidade uns para com os outros, com a grande comunidade da vida, e com as futuras gerações.”²⁸

O Ministro traz à baila um dos princípios encontrados na mesma qual seja, “Reconhecer que todos os seres são interligados e cada forma de vida tem valor, independentemente de sua utilidade para os seres humanos”²⁹. O mesmo pontua que se faz necessário especialmente na época em que a conservação do Planeta se encontra em relevância, considerar todos como seres vivos dotados de diversidade e reciprocidade. Além disso, finaliza afirmando que nos dias hodiernos turbulentos, o método que dever ser adotado para relacionar-se com o meio ambiente é o “*in dubio pro nature*”, o qual ratifica os juízos da precaução e do cuidado.

²⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016, p.124.

²⁸ CARTA DA TERRA. Disponível em:

http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/carta_terra.pdf. Acesso em: 15 de Janeiro de 2018.

²⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016, p.124.

2.6 Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha

A Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha, por sua vez, procura ser bastante sintética e objetiva em sua decisão, a mesma acompanha o voto do relator, com isso julgando procedente o pedido de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados supracitados. A ilustre Ministra a princípio reconhece que o caso em questão demandou muitos estudos para todos os ministros, continua dizendo que como não tinha um conhecimento aprofundado do caso teve que recorrer à inúmeros vídeos, os quais explicitavam a maneira como a vaquejada é executada, a mesma aferiu a partir destes, que tais manifestações são extremamente agressivas contra os animais, e é possível visualizar nitidamente que a Constituição Federal de 1988, como marco civilizatório, procura preservar a vida e busca erradicar a violência.

A Ministra continua afirmando que não se convenceu com os argumentos que asseveram que pela legislação, buscou-se dar um tratamento mais cuidadoso aos animais, evitando assim situações de agressões, ainda cita que o Procurador-Geral tem razão ao solicitar a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos contestados mencionados anteriormente, também infere que mesmo a vaquejada sendo uma manifestação cultural que vem se consolidando ao longo do tempo, considera que a cultura pode ser mudada objetivando alcançar uma visão mais ampliada da vida, enxergando-a de outro modo.

3 PRINCIPAIS ARGUMENTOS DOS VOTOS VENCIDOS

Pela improcedência da ação votaram no dia 12 de agosto de 2015 os ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes. O primeiro alegando que a própria petição inicial reconhece a vaquejada como prática cultural e o segundo, afirmando que declarar a lei que regulamenta a vaquejada no Ceará inconstitucional implicará em números impactantes de desempregos no Nordeste, levando em consideração as inúmeras famílias que garantem o sustento com essa prática.

Na retomada da votação em 02 de junho de 2016, foi à vez dos ministros Teori Zavascki e Luiz Fux. O Ministro Teori, que não esteve presente no início do julgamento, ressaltou a importância de diferenciar a prática da vaquejada com a ação direta de inconstitucionalidade que visa à regulação dessa prática. Já o Ministro Luiz Fux trouxe um relatório detalhado sobre o processo de abate dos bovinos, alegando ser uma prática cruel, mas que é permitida pela Constituição. O Ministro Dias Toffoli, pediu vista dos

autos para analisar a matéria discutida, e retornou na terceira sessão no plenário em 06 de outubro de 2016 também votando pela improcedência da ação. Segundo Toffoli, a vaquejada é uma prática cultural secular que jamais teve objeção da sua prática inclusive pela constituição de 1988.

3.1 Ministro Luiz Edson Fachin

O Ministro Edson Fachin, iniciou sua votação declarando ter analisado a matéria e chegado à conclusão oposta à do Ministro-Relator Marco Aurélio. Relata que o Ministério Público, na página 6 da inicial, trata a vaquejada como tradição cultural. Nesse caso é preciso levar em consideração o caput e o § 1º do art. 215 da Constituição Federal que garante as manifestações das culturas populares. Então há uma incompatibilidade em declarar a inconstitucionalidade da lei, uma vez que a própria Constituição assegura esse direito de manifestações, e uma sociedade como o Brasil que possui tantas tradições deveria se mostrar mais aberta a essas questões.

Sendo a vaquejada manifestação cultural, como, aliás, está na própria petição inicial, encontra proteção Constitucional expressa na cabeça do art. 215 e seu respectivo § 1º, e não há, em nosso modo de ver, razão para se proibir o evento e a competição, que reproduzem e avaliam tecnicamente a atividade de captura própria de trabalho de vaqueiros e peões desenvolvida na zona rural desse grande país.³⁰

Fachin ainda relata que o caso precisa ser analisado de maneira que alcance a necessidade da população rural, e que é pertinente mudar a visão unilateral que se tem da sociedade que visa apenas à população urbana como a única detentora de conhecimentos e tradições. Assim o Ministro declara seu voto contrário ao prosseguimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

3.2 Ministro Gilmar Mendes

O Ministro Gilmar Mendes afirma que não vê uma possível ligação entre a vaquejada e a "farra do boi" ou a "rinha de galo" como mencionado antes pelo Ministro Marco Aurélio. Embora na vaquejada possivelmente haja lesão ao boi, não se pode

³⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016, p. 15.

comparar a essas outras atividades que tem como único objetivo a morte do animal.

Embora a vaquejada possa trazer riscos de lesão aos animais, à proibição da prática não seria a solução mais sensata devido a esse grande valor cultural que a mesma possui. Caberia ao poder público então regulamentar a atividade para que não venha a acontecer casos que submetam esses animais a maus tratos, e assim assegurar a preservação do meio ambiente como previsto na Constituição Ainda complementa que se essas questões forem levadas a "ferro e fogo" a vida ficaria muito chata.

Embora não esteja expressa no Direito brasileiro que a prática de atividades culturais seja ligada a questão da liberdade e do autodesenvolvimento da personalidade, o Ministro sustenta que no artigo 2º da Lei Fundamental de Bonn com desdobramento na Constituição de Weimar, essa relação é recorrente. Em suma, o desmembramento de práticas culturais seria um dano irreversível para as populações que as cultuam, porque tiraria essa liberdade negando a própria existência de pluralismo étnico.

Para sustentar a necessidade de regulamentação da prática, onde não possa trazer prejuízo ao meio ambiente e ao mesmo tempo não resulte na declaração de inconstitucionalidade, o Ministro traz a baila os impactos econômicos que a região nordeste e todas as localidades que se sustentam dessa atividade sofreriam caso a lei fosse declarada inconstitucional. Nessas localidades há inúmeros setores envolvidos além das participações diretas (vaqueiros e organizadores do evento) que basicamente garantem seus sustentos. Isso quer dizer que várias famílias ficariam desempregadas e dificilmente surgiria outra forma que garantisse de certa forma estabilidade semelhante.

A inconstitucionalidade resultaria em jogar na ilegalidade milhares de pessoas que se dedicam a essa atividade em caráter amador ou profissional - esses números são impactantes -, pessoas que se reúnem para também ver esse tipo de espetáculo. Quer dizer, retirar dessas comunidades o mínimo de lazer que, às vezes, se lhes propicia.³¹

Outro argumento utilizado para sustentar essa prática cultural é que a lesão do animal pode ser possível, porém não é a regra, portanto não resulta em motivos para declarar a inconstitucionalidade da lei. O Ministro chega a fazer uma breve comparação ao jogo do bicho, onde apesar de ser considerado ilegal continua sendo uma prática comum entre apostadores, por ser uma espécie de tradução passadas através das gerações. Isso quer dizer que provavelmente, se a lei do Ceará for declarada inconstitucional, a

³¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016, p.19

vaquejada vai continuar existindo ilegalmente. Por fim o Ministro declara sua decisão pela improcedência da ação.

3.3 Ministro Teori Zavascki

O ministro começa dizendo possuir horror a tratamentos cruéis a animais e a pessoas. Lembra que presenciou touradas na Espanha e em Portugal em que a crueldade com os animais era abundante. Além disso, salienta também a questão dos esportes praticados por seres humanos que são agressivos, como o MMA. Retoma a questão da vaquejada dizendo ser uma prática característica do Nordeste, não só do Ceará, mas de vários estados. Então pede licença para acompanhar a divergência em sua decisão, que a seu ver, deve-se distinguir o teor da matéria discutida, pois se pode chegar a confundir a ADI do Ceará com a constitucionalidade da vaquejada em si.

Segundo Zavascki, os votos que defendem a inconstitucionalidade da lei são baseados no pressuposto de uma prática cruel. Mas nem todas são cruéis, existem as que são e as que não são. Surge então o questionamento: se a vaquejada não fosse cruel, seria inconstitucional? Certamente que não. Portanto, se nem todas elas são cruéis não se pode dizer que são inconstitucionais. Após o pronunciamento do Ministro Luiz Roberto Barroso que ressaltou o motivo da divergência, Teori mencionou novamente que não se deve confundir o foco da questão - ou seja, a Ação Direta de Inconstitucionalidade - e expôs o texto da lei em questão.

Ainda trazendo o princípio da legalidade que carrega uma contradição acerca da liberdade, pois ao mesmo tempo em que consagra a liberdade, quando diz que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, limita também essa liberdade quando diz que tudo que não é proibido por lei é permitido. Então, em seu ponto de vista as manifestações culturais e esportivas devem continuar existindo, tendo em vista a não vedação constitucional.

No meu entender, essa lei, bem ou mal, desnaturando ou não a vaquejada (pode-se até dizer que essa lei, se for aplicada, vai desnaturar a vaquejada, pode-se até dizer isso) mas a lei - e esse é o meu convencimento - busca evitar justamente a forma de vaquejada cruel. O que eu quero dizer, em suma, é que ter essa lei é menor do que não ter lei alguma sobre vaquejada. Sem esta lei, vamos ter vaquejada cruel.³²

³² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016, p.61

3.4 Ministro Luiz Fux

O Ministro Luiz Fux, inicia retomando a questão das colisões de princípios constitucionais, onde de um lado está o art. 225 que protege a fauna e a flora e do outro o art. 215 que garante o direito a cultura. Então é necessário fazer uma ponderação já que não tem um princípio mais relevante que o outro. A partir disso é detalhado o processo de ponderação:

Ora, se nós temos uma colisão de princípios, de duas uma: ou o Judiciário faz a ponderação, ou a ponderação é legislativa. Se a ponderação é legislativa, no meu modo de ver, o Judiciário tem que ser deferente ao Legislativo, porque o legislador avaliou todas as condições dessa prática desportiva - porque é considerada uma competição - e verificou que com esses cuidados, é possível a realização da vaquejada.

³³

Em seguida Fux apresenta um artigo intitulado "Como o boi vira filé" que como o nome já diz, narra todo o processo desde o nascimento do animal até o momento do abate. Nos primeiros anos de vida os bois são bem tratados, pois são colocados para engordarem; logo após são castrados, e para não perderem peso ficam sem andar por três meses. Quando atingem 450 kg estão prontos para o abate, que é um processo bem rigoroso que começa pela enfadonha viagem até o abatedouro. Uma hora antes do abate eles são examinados, e os que estão sadios são mandados para o abate. Os que estão doentes logo são mortos separadamente, e todo esse processo é feito de maneira que o animal não perceba o que está acontecendo. Lá recebem um tiro de pistola na cabeça e dentro de no máximo 3 minutos precisam ser mortos para não correr o risco de acordar. Assim o boi vira filé, as vacas que ficam sem os filhos são mandadas para Bolívia e aqueles que estavam doentes são usados na fabricação de velas.

Para Fux, não existe crueldade pior que essa. Mas é dessa forma que a humanidade se alimenta e a Constituição Federal tem como direito inalienável a alimentação, e assim permite esses atos de crueldade como direito social. Rebatendo a crítica feita pelo Ministro Luiz Roberto Barroso, que se espanta pela expressão e diz que Fux estava sugerindo que tornássemos vegetarianos; fala que não se pode falar da irregularidade da vaquejada num contexto mundial, pois na Índia, por exemplo, as vacas são animais sagrados, enquanto a vaquejada é um esporte exclusivamente nacional. Com

³³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016, p.75

esses argumentos o Ministro pede vênia para acompanhar a divergência e votar pela improcedência da ação.

3.6 Ministro Dias Toffoli

O Ministro Dias Toffoli achou necessário verificar com mais cautela a matéria discutida e dando a oportunidade de adiamento de voto a outro que não tinham votado ainda, pediu licença para postergar o voto. Na sessão do dia 6 de outubro de 2016, o ministro enfim deu seu voto. Toffoli diz que após revisão dos autos concluiu que o voto do Ministro Edson Fachin assim como dos outros que foram a favor da improcedência da ação estavam todos corretos. Afirma então o Ministro através de produções históricas que a vaquejada se difundiu pelo sul e centro do nosso país a partir do século XIX, deixando de ser apenas uma prática da "labuta". Segundo o Ministro sempre houve uma preocupação por parte dos cuidadores com o bem-estar desses animais:

Entretanto, não há como negar que todas as religiões, não só o cristianismo, tem atribuído ao ser humano a centralidade do mundo. As características morais têm sido designadas exclusivamente aos homens e mulheres, configurando o antropocentrismo, pensamento que prevalece até hoje em todas as nações, mas sem rejeitar o pensamento de que os animais devem ser protegidos.³⁴

Ressaltando as práticas citadas anteriormente, Toffoli afirma que na "farra do boi" não se exige habilidade técnica para a realização da prática. Em relação à "rinha de galos" os animais são postos numa arena com o objetivo de "matar ou morrer". No entanto, a vaquejada é praticada por vaqueiros habilitados, treinados para aquilo. Portanto não se pode falar que se trata de uma atividade paralela ao Estado. Por fim ele traz trechos das falas dos ministros que foram divergentes, pontuando os pontos importantes que fomentam a constitucionalidade da vaquejada. Então por considerar que não há afronta ao art.225, § 1º, inciso VII, nem ao art. 215, § 1º da Constituição, julga improcedente a ação.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

³⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016, p.119.

O homem é um ser cultural. O processo civilizatório se compõe de uma percepção de cultura plural e que acolha o meio ambiente para as gerações futuras. Ao Estado cabe proteger esse direito e garantir as diversas formas de manifestações culturais.

Ademais a cultura é um termo que abarca distintos conceitos, a princípio pode-se qualifica-la como o conjunto de expressões artísticas, sociais, linguísticas bem como comportamentais. Além disso, vale destacar que o ser humano cada vez mais procura sistematicamente aprofundar e discutir sobre o que é na realidade a cultura e qual a sua influência social. A preocupação com esses costumes intensificou-se por causa dos contatos entre os diversos povos, marcados por conflitos culturais. Hodiernamente as sociedades voltam os seus estudos sobre esse assunto buscando compreender os avanços tanto sociais como tecnológicos.

Como afirma José Luiz dos Santos (2006) existem diferentes maneiras de compreender o que é afinal a cultura, contudo existem duas concepções que se destacam. O mesmo afirma que “A primeira dessas concepções se preocupa com todos os aspectos de uma realidade social”³⁵, e ainda continua pontuando que “assim, cultura diz respeito a tudo aquilo que caracteriza a existência social de um povo ou nação ou então de grupos no interior de uma sociedade”.³⁶

Com isso nessa primeira aceção segundo o autor a cultura pode ser vista como realidades sociais diversas, que refletem as características de cada povo, cuidando da reunião das mesmas, sendo que elas definem sua nação e as suas aspirações sociais.

Dessa forma vislumbrando a vaquejada como expressão cultural nordestina, e levando em consideração que a cultura se preocupa com o todo, pode-se afirmar que o povo brasileiro que presencia diariamente tantas ações agressivas, cercadas de violência urbana, certamente não anseia ter em suas manifestações culturais, atos hostis os quais desrespeitam a sua fauna, independente do lucro que tais expressões possam propiciar, na verdade se faz preciso no país que desponte o desejo de continuar a proteger o meio ambiente e dizer não, a visão de que o progresso é necessário a tudo custo.

Além disso, é de extrema urgência que os brasileiros se mostrem dispostos a lutar pela harmonia da natureza e que possam se inspirar em pessoas que levantaram a bandeira do desenvolvimento sustentável, como Chico Mendes³⁷, ambientalista brasileiro

³⁵ SANTOS, José Luiz dos. 2006, p24

³⁶ SANTOS, José Luiz dos. 2006, p.24

³⁷ Porto Gonçalves, Carlos Walter 2009 “Chico Mendes, um ecossocialista” en OSAL (Buenos Aires: CLACSO) Año X, Nº 25, abril. p.152-154. Disponível em <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/osal/osal25/09porto.pdf>>. Acesso em: 24 de janeiro de 2018.

muito renomado no Brasil, o mesmo foi assassinado simplesmente por pretender resguardar a Amazônia, ele defendia o não desmatamento da mesma e assim protegendo os seringueiros da região. Pode-se citar ainda Cicero Romão Batista³⁸, conhecido popularmente como padre Cícero, o mesmo defendeu arduamente a Caatinga, bioma existente no nordeste brasileiro, esses homens, almejavam um meio ambiente ecologicamente equilibrado para que as futuras gerações também possam desfrutar do mesmo, como bem ilustra o Ministro Celso de Mello.

Infelizmente muitos dos brasileiros que um dia se propuseram lutar pela natureza foram calados por aqueles que somente desejam tirar vantagens do vasto ecossistema brasileiro. Mas para combater esses indivíduos a Constituição Federal de 1988 buscou garantir constitucionalmente a proteção de todos os animais sem distinção alguma.

Em vista disso a Ministra Carmem Lúcia está correta em afirmar que o Procurador-Geral da República procedeu de forma precisa em requisitar a declaração de inconstitucionalidade a lei cearense nº 15.299 de 8 de janeiro de 2013. Dessa vez a justiça brasileira não ficou adormecida e de maneira eficaz os ministros do STF disseram não há mais um crime ambiental, buscando assim ratificar que o povo brasileiro, rico em sua cultura, não deseja que a mesma seja marcada por ações de suplícios contra seus animais.

Vale pontuar que além dessa ação direta de inconstitucionalidade em questão, o Supremo Tribunal Federal anteriormente já dispôs a casos semelhantes onde também existia o confronto entre a defesa de manifestações culturais e a interdição de maus tratos aos animais. Cabe aqui registrar o recurso extraordinário 153.531. Nesse caso estava em discussão se a chamada prática cultural “farra de bois” poderia encontrar respaldo constitucional, na ocasião o STF julgou que a mesma não poderia ser resguardada pela Constituição em vista de que feria o artigo 225.

O relator da ação o ex-ministro Francisco Rezek pontuou que “Não posso ver como juridicamente correto a ideia de que em prática dessa natureza a Constituição não é alvejada. Não há aqui uma manifestação cultural com abusos avulsos; há uma prática abertamente violenta e cruel para com os animais e a Constituição não deseja isso.”³⁹

³⁸ FERREIRA, Thiago Costa. Preceitos ecológicos do padre Cícero: uma visão agroecológica. Disponível em < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/polemica/article/view/13202/10188>>. Acesso em: 24 de Janeiro de 2018.

³⁹ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1997, p.13.

Com base nesses casos citados e em outros não mencionados aqui nesse trabalho acadêmico, pode-se perceber que o Supremo Tribunal Federal construiu ao longo dos anos um histórico de julgados marcados pela preponderância a favor da vida, da fauna e do meio ambiente. Pois é justamente isso que assevera a Constituição Federal Brasileira, a mesma tem como intuito proteger não somente os brasileiros, mas também os animais, como bem pontuou o Ministro Ricardo *Lewandowski*, o qual afirma ter uma *visão biocêntrica do artigo supracitado, como ele acredita-se que os animais devem ser respeitados como seres vivos, e não visualizados como seres inferiores, que pode ser submetido às atrocidades humanas*. Ademais a segunda acepção de cultura ainda de acordo com o autor se contrapõe com a anterior, pois a primeira está relacionada á comparação das diversas formas de manifestações culturais entre os povos, sendo mais genérica, enquanto a segunda refere-se ao conjunto de crenças e conhecimentos. De acordo com o autor “O que ocorre é que há uma ênfase especial no conhecimento e dimensões associadas. Entendemos neste caso que a cultura diz respeito a uma esfera, a um domínio, da vida social.”⁴⁰

Além disso, o próprio afirma que nesta acepção o foco cultural está nas linguagens, literaturas ou até mesmo relacionado aos conhecimentos científicos, filosóficos, e artístico de uma nação. O autor ainda afirma que muitas vezes a cultura é entendida como algo estagnado e fechado, não obstante a mesma é dinâmica e pontua que a principal relevância de estudar as manifestações culturais explica-se “por contribuírem para o entendimento dos processos de transformação por que passam as sociedades contemporâneas”. (SANTOS, 2006, p. 26)

Além de tudo isso, como já dito acima, a vaquejada é uma competição típica do Nordeste brasileiro. No entanto, teve sua finalidade modificada ao longo do tempo. Antigamente objetivava ensinar a técnica utilizada nas várzeas para recolher os animais ariscos que escapavam da manada e disparavam pela caatinga. Todavia, a atual prática da vaquejada se distingue desta origem, assim como é modificada a finalidade para a sua realização. O que antes era um instrumento associado a atividades necessárias à produção agropecuária, transformou-se numa diversão com maus tratos dos animais, justificada como prática desportiva, e que movimenta vultuosos valores monetários para os grupos organizadores.

⁴⁰ SANTOS, José Luiz dos. 2006, p.25

Nessa dicotomia, apresentam-se por um lado: a defesa da realização das vaquejadas, como representante da tradição cultural nordestina e que movimenta a economia local. De outro, os que a enxergam como uma prática que implica tratamento cruel aos animais e falta de segurança para os vaqueiros. Para estes, a concepção de meio ambiente supera o binômio estático entre cultura/natureza, e defendem assim a necessária harmonia entre a construção do ser social e sua convivência no meio em que vive.

O fato de a vaquejada ser uma manifestação cultural não a torna imune ao contraste com outros valores constitucionais. Ainda que a vaquejada esteja enraizada na cultura nacional e sua prática igualmente tutelada constitucionalmente no art. 215 da Carta Magna, bem como ter sido admitida pelo STF como tradição cultural secular na região nordeste brasileira, o reconhecimento da crueldade contra os animais durante a prática desportiva fez com que o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado prevalecesse face ao direito ao desporto e manifestação cultural. A vaquejada coloca em xeque interesse maior que é justamente a proteção do Direito Animal, decorrente da tutela constitucional de um meio ambiente equilibrado e do Direito Animal Constitucional. Por seis votos a cinco, os Ministros consideraram que a vaquejada impõe sofrimento aos animais e, portanto, fere princípios constitucionais de preservação ambiental.

A Constituição Federal de 1988 adotou a tese do Direito Animal Constitucional e, foi com essa obrigação de tutelar a dignidade dos seres não humanos, que o STF se posicionou contrário aos maus tratos animais. A classificação dos animais como coisas sui generis sensíveis deve ser encarada como uma evolução do Direito, que passa a considerar o animal como uma criatura, um ser vivo que deve ser protegido mais do que uma simples coisa inanimada.

Ao abordar o presente tema, relevante ressaltar que a norma jurídica deve ser aplicada considerando, para tanto, a amplitude do sistema jurídico vigente, ou seja, é preciso que esta se vincule às necessidades sociais por intermédio da flexibilidade interpretativa. Os princípios constitucionais denotam os valores mais relevantes da ordem jurídica e variam no âmbito da amplitude de sua atuação e até mesmo no espectro de sua influência.

A real efetividade dos princípios permite que o intérprete ou aplicador do direito possa superar o legalismo estrito e buscar no próprio sistema a solução mais justa para cada caso. Em decorrência de referido princípio, o intérprete ou aplicador do direito, ao se deparar com normas dotadas de várias perspectivas de interpretação, deve priorizar

aquela que mais se coadune com as disposições constitucionais, conforme dispõe o Princípio da Interpretação conforme a Constituição.

O Ministro Marco Aurélio, relator da ação, ao apresentar o seu voto, salientou que o dever geral de favorecer o meio ambiente é indisputável. Afirmou ainda o referido Ministro: "A crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural como resultado desejado".⁴¹ É sabido que entre princípios, não se fala em revogação, mas em ponderação, de forma que através da concordância prática, deve haver a devida conciliação entre esses dois princípios magnos, em discórdia.

O entendimento da Suprema Corte é de não permitir que triviais interesses lúdicos, que também são protegidos pelo ordenamento jurídico pátrio, prevaleçam em face do sofrimento desnecessário dos animais. Segundo a Ministra Cármen Lúcia, há sempre quem defenda que a vaquejada "vem de longo tempo, se engravou na cultura do nosso povo. Mas cultura se muda e muitas foram levadas nessa condição até que se houvesse outro modo de ver a vida, não somente ao ser humano".⁴²

A justificativa de preservação da vaquejada por ser um hábito cultural não merece prosperar, pois também eram hábitos culturais escravizar negros e índios, mas, nem por isso, pode ser tolerado Estado Humanista, porque a Carta é humanista.

Salienta-se que o Direito deve agir no sentido de proteger os bens jurídicos relevantes à ordem constitucional, de modo que a eficácia dos direitos fundamentais nela contidos sejam de fato concretizados e preservados para as gerações futuras, constituindo dever do Estado-juiz canalizar esse tipo de entendimento voltado a sua proteção, dentre eles, a tutela de um meio ambiente equilibrado, tratado no julgado em estudo sob o viés do Direito Animal, assim tratado como parâmetro para o exercício de controle de constitucionalidade.

A partir do resultado do acórdão proferido na ADI 4983, o STF passou a assinalar não apenas as afirmações que há muito tempo consignava sobre matérias análogas, mas verdadeira quebra de paradigmas sobre a tutela do Direito Animal, como garantia constitucionalmente abraçada. Resta evidente que a crueldade intrínseca a qual os animais estão submetidos na vaquejada foi o motivo determinante para a declaração de inconstitucionalidade da lei cearense. Assim sendo, a partir da aplicação da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes há que se chegar à conclusão que houve a proibição da vaquejada em todo território brasileiro.

⁴¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016, p.04

⁴² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016, p.03

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 de Janeiro de 2018.

BRASIL, Lei nº 15.299, de 8 de janeiro de 2013, *Regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado do Ceará*. **Diário Oficial do Estado do Ceará**, Ceará, 2013. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/49857094/does-caderno-1-15-01-2013-pg-15>>. Acesso em 18 de Janeiro de 2018.

BRASIL, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, *Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências*. **Diário Oficial da União**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em 18 de fevereiro de 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983\ CE. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 06 de outubro de 2016. **Diário da Justiça**. Brasília (DF): 12 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>>. Acesso em 17 de janeiro de 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 153.531\SC. Relator: Ministro Francisco Rezek. Brasília, DF, 03 de junho de 1997. **Diário da Justiça**. Brasília (DF): 13 de março de 1998. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500>>. Acesso em: 24 de janeiro de 2018.

CARTA DA TERRA. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/carta_terra.pdf. Acesso em: 15 de janeiro de 2018.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 1997.

FERREIRA, Thiago Costa. **Preceitos ecológicos do Padre Cícero: uma visão agroecológica.** Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/polemica/article/view/13202/10188>>. Acesso em 24 de janeiro de 2018.

PORTO GONÇALVEZ, Carlos Walter. **Chico Mendes, um ecossocialista.** Buenos Aires: CLACSO Año X, N° 25, abril. 2009. Disponível em <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/osal/osal25/09porto.pdf>>. Acesso em: 24 de janeiro de 2018.

SANTOS, José Luiz. **O que é cultura.** São Paulo. Brasiliense, 2006.

TEDARDI, Maurílio dos Santos. **Proteção ao meio ambiente: considerações acerca dos aspectos penais.** Revista F@pciência, Apucarana-PR, ISSN 1984-2333, v.5, n. 6, p. 37 – 54, 2009. Disponível em: <http://www.cesuap.edu.br/fap-ciencia/edicao_2009_3/006.pdf>. Acesso em 15 de Fevereiro de 2018.

VII

ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 646.721 RIO GRANDE DO SUL

*Anna Cecília Gusmão Oliveira
Emily Daltro Borges Alves*

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Conforme consta no relatório do Ilustríssimo Ministro Marco Aurélio, o Recurso Extraordinário 646.721 do Rio Grande do Sul foi interposto contra acórdão que desproveu agravo de instrumento protocolado pelo recorrente em face de decisão de partilha proferida em ação de inventário.

Isto porque se tratava de casal homoafetivo, em regime de união estável – insta destacar que não havia, para eles, a possibilidade de casamento – motivo pelo qual a Oitava Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul assentou entendimento de que o companheiro herdaria apenas os bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável, com fulcro no artigo 1.790 do Código Civil de 2002.

Ainda, entendeu ser indevida a equiparação do companheiro ao cônjuge, bem como que a Constituição Federal não igualou, para todos os fins, os institutos do casamento e da união estável. Assim, foi fixado o entendimento de que o casal em questão não poderia ser contemplado pelo regime sucessório do casamento – o qual seria mais benéfico para eles – por estarem em união estável.

Neste sentido, é mister observar a ementa do acórdão impugnado:

SUCESSÃO. INVENTÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. VÍNCULO RECONHECIDO JUDICIALMENTE. O DIREITO DO COMPANHEIRO À HERANÇA LIMITA-SE AOS BENS ADQUIRIDOS A TÍTULO ONEROSO NA VIGÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA DO COMPANHEIRO. EXEGESE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO.⁴³

O Recurso Extraordinário, então, tratou sobre a violação de dispositivos constitucionais, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), a igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I) e o dever de proteção das entidades familiares, pelo Estado, estando a união estável entre elas (art. 226, § 3º).

Abordou ainda, a impossibilidade de reconhecimento do casamento civil homoafetivo, limitação que impossibilita a escolha da forma de constituição familiar para os casais homoafetivos, de forma que também não podem escolher o regime de sucessão de bens ao qual farão parte. Outro ponto trazido pelo Recurso interposto trata sobre o dever de assegurar ao homossexual o direito à sucessão legítima, com fulcro no artigo 1.873 do Código Civil.

Também se faz mister destacar que, embora não haja previsão legal sobre a constituição e o reconhecimento do casamento civil homoafetivo, a igualdade e a dignidade são garantias de todos os indivíduos, independentemente de sua orientação sexual.

Por todo o exposto, afirma que o artigo 1.790 do Código Civil viola os dispositivos elencados, motivo pelo qual tratar-se-ia de alvo de inconstitucionalidade, de forma incidental. Por fim, requer a atribuição de efeito suspensivo ao recurso até o trânsito em julgado da decisão.

O referido recurso teve repercussão geral configurada, uma vez que trouxe questões importantes no que tange aos âmbitos social, econômico, político e jurídico. A relevância também se dá pela necessidade de tratar sem distinção ou discriminação os casais homossexuais, além de ser uma situação que pode se refletir em incontável número de processos a título nacional, de forma que ultrapassa o interesse subjetivo das partes.

Acerca da repercussão geral, esta foi reconhecida em 11 de novembro de 2011, conforme ementa a seguir:

⁴³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2017, p. 4.

UNIÃO ESTÁVEL – COMPANHEIROS – SUCESSÃO – ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL – COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL ASSENTADA NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca do alcance do artigo 226 da Constituição Federal, nas hipóteses de sucessão em união estável homoafetiva, ante a limitação contida no artigo 1.790 do Código Civil.⁴⁴

O Ministério Público, então, opinou pelo desprovimento do recurso, por entender que a orientação sexual não pode fazer parte da constituição do conceito de família. Reconheceu, ainda, que o STF estendeu à união estável homoafetiva a mesma proteção conferida à heteroafetiva, através da ADI nº 4.277/DF e da ADPF nº 132/DF, mas ressaltou a manifestação da autonomia de vontades dos indivíduos quando da escolha do tipo de entidade familiar a ser constituída. Por fim, entendeu que a Constituição Federal estabeleceu tratamento diferenciado à união estável em relação ao casamento – o que poderia ser extraído do dever de facilitar a conversão da união estável em casamento – motivo pelo qual o casal em questão não poderia ser contemplado pelo regime sucessório do casamento civil.

Já o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, decidiu por dar provimento ao Recurso Extraordinário, reconhecendo, de forma incidental, a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 e equiparando, para fins de sucessão, a união estável homoafetiva ao casamento civil, por entender ser o regime mais benéfico para os cidadãos.

Os votos vencedores foram liderados pelo ministro Luís Roberto Barroso, que deu início à divergência e foi acompanhado pelos ministros Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Rosa Weber e Carmem Lúcia.

De outro lado, estavam os ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, como votos vencidos. No julgamento, estavam ausentes os ministros Dias Toffoli, Celso de Mello e Gilmar Mendes.

A ementa foi fixada da seguinte forma:

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL À SUCESSÃO EM UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. INCONSTITUCIONALIDADE DA

⁴⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2017, p. 6.

DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hetero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a “*inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico*”, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011) 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso. 3. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 4. Provisão do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “*No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002*”. (Grifos nossos).

Analisar-se-á, agora, o teor dos votos proferidos pelos ilustríssimos Ministros da referida Corte, quanto às questões suscitadas.⁴⁵

2 ANÁLISE DOS VOTOS VENCEDORES

Entre os votos vencedores, situam-se os ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Rosa Weber e Carmem Lúcia. O Ministro Luís Roberto Barroso foi o primeiro a apresentar divergência ao Ministro Relator, Marco Aurélio, divergência esta que fundamentou todas as subsequentes.

A controvérsia central sobre a qual o julgado se propôs a discutir é a seguinte: é legítima a distinção, para fins sucessórios, entre a família proveniente do casamento e a proveniente de união estável homoafetiva? O ponto inicial de argumentação utilizado pelo Ministro Luís Roberto Barroso diz respeito ao que foi discutido no RE 878.694, o

⁴⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2017, p. 1-2.

qual também discute a constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil acerca da distinção entre casamentos e uniões estáveis para fins sucessórios.

O referido julgado, apesar de ainda não concluído, já trouxe manifestações acerca da violação de princípios como o da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso, entendimento comum entre os Ministros Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Carmem Lúcia.

Neste sentido, uma vez que há uma tendência a equiparar o casamento e a união estável para fins sucessórios no RE 878.694, não há justificativa para não o fazer no caso do RE 646.721, posto que a única diferença entre os dois casos é que se trata de um casal homoafetivo. Assim, o Ministro Luís Roberto Barroso mantém seu voto na mesma linha do que já foi proferido no julgado anterior.

Outro argumento central no voto do referido Ministro diz respeito à inexistência de fundamento constitucional para estabelecer-se diferenciação entre os múltiplos modelos de família. Isto porque, ao definir a união estável como entidade familiar e, ao defender a proteção da família, a Carta Magna não faz distinção acerca de qual regime familiar deverá ser protegido, de forma que todos deverão ser abrangidos.

Barroso traz, ainda, um breve histórico sobre a equiparação e desequiparação entre cônjuge e companheiro entre matéria sucessória. A Constituição de 1988 trouxe a ideia proteção da família como meio para que as pessoas possam se realizar, o que independe da configuração de família adotada.

Neste cenário, a Lei nº 8.971/94 reproduziu, de certa forma, o regime sucessório estabelecido para os cônjuges no Código Civil de 1916. Já a Lei nº 9.278/96 apresentou um avanço, tornando os regimes sucessórios do casamento e da união estável muito similares, reforçando a proteção às uniões estáveis, de forma a tornar concreto o que havia sido estabelecido pelo texto constitucional.

No entanto, argumenta Barroso, esta evolução foi interrompida pelo Código Civil de 2002, o qual traz consigo ideias da década de 70. O referido código desequiparou, mais uma vez, o casamento e a união estável para fins de sucessão. Segundo o regime estabelecido pelo art. 1.790 do CC/2002, o companheiro só tem direito aos bens adquiridos onerosamente, o que é, sem dúvidas, um regime mais desfavorável. Isto porque, quando o companheiro tem direito à sucessão, faz jus a uma quantia muito inferior à que lhe seria concedida se fosse cônjuge.

Assim, para Barroso, a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002 se dá pela violação da igualdade entre as famílias que foi consagrada pelo artigo 226 da Constituição Federal de 1988, além dos princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação ao retrocesso e da proteção deficiente.

Aduz, ainda, que a Carta Magna não equiparou, de forma absoluta, o casamento e a união estável, uma vez que determina que o Estado deve facilitar a conversão da união estável em casamento, uma vez que o casamento confere maior segurança jurídica. No entanto, insta destacar que, no caso de uniões estáveis homoafetivas e, sobretudo no caso analisado, não havia a possibilidade de conversão em casamento. Assim, o regime de união estável não se tratou de uma escolha feita pelo casal.

Por fim, Barroso conclui pela incompatibilidade do artigo 1.790 do CC/2002 com a Constituição Federal, por afrontar a igualdade de hierarquia entre entidades familiares, estabelecida pelo artigo 226 do mesmo diploma, além de violar os princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação ao retrocesso.

Assim, reconhece de forma incidental a inconstitucionalidade do referido artigo, e assenta a seguinte tese: “*É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002*” (Barroso, 2017).

Em seguida, o Ministro Luiz Fux estabelece seu entendimento da seguinte forma: uma vez que o Supremo Tribunal Federal, através da ADPF 132 estabeleceu que as uniões estáveis homoafetivas devem ser reconhecidas segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências das uniões estáveis heteroafetivas, não há porque atribuir tratamento diferenciado neste caso. Assim, decide por acompanhar a divergência inaugurada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 e dando provimento ao recurso.

Já o Ministro Alexandre de Moraes prossegue, argumentando que, de fato, casamento e união estável são institutos diversos, caso contrário a Constituição não teria estabelecido que o legislador ordinário facilitasse a conversão de um instituto em outro. No entanto, explica, o centro da questão em tese é a análise da proteção à família.

Neste sentido, entende que família não é somente aquela constituída por casamento civil, com fulcro no artigo 22 da CF/88. Assim, a união estável, enquanto entidade familiar, também deverá ser protegida pelo ordenamento jurídico. Ainda, aponta

que a distinção viola os princípios da igualdade e da solidariedade, princípios que devem reger a família e o direito sucessório.

O Ministro, ainda, em conformidade com o voto de Barroso, aponta que houve também violação à vedação do retrocesso e defende que, independentemente da diferença de institutos, casamento e união estável, o que se protege, com o Direito Sucessório, é a família. *“E a família, independentemente da diferença de institutos, não pode ter tratamento diferenciado.”* (Moraes, 2017).

Por fim, também reconhece de forma incidental a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC/2002, reconhece e dá provimento ao Recurso Extraordinário e acompanha a divergência apresentada pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

O Ministro Edson Fachin, por seu turno, segue o entendimento de que casamento e união estável são, sim, institutos diversos, o que pode ser extraído do texto constitucional, mas isso não pode se tornar fundamento para discriminação e hierarquização. Para tanto, aborda dez premissas que acredita serem imprescindíveis para o debate em tela.

A primeira afirma que tanto o casamento quanto a união estável são modalidades de conjugalidade constitucionalmente asseguradas, inexistindo hierarquia entre elas e impondo-se, assim, tratamento isonômico. A segunda, por sua vez, entende que a família é a base da sociedade livre, justa e solidária do artigo 3º da Constituição, impossibilitando, assim, a hierarquização com base nas opções familiares.

A terceira premissa traz a ideia de que a proteção à família é direcionada à pessoa de cada um dos seus integrantes, não sendo possível diferenciá-las em virtude do modelo de conjugalidade eleito. A quarta premissa abordada é de que distinguir os direitos a serem atribuídos aos casados e aos conviventes seria fazer um juízo moral prévio sobre os modelos de família e as normas de convivência familiar.

Já a quinta premissa entende que quando o parágrafo 3º do artigo 226 da CF/88 determina que deve a “lei facilitar a sua conversão em casamento”, ele não oferece tratamento privilegiado ao casamento. A sexta premissa, por sua vez, é e que há um traço comum essencial para as duas formas de conjugalidade, qual seja, a marca do afeto e da entreajuda, sendo a única diferença a presença ou ausência de formalidade em sua constituição.

A sétima premissa é de que a desigualdade na forma de constituição não pode afetar a sucessão, pois trata-se apenas de questão de prova sobre a conjugalidade. A oitava

reproduz o entendimento de que a pressuposição de maior liberdade na união estável não justifica menor proteção às pessoas em regime de união estável do que àquelas casadas.

A nona premissa é de que a ordem constitucional se baseia nas relações de afeto e no valor da solidariedade. A décima premissa, por fim, estabelece que o modelo de conjugalidade não se confunde com o regime de bens. Neste sentido, o Ministro Edson Fachin acompanha a divergência aberta pelo Ministro Luís Roberto Barroso, após fazer a análise de todas as premissas, reconhecendo a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC/2002 e dando provimento ao recurso em questão.

A Ministra Rosa Weber, em sequência, ratifica a compreensão externada no julgamento do RE 878.694, declarando de forma incidental a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC/2002, dando provimento ao recurso e acompanhando a divergência inaugurada pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

Por fim, a Ministra Carmem Lúcia profere o último dos votos vencedores, sob os seguintes argumentos: a declaração incidental da inconstitucionalidade reconhece o princípio maior da Constituição, qual seja, o princípio da dignidade, o qual supõe a liberdade com responsabilidade, bem como o princípio da igualdade em todos os tipos de relações, a partir das opções feitas livremente.

Assim, decide pela inconstitucionalidade incidental do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, bem como dá provimento ao recurso extraordinário analisado, acompanhando a divergência aberta pelo Ministro Luís Roberto Barroso e confirmada pelos Ministros Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Edson Fachin e Rosa Weber.

Encerrados os votos vencedores, é necessário que se faça uma análise dos fundamentos que embasaram a decisão dos Ministros citados. Inicialmente, insta destacar que a equiparação dos regimes sucessórios do casamento e da união estável implicam na adoção de um regime mais benéfico para os companheiros.

Isto porque o regime de sucessão estabelecido para as uniões estáveis, além de retrógrado, é prejudicial para os companheiros. Além disso, não se pode impor que toda e qualquer entidade familiar se converta em casamento, até porque, no caso de uniões estáveis homoafetivas, a conversão não é possível. Ademais, esta imposição implicaria em uma vedação ao direito de escolha conferido ao casal que, ainda que fosse heteroafetivo, poderia estar em união estável.

Neste sentido, a equiparação dos regimes, para fins sucessórios, não busca igualar os institutos que são essencialmente distintos – em termos de formalização estatal – busca proteger a família. Este princípio é o que deve reger todo o ordenamento jurídico,

bem como o direito da família e das sucessões, conforme estabelecido pela Constituição Federal.

Ainda, há que se analisar que a não equiparação vai de encontro com princípios constitucionais fundamentais, a exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, da igualdade, da solidariedade e da vedação ao retrocesso. Ao defender a proteção da família, a Carta Magna de 1988 não faz distinção em relação aos tipos familiares que devem ser protegidos. Assim, há que se proteger a todos sem distinção.

Outro ponto sabiamente abordado pelos Ministros foi a questão do retrocesso, uma vez que a Lei 9.278/96 já havia praticamente igualado os regimes de sucessão para cônjuges e companheiros – em conformidade com a Constituição de 1988, cabe destacar – e o Código Civil de 2002 desequiparou novamente os regimes, mostrando que, apesar de mais recente, possui ideias essencialmente ultrapassadas.

É neste sentido que os votos vencedores, proferidos pelos Ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Rosa Weber e Carmem Lúcia são dotados de razoabilidade e sensatez, uma vez que analisam o texto constitucional de forma inclusiva e não exclusiva. Além disso, a declaração da inconstitucionalidade incidental do artigo 1790 do Código Civil de 2002 e a concessão de provimento ao recurso apontam que o sistema judiciário brasileiro pode estar caminhando para uma realidade de avanços em relação aos casais homoafetivos, além de estar se aproximando à realidade circundante.

Assim, a tese fixada por Luís Roberto Barroso para definir o caso, qual seja, *“No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do Código Civil”* é a que mais se aproxima ao pensamento do século XXI, por se tratar de entendimento que vai de encontro a quaisquer preconceitos baseados em questões meramente morais e de sexualidade.

3 ANÁLISE DOS VOTOS VENCIDOS

Os votos vencidos do supramencionado recurso, são os dos Ministros, Marco Aurélio, Ministro Relator, e o do Ministro Ricardo Lewandowski.

A controvérsia principal a qual é discutida amplamente pelos ministros, trata da legitimidade entre a distinção, para fins sucessórios, entre a família proveniente do casamento e a proveniente de união estável homoafetiva.

O ponto inicial de argumentação utilizado pelo Ministro Relator diz respeito à diferença presente entre a união estável e o casamento. Nesse sentido, o mesmo afirma:

O que surge é uma disciplina específica muito próxima da relativa ao casamento. Observem que, em se tratando de comunhão parcial, o cônjuge sobrevivente tem a meação dos bens adquiridos após o casamento, bem como uma quota parte considerados os herdeiros necessários. Da mesma forma, encerrando, mediante remissão ao regime da comunhão parcial de bens, a previsão do artigo 1.725 a meação, salvo contrato escrito entre os companheiros, equivalente ao pacto antenupcial, ocorre, presente o 1.790, disciplina próxima, quanto à quota em concorrência com herdeiros, da alusiva ao próprio casamento.

Para ele, o tema envolve necessário debate acerca da constitucionalidade do regime de sucessão nas uniões estáveis estabelecido no artigo 1.790 do Código Civil, à luz do alcance do artigo 226 da Carta Federal, e os possíveis reflexos da interpretação nas relações homoafetivas, considerados os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Para isso, ele traz o teor do dispositivo, sendo este:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.⁴⁶

Nesse sentido, o Código Civil encerra um sistema. Assim, tem-se o Título II – Do Direito Patrimonial –, com subtítulos e capítulos. Versa o regime de bens entre os cônjuges, dispondo ser lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos bens, o que lhes aprouver – artigo 1.639; regras referentes ao pacto antenupcial

⁴⁶ PLANALTO, Código Civil Brasileiro, 2002.

– artigos 1.653 a 1.657; o regime de comunhão parcial – artigos 1.658 a 1.666; o regime de comunhão universal – artigos 1.667 a 1.671; o regime de participação final nos aquestos – artigos 1.672 a 1.686; o regime de separação de bens – artigos 1.687 e 1.688.

Relativamente à união estável, tem-se o Título III, prevendo o reconhecimento como entidade familiar – artigo 1.723; as relações pessoais entre os companheiros, versada lealdade, respeito e assistência, guarda, sustento e educação dos filhos – artigo 1.724; a meação, afastada se houver contrato escrito entre os companheiros, aplicando-se, no que couber, no tocante às relações patrimoniais, o regime de comunhão parcial de bens – artigo 1.725; a conversão em casamento mediante pedido dos companheiros ao Juiz e assento no registro civil – artigo 1.726; que as relações não eventuais entre homem e mulher, impedidos de casar, constituem concubinato – artigo 1.727.

Ao trazer o artigo 226, § 3º da Constituição Federal de 1988 como embasamento, o mesmo afirma que no texto do mesmo, ao mencionar que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”; este não os equipara, e sim a sinaliza o estímulo à transmutação da união estável em casamento.

Nesse sentido, a união estável seria um caminho para o matrimônio, ou como um matrimônio incompleto, muito embora já constituísse por si mesma, uma entidade familiar, cujas todas mereçam proteção, mas não significa que devam ser tratadas exatamente da mesma maneira

Trazendo alusão ao caso de óbito de um dos companheiros na união estável e no matrimônio, e suas diferenças, o mesmo afirma “Observem que, em se tratando de comunhão parcial, o cônjuge sobrevivente tem a meação dos bens adquiridos após o casamento, bem como uma quota parte considerados os herdeiros necessários. Da mesma forma, encerrando, mediante remissão ao regime da comunhão parcial de bens, a previsão do artigo 1.725 a meação, salvo contrato escrito entre os companheiros, equivalente ao pacto antenupcial, ocorre, presente o 1.790, disciplina próxima, quanto à quota em concorrência com herdeiros, da alusiva ao próprio casamento”.

Assim, seria impróprio, após a dissolução da unidade familiar com a morte de um dos companheiros, convertê-la em outra diversa, não observando a adoção, quando em vida, de certo regime jurídico, inclusive no tocante aos direitos patrimoniais. Não há como afirmar que o companheiro falecido aderiria a regime jurídico diverso do alusivo à

união estável, surgindo incompatível justamente com a autodeterminação da pessoa a revisão após o óbito.

Para fortalecer seu voto, o Ministro Marcos Aurélio traz menção de Álvaro Villaça Azevedo, o qual discorre: “Realmente, não houve a aludida equiparação, pois a união estável foi reconhecida, como integrante do direito de família, como uma das formas de constituição familiar, nos moldes como foi escolhida pela sociedade”.

Nesse sentido, uma vez que equipare o casamento a união estável, tratar-se-ia, além do prejuízo para os sucessores, um desrespeito a autonomia do casal, quando da opção entre os institutos, em eleger aquele que melhor atendesse à pretensão de constituição do núcleo familiar – casamento ou união estável.

No caso, para o Ministro Relator, as escolhas de cada cidadão formular, levarão ao desenvolvimento pleno da personalidade, não podendo o Estado-juiz fazer tábula rasa da opção realizada.

Ao suprimir a manifestação de vontade com promoção de equiparações, após a escolha legítima pelos particulares, ocorreria a violação de um dos pilares do Estado Democrático de Direito – o direito à liberdade, à autodeterminação.

Para fortalecer sua convicção, o próprio discorre sobre o artigo “A Incompreendida Constitucionalidade da Sucessão na União Estável no Código Civil brasileiro” de Wilson Ricardo Ligiera, o qual afirma que: “Não se trata, portanto, de considerar uma suposta superioridade ou inferioridade de tratamento sucessório entre cônjuge e companheiro, mas sim de reconhecer que cada entidade familiar é única no seu modo de constituição e funcionamento, devendo-se considerar cada uma das suas peculiaridades inerentes na definição dos direitos das pessoas envolvidas nestas relações.”

Aurélio traz à inexistência de previsão de casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas afirma que o que realmente está em jogo não seria o reconhecimento de lacuna legislativa a tratar do tema, e sim a possibilidade de presente o artigo 226, § 3º, da Carta Maior, equiparar, para fins sucessórios, o regime da união estável homoafetiva ao do casamento.

A prevalecer óptica direcionada à equiparação dos institutos, é possível que ocorram efeitos perversos e contrários à proteção da união estável, com casais de companheiros.

Há de se ter em conta que o Supremo, mesmo reconhecendo como família a união entre pessoas do mesmo sexo, estendendo a esse núcleo as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva.

Corre-se o risco de afrontar princípios, caso estabelecido o regime diferenciado, considerada a orientação sexual do cidadão, o qual, ao escolher pela formação de núcleo familiar a partir de união estável, poderá se submeter a regime jurídico completamente díspar.

Conclui-se que se está diante de regramentos vigentes, no qual o Código Civil, bem ou mal, disciplinou, há mais de uma década, tratamentos jurídicos correspondentes, não cabendo ao intérprete substituir a opção do legislador para igualá-los, onde a Carta da República não o fez.

Assim, fixando a tese segundo a qual é constitucional o regime sucessório previsto no artigo 1.790 do Código Civil, a reger união estável, independentemente da orientação sexual dos companheiros.

Em seguida, o Ministro Ricardo Lewandowski afirma não ter preparado voto escrito, no qual desejava ouvir as discussões. O mesmo começa seu discurso dizendo: “Eu vou pedir vênica à divergência e prestar deferência ao legislador, que é aquilo que convém a uma suprema corte e a todas as supremas cortes do mundo. Quando há dúvida razoável, e aqui me parece que há uma dúvida mais do que razoável, é preciso, a meu ver, prestigiar o legislador.”.

O próprio concorda com o Ministro Luís Roberto Barroso que mesmo o Código Civil, embora editado em 2002, é fruto de discussões de décadas anteriores a essa data, quando ainda não vigorava a presente Constituição, que avançou muito em termos de direito de família, a ponto de equipararmos união estável de pessoas de sexo distinto às uniões homoafetivas.

Apesar disso, o recurso dizer não tratar-se-ia da questão da união homoafetiva, que ao seu ver, era bastante pioneira e progressista que a Corte tomou ao decidir pela equiparação entre as duas situações: a união de pessoas do mesmo sexo e a união de pessoas de sexo distinto.

Lewandowski acompanha o voto do eminente Relator e também o parecer da Procuradoria-Geral da República, que assenta que não há ausência de razoabilidade nem desproporcionalidade na distinção feita pelo legislador civil. Porque, haveria uma clara distinção entre essas duas situações, entre esses dois institutos, que ficou consignada, no art. 226, § 3º, da Constituição, quando o legislador constitucional diz que:

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável" - se reconhece ou não estável - "entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Ele reafirma a distinção entre os dois institutos. E distintos como consigna também o parecer do Ministério Público no que tange à formalidade, à invalidação, à eficácia, à dissolução, ao regime patrimonial e sucessório. Então, essa distinção que o constituinte fez no art. 226, § 3º, entre essas duas situações, ou esses dois institutos, justifica o tratamento diferenciado no que diz respeito ao regime sucessório das pessoas que optam por uma dessas duas situações ou por um desses dois regimes.

Apesar do mesmo afirmar o desfavorecimento do caso concreto, por tratar de uma união estável de mais de quarenta anos, este insiste no dever em fazer deferência ao legislador, *in dubio pro legislatore*, negando o provimento ao recurso.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme o recurso analisado, o Ilustríssimo Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO – redator do acórdão -, trata do teor do caso de maneira sensata e coerente, ao demonstrar que a Constituição, prevendo diferentes modalidades de família, diferentes da resultada pelo casamento, dentre elas a que resulta das uniões estáveis, não haveria distinção entre as formadas por indivíduos heterossexuais, ou homossexuais.

O mesmo relembra que, já houve a declaração incidentalmente, da inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, por meio do RE 878.694, que tratava:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: (Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694)

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.⁴⁷

⁴⁷ PLANALTO. Código Civil Brasileiro. 2002.

Vale ressaltar que o referido artigo só foi inserido no texto do Projeto de Código Civil com a Emenda nº 358, apresentada pelo senador Nelson Carneiro. Para a professora Giselda Hironaka, diretora nacional do IBDFAM:

O artigo 1.790 é de feição extremamente retrógrada e preconceituosa, e a vigorosa maioria dos pensadores, juristas e aplicadores do direito tem registrado com todas as letras que o dispositivo é inconstitucional, exatamente porque trata desigualmente situações familiares que foram equalizadas pela ordem constitucional, como é o caso das entidades familiares oriundas do casamento e da união estável.⁴⁸

Salienta-se ainda, que apesar de o Código Civil ter sido aprovado nos anos 2000, este foi produto de um debate que se fez na década 70, um debate anterior a inúmeras questões, que somente se colocaram tempos depois, diante da sociedade e das escolhas legítimas das pessoas.

Ocorre que, desse modo, o Código Civil, acaba por desequipar, para fins de sucessão, o casamento e as uniões estáveis, promovendo um retrocesso e uma hierarquização entre as famílias que a Constituição não admite. A Magna Carta, na verdade, trata todas as famílias com o mesmo grau de valia.

Nesse sentido, o referido recurso aborda questões sobre princípios constitucionais como o da igualdade, o da dignidade da pessoa humana, o da proporcionalidade na modalidade de proibição da proteção deficiente e o da vedação do retrocesso.

É necessário observar que, no momento em que se abriu a sucessão, ainda não havia a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo. O Supremo Tribunal Federal, em 2011, equiparou as uniões estáveis às uniões homoafetivas. Porém, apenas algum tempo depois, o Conselho Nacional de Justiça, à época sob a presidência do Ministro Joaquim Barbosa, regulamentou por resolução a possibilidade de casamento.

Nestes termos, a possibilidade de o referido casal, sobre o qual versa o referido, casar-se, sequer existia.

Neste âmbito, é de imprescindível destaque, o art. 226, § 3º, da Constituição:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
[...]

⁴⁸ Instituto Brasileiro de Direito de Família.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.⁴⁹

Acerca disso, pode-se inferir que o casamento é melhor do que a união estável, por motivo de segurança jurídica. O casamento, mediante um contrato formal assinado, não deixa a menor dúvida, ao passo que a união estável, em certos casos, pode precisar ser comprovada por meio de provas e evidências.

Logo, como preleciona Barroso, o caso é uma questão de segurança jurídica, e não uma questão de o instituto do casamento ser hierarquicamente superior ao instituto da união estável.

Porquanto, vincula-se o supracitado com a decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADI 4.277 e da ADPF 132, o qual reconheceu a “inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico”, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

Segue trecho da ementa deste julgado:

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃOREDUcionista. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal *locus* institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). [...].

⁴⁹ BRASIL, 1988.

O redator do acordão ainda apresenta o fundamento do Direito Sucessório no Brasil, que é a noção da continuidade patrimonial como fator de proteção, de coesão e de perpetuidade da família. Este é dividido em: I) O grau fraco, cujo aplica-se à parte disponível da herança, em relação à qual o sucedido tem liberdade para dispor, desde que respeitados os requisitos legais para sua manifestação de vontade. Quanto a essa parte, a lei tem caráter supletivo, conferindo direito de herança aos herdeiros vocacionados somente no caso de inexistir testamento; II) O grau forte, o qual refere-se à parte indisponível da herança (a chamada legítima), que corresponde a metade dos bens da herança que a lei impõe seja transferida a determinadas pessoas da família (os herdeiros necessários), que só deixarão de recebê-la em casos excepcionais também previstos em lei.

Trata-se de um regime impositivo, fundamentado na necessidade de assegurar aos familiares mais próximos do sucedido um patamar de recursos que permita que preservem, na medida do possível, o mesmo padrão existencial até então desfrutado.

Concebendo uma análise histórica, remete-se que até um tempo atrás, o matrimônio tinha suporte em uma concepção da família como ente autônomo, e não como um ambiente de desenvolvimento dos indivíduos.

A evolução desta concepção, mesmo que lenta e gradual, na sociedade brasileira, veio com o reconhecimento de múltiplos modelos de família. Nesse período, parcela significativa da população já integrava, de fato, núcleos familiares que, embora não constituídos pelo casamento, eram caracterizados pelo vínculo afetivo e pelo projeto de vida em comum, mesmo não recebendo o reconhecimento jurídico adequado.

A consagração da dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento jurídico e como um dos fundamentos da República brasileira (art. 1º, III, CF/1988) foi o vetor e o ponto de virada para essa gradativa ressignificação da família, sendo a pessoa humana o centro das preocupações do Direito.

Modificou-se, também, a compreensão a respeito do papel do Estado na proteção das relações familiares. Ao Estado importa garantir a possibilidade de autorrealização dos indivíduos, assegurando o ambiente e os meios propícios para que possam perseguir as suas próprias concepções de vida boa.

Assim, é um dever estatal proteger não apenas as famílias constituídas pelo casamento, mas qualquer entidade familiar que seja apta a contribuir para o desenvolvimento de seus integrantes. A conclusão seria então, que cônjuges e companheiros devem receber a mesma proteção quanto aos direitos sucessórios, pois,

independentemente do tipo de entidade familiar, o objetivo estatal da sucessão é garantir aos parceiros remanescentes meios para seguir com sua vida.

Consequentemente, percebe-se não haver alguma hierarquia constitucional entre as formas de constituição de família, que autorize a instituição de regimes sucessórios diversos em relação a elas.

A ilegitimidade da hierarquização das formas de famílias pode ser demonstrada a partir dos quatro elementos tradicionais de interpretação jurídica – o gramatical, o teleológico, o histórico e o sistemático – trazido por Barroso em seu voto.

Acerca da interpretação semântica, o CC/2002 estabelece, de forma inequívoca, que a família tem especial proteção do Estado, sem fazer qualquer menção a um modelo familiar que seria mais ou menos merecedor dessa proteção, não traçando qualquer diferenciação entre o casamento e a união estável para fins de proteção estatal.

Se o texto constitucional não hierarquizou as famílias para tal objetivo, o legislador infraconstitucional não deve fazê-lo.

Com relação a interpretação teleológica, tem-se que se o Estado tem como principal meta a promoção de uma vida digna a todos os indivíduos, e se, para tanto, a família desempenha um papel essencial, é natural concluir que o dever estatal de proteção não pode se limitar às famílias constituídas pelo casamento, estendendo-se a outras entidades familiares e igualmente capazes de contribuir para o desenvolvimento de seus integrantes.

Além disso, ao outorgar ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles conferidos ao cônjuge pelo art. 1.829, o CC/2002 produz lesão ao princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente.

A interpretação histórica do dispositivo constitucional aponta que, a partir do conteúdo da Constituinte de 1987/1988, percebe-se que a inspiração da norma do art. 226 da CF/1988 foi inclusiva, e não segregativa. Seu objetivo foi ampliar a proteção estatal às diversas configurações familiares (biológicas e afetivas) existentes de fato na sociedade, mas juridicamente desamparadas até então.

Ao final, sobre a interpretação sistemática, Barroso afirma: “a partir da interpretação conjunta de diversos dispositivos da Constituição de 1988 (e.g., arts. 205, 226, §7º, 227, 230), que trazem a noção de funcionalização da família, só será legítima a diferenciação de regimes entre casamento e união estável se não implicar hierarquização de uma entidade familiar em relação à outra, desigualando o nível de proteção estatal conferido aos indivíduos.”

Em suma, será arbitrária toda diferenciação de regime jurídico que busque inferiorizar um tipo de família em relação a outra, diminuindo o nível de proteção estatal aos indivíduos somente pelo fato de não estarem casados. Desse modo, a diferenciação de regimes entre casamento e união estável somente será legítima quando não promover a hierarquização de uma entidade familiar em relação à outra.

Encerrando, conclui-se que a facilitação da conversão da união estável em casamento não reflete suposta preferência hierarquizada do casamento em relação à união estável, mas sim, o desejo estatal de garantir maior segurança jurídica nas relações sociais.

Além de todos os argumentos expostos, o art. 1.790 do CC/2002 também viola o princípio da dignidade da pessoa humana como valor intrínseco, onde todos os indivíduos têm igual valor e por isso merecem o mesmo respeito e consideração.

Assim sendo proibido discriminações ilegítimas devido à raça, cor, sexo ou idade, e também devido à forma de constituição de família adotada.

Chegando ao término, o art. 1.790 promove uma involução na proteção dos direitos dos companheiros que viola o princípio da vedação ao retrocesso, o qual veda que, diante de uma mesma situação de fato, sejam implementadas involuções desproporcionais na proteção de direitos ou que atinjam o seu núcleo essencial.

Portanto, não há dúvida de que o regime sucessório dos companheiros estabelecido pelo novo Código Civil representou uma involução desproporcional na proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos que vivem em uniões estáveis.

Chega-se à conclusão de que o art. 1.790 do CC/2002 é incontestavelmente incompatível com a Constituição Federal, por afrontar à igualdade de hierarquia entre entidades familiares, extraída do art. 226 da Carta de 1988, e violar outros três princípios constitucionais, (i) o da dignidade da pessoa humana, (ii) o da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e (iii) o da vedação ao retrocesso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código Civil**, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União, Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 21 de janeiro de 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 de janeiro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 646.721/RS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 10 de maio de 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília (DF): 10 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 12698901>. Acesso em: 18 de dezembro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 878.694/MG. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 16 de abril de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília (DF): 16 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 8455573>. Acesso em: 28 de janeiro de 2018.

IBDFAM. **Julgamento do STF tem sete votos a favor pela inconstitucionalidade do artigo 1.790, que prevê diferenças entre cônjuge e companheiro quanto à herança**. 31 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6095/Julgamento+do+STF+tem+sete+votos+a+favor+pela+inconstitucionalidade+do+artigo+1.790%2C+que+prev%C3%AA+diferen%C3%A7as+entre+c%C3%B4njuge+e+companheiro+quanto+%C3%A0+heran%C3%A7a>> Acesso em: 15 de fevereiro de 2018.

VIII

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252 MS

*Ana Carolina Matos
Nely Adrielle Cruz
Karolaine Freitas
Rogério Carvalho*

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O recurso extraordinário exposto nesse relatório discute a existência de responsabilidade civil do Estado pelos danos morais em decorrência das condições degradantes que os encarcerados estão submetidos.

No caso concreto, foi movida uma ação em favor de um condenado a 20 anos de reclusão por crime de latrocínio, disposto no art. 157, § 3º, do CP. Tendo como objetivo o pagamento de indenização por danos morais, sob fundamento das péssimas condições a que está subordinado, na qualidade de preso, no estabelecimento prisional localizado no Município de Corumbá, Mato Grosso do Sul. O pedido foi julgado improcedente em primeiro grau, entretanto a Defensoria Pública recorreu contra acórdão do Tribunal de Justiça local (TJ-MS), alegando o direito à indenização, em virtude de o recorrente estar submetido a condições precárias, proveniente da superlotação carcerária. A partir disso, foi pleiteado o pagamento pelo Estado, de um salário mínimo enquanto perdurasse a precariedade no encarceramento.

A decisão recorrida, proferida em sede de embargos infringentes, viabilizou a reforma do acórdão da apelação para julgar o pedido improcedente e distanciou o dever de reparação, mesmo que tenha reconhecido a superlotação carcerária. Na apelação, O tribunal de Justiça local condenou o Estado a pagar uma indenização de 2,000. 00 (dois mil reais) em decorrência dos danos morais sofrido pela parte recorrente. Esse acórdão também foi utilizado como objeto do citado recurso extraordinário, sob alegação da Defensoria Pública de possível violação constitucional, especificamente, aos arts. 5 incisos III, X e XLIX, e 37, § 6º CF. Foi solicitado, assim, o provimento do recurso, para acolher o pedido formulado na demanda.

O recurso extraordinário, na sua gênese, teve seguimento negado, sob alegação de necessidade de reavaliação do conjunto fático probatório dos autos, esbarrando na súmula 279/STF. Contudo, o Min. AYRES BRITTO, relator original, em decisão proferida em 10/02/2010, concedeu provimento ao agravo de instrumento e decretou sua conversão em recurso extraordinário.

O relator do recurso foi o Senhor Ministro Teori Zavascki, o qual deu seu voto no sentido de provimento ao recurso extraordinário, sob a tese considerando o dever do Estado, estabelecido pelo sistema normativo, de assegurar que durante o encarceramento, o presidiário tenha padrões mínimos de humanidade, é de sua responsabilidade, previsto no art. 37, § 6º da Constituição Federal, o dever de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente gerados aos presidiários em virtude das péssimas condições do encarceramento, sendo fixada indenização de R\$ 2 mil. Abrindo divergência, os ministros Edson Fachin e Marco Aurélio adotaram a linha apresentada pela Defensoria Pública do Mato Grosso do Sul, aplicar indenização de um salário mínimo por mês de encarceramento em condições degradantes.

Em continuidade com a visão do relator:

É evidente, pois, que as violações a direitos fundamentais causadoras de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não podem ser simplesmente relevadas ao argumento de que a indenização não tem o alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado, que depende da definição e da implantação de políticas públicas específicas, providências de atribuição legislativa e administrativa, não de provimentos judiciais. Esse argumento, se admitido, acabaria por justificar a perpetuação da desumana situação que se constata em presídios como o de que trata a presente demanda (...) (MIN.TEORI ZAVASCKI, RE 580252/MS, p.14).

Após o provimento do recurso extraordinário pelo relator, Ministro Teori Zavascki, sendo acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes, pediu vista dos autos o Ministro Roberto Barroso. O julgamento foi retomado no dia 06/05/2015, com a apresentação da tese do ministro Barroso no sentido de que a indenização deveria ser em dias remidos, isto é, seria remido um dia para cada três a sete em que o encarcerado ficasse submetido a condições degradantes, isentando, nesse sentido, o surgimento de um problema fiscal. Nesse mesmo entendimento, seguiu os ministros Luiz Fux e Celso de Mello. Com voto-vista da ministra Rosa Weber, que temeu uma abertura a manutenção das condições precárias do sistema carcerário, direcionou o seu voto junto ao entendimento do Ministro Teori, no mesmo sentido também votaram a presidente, ministra Cármen Lúcia e o ministro Dias Toffoli.

Apesar das posições distintas adotadas entres os ministros, o Ministro Teori foi acompanhado pela maioria dos Ministros, vencendo os votos dos Ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Rosa Weber e a presidente do STF, ministra Cármen Lúcia, que serão apresentados com maior propriedade no decorrer desse artigo. Como resultado, mantiveram que o Estado de Mato Grosso do Sul indenizasse o preso em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Atentando para o exposto no transcorrer desse artigo serão abordados de maneira mais detalhada os relevantes argumentos dos votos proferidos dos ministros na decisão do Recurso Extraordinário RE 580252/MS, ademais será externalizada a opinião conjunta dos responsáveis pela elaboração deste trabalho.

2 ANÁLISE DOS VOTOS VENCEDORES

Cinco ministros a favor da indenização defenderam no julgado, a indenização dos presos, uma vez que tendo o Estado não cumprido com suas funções sociais de encarceramento deixam de exercer ou conceder direitos fundamentais aos presidiários. E cada um dos cinco ministros a seguir discorrem o motivo de seus votos serem a favor de um ressarcimento.

O Ministro Teori Zavascki - vota em favor do ressarcimento dos presos, justificando que, no caso dos autos é público e notório que a Vigilância Sanitária do município de Corumbá/MS, em diligência, ocorrida no ano de 2003, constatou que efetivamente há superlotação, além de outros inúmeros problemas de higiene, havendo, igualmente, até os riscos de transmissão de doenças. Ele diz que, é evidente, pois que as

violações a direitos fundamentais causadoras de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não podem ser simplesmente relevadas ao argumento de que a indenização não tem o alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado, que depende da definição e da implantação de políticas públicas específicas, providencias de atribuição legislativa e administrativa, não de provimentos judiciais. O que significa dizer que, a indenização não cobre as necessidades que ainda devem ser sanadas, mas, se faz necessária para reparar alguns danos ou abrir a oportunidade de recomeçar.

O ministro também defendeu ao decorrer da justificativa do seu voto que é a favor do ressarcimento, e conclui dizendo que, considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, 6 da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta de condições legais de encarceramento.

O Ministro não nega que a eliminação ou, pelo menos, a redução de violações à integridade e à dignidade da pessoa dos presos dependem da adoção de políticas públicas sérias e voltadas especificamente à obtenção de tais resultados. E disso não decorre, porém, que as violações causadoras de danos pessoais, mesmo morais aos detentores, ainda ocorrentes, devam ser mantidas impunes ou não passíveis de indenização, ainda mais nas circunstâncias fáticas descritas na presente causa, em que o próprio acórdão decorrido admite que o sistema mato-grossense lesa direitos fundamentais de presos.

O Ministro Gilmar Mendes – este diz que não há alternativa a não ser subscrever o voto de Teori. Mas iria propor- que não só se reconhecesse a repercussão geral, que já está reconhecida, mas que houvesse a comunicação dessa decisão às autoridades responsáveis, para que, de fato, não se possa alegar que estão inscientes da gravidade desse tema. Para ele a proposta que o ministro Teori traz, certamente deita luz sobre a gravidade do problema e sobre a necessidade de sinalizar a nossa irresignação. Porque esse é um capítulo todo, é um plexo de artigos frontalmente descumpridos. E há medidas, por exemplo, que estão ao alcance do Ministério Público, como essa de exigir que o Ministério da Justiça libere.

Ele diz que em relação ao tema e em respeito ao voto do ministro Barroso, gostaria de fazer algumas notas, que em princípio é de subscrição integral ao voto do

ministro Teori, pontuando que, a despeito do desafio enorme que se coloca, tendo em vista a generalização desse mal- e isso assusta, de fato, se diz segundo o ministro entre eles :“ah, mas todos nós com experiência de advocacia do Estado sabemos o impacto que haverá nas finanças do Estado”-, segundo ele o estado não deixa e pensar o impacto que isso terá sobre a economia do Estado, ainda que as indenizações que se fixem sejam modestas. É claro que isso certamente vai estimular o Ministério Público, a Defensoria Pública a pensar em ações coletivas, mas também numa agenda propositiva.

A Ministra Carmem Lúcia – Põe-se de acordo aos fundamentos que foram apresentados quanto ao dano evidentemente comprovado. Portanto há que se deixar indene, sem dano, o que não se tem o acordão recorrido, razão pela qual também está acompanhando no provimento. Reconhece também que é gravíssima a situação do Sistema Prisional Brasileiro. Carmem Lúcia diz que, está querendo cumprir, a Lei do Ventre Livre, que, no Brasil, continuava não sendo cumprida. Mas, por outro lado foram-lhe entregues 40 bibliotecas para as penitenciárias, dentro da ideia de que o Ministro Barroso dizia: com o estudo, com o ensino e com o trabalho daqueles que ensinam, poder-se fazer a remissão.

A despeito de todas as circunstâncias, ela tem que o que foi buscado neste processo, e este é um processo com repercussão geral, foi a indenização no sentido de fazer cessar o dano, que se deixa indene, pelas condições que foram pleiteadas. E, neste caso, como ele já está em regime de liberdade condicional, mesmo que se tenha a solução brilhantemente aventada pelo Ministro Roberto Barroso, não sabe, do que foi degradante no tratamento dado a ele, se poderia ainda ter essa situação, embora, passa-se, claro, auferir a indenização.

A Ministra Rosa Weber - rememora e vota positivamente aos trâmites processuais, não sem antes louvar os votos proferidos, pelo brilhantismo peculiar a seus prolores e pela sensibilidade com que abordaram questão de difícil equacionamento. A sentença de improcedência exarada na origem fora reformada pelo Tribunal de Justiça local, por sua Terceira Turma Cível, a julgamento de apelação, com a condenação do Estado do Mato Grosso do Sul, ao pagamento de indenização, em favor do ora recorrente, em parcela única de 2.00,00 (dois mil reais). A Ministra diz que com seu voto mais simples pode sim proferi-lo positivamente em favor da indenização.

O Ministro Dias Toffoli- parte da premissa que a partir do momento em que o Estado detém a custódia do cidadão, tem de resguardar-lhe a integridade física e moral;

de proporcionar ambiente que preserve a dignidade daqueles que um dia voltarão ao convívio social devem voltar ressocializados.

Ele diz que há para com os presos um tratamento desumano e degradante. Pouco importa se a sociedade, em relação àqueles que cometeram desvio de conduta, quer sangue. O Estado não pode atender a essa paixão da sociedade, implementar justiça a ferro e fogo, como se o condenado não fosse ser humano. Não há como fugir a essas premissas, conducentes a compelir o Estado a indenizar o preso pelos danos sofridos.

E para o Ministro Dias Toffoli, a indenização no valor de R\$ 2.000,00, é módica, se levar em conta que os prejuízos sofridos pelos presos são relevantemente desumanos. Na inicial da ação, apontou-se que, na data do ajuizamento ter-se-ia levado em conta o que se pretende como indenização, vencidas 32 parcelas correspondentes a um salário mínimo por mês.

Mas, o provimento do recurso não pode ser, como foi preconizado pelo Relator, simplesmente parcial para reestabelecer-se o contido no acórdão decorrente da apelação o provimento é para acolher o pedido formulado pela Defensoria Pública, a qual, no caso, representa os interesses do decorrente, formulado na petição inicial, que haja – e parece já ter cessado a situação desumano no tocante ao recorrente, porque está em livramento condicional – indenização pelo Estado considerado o valor de um salário mínimo por mês de custódia nas situações às quais referiu-se.

Então fica nítido que o seu voto provê o recurso na integralidade para acolher tal como se contém o pedido formulado na inicial da ação – diga-se que não se fez voltada a lograr o reconhecimento do direito à remissão-, mas a indenização pelo dano causado, julgando ele o pedido procedente.

3 ANÁLISE DOS VOTOS VENCIDOS

O Recurso Extraordinário 580.252/Mato Grosso do Sul dispôs da seguinte tese de repercussão geral:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em

decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.⁵⁰

Posto isto, cabe ressaltar que todos os ministros concordaram com os argumentos propostos a fim de responsabilizar o Estado. Todavia, o que gerou diferentes posições entre os ministros referiu-se à metodologia que seria utilizada para que houvesse o ressarcimento.

Como já dito no tópico anterior, a indenização em dinheiro e parcela única, estipulada em instâncias anteriores no valor de R\$ 2 mil, venceu com cinco votos - ministros Teori Zavascki, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e a presidente do STF, ministra Cármen Lúcia.

A Defensoria, ao ajuizar a ação ordinária de reparação de danos morais, alegou que o preso teria direito a indenização pelo fato de se encontrar em situação degradante, a qual decorre de superlotação, falta de estrutura do presídio, insalubridade e ausência de espaço físico mínimo nas celas. Alicerçado nesse argumento, a Defensoria pleiteou pela condenação do Estado do Mato Grosso do Sul ao pagamento de um salário mínimo mensal ao preso, pelo tempo que perdurasse o tratamento degradante e a excessiva população carcerária. Seguiram a linha proposta pela Defensoria os ministros Edson Fachin e Marco Aurélio.

Em seu voto, o ministro Edson Fachin fez ressalvas a respeito da criação de uma nova forma de se obter a remição de pena proposta pelo ministro Luís Roberto Barroso, a qual será analisada mais adiante.

[...] a divergência que se inaugura com o Ministro Luís Roberto Barroso é de saber se é possível, na ambiência de uma forma não pecuniária de indenização, estabelecer uma maneira de remição que, do ponto de vista de sua literalidade, não está prevista em lei. (MIN. EDSON FACHIN, RE 580252/MS, p. 152).

O ministro frisa, ainda, que a Lei de Execução Penal (LEP) traz em seu artigo 126⁵¹ somente duas possibilidades expressas que implicam na remição de pena, a saber, o trabalho e o estudo. Ora, se a Lei admite a remição por meio dessas duas possibilidades,

⁵⁰ Tese de repercussão geral disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/abrirTemasComTesesFirmadas.asp>>

⁵¹ Lei nº 7.210 – Execução Penal, art. 126: O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

“a Lei também poderia admitir remição por uma outra circunstância que tivesse uma dignidade jurídica, um estatuto jurídico de consideração situado neste patamar”⁵².

O supramencionado questiona, “[...] podemos nós, ou seja, pode o Poder Judiciário localizar um equivalente funcional não previsto em lei para estabelecer um modo de remição de pena que o legislador ainda não fez?”.

Diante desse questionamento, seu voto é pelo provimento do recurso, contudo, no que diz respeito à modalidade específica de indenização, o ministro Edson Fachin opta pela condenação da indenização pecuniária nas possibilidades constantes da petição pleiteada pela Defensoria.

Seguindo também essa linha, o Ministro Marco Aurélio, na sua argumentação, enfatizou os problemas carcerários a que os presos estavam sendo submetidos. Abordou também a proposta de remição trazida pelo ministro Barroso, no qual o supracitado afirma não poder o Supremo atuar como legislador positivo. Considerou a quantia de R\$ 2.000,00 “módica”, tendo em conta os prejuízos sofridos pelo recorrente, e por fim, votou pela indenização na forma proposta pela Defensoria Pública.

O provimento é para acolher o pedido formulado pela Defensoria Pública, a qual, no caso, representa os interesses do recorrente, formulado na petição inicial, que haja – e parece já ter cessado a situação desumana no tocante ao recorrente, porque está em livramento condicional – indenização pelo Estado, considerado o valor de um salário mínimo por mês de custódia nas situações às quais me referi. (MIN. MARCO AURÉLIO, RE 580252/MS, p.164).

O ministro Luís Roberto Barroso assentiu com o voto do relator Teori Zavascki quanto à responsabilização do Estado e o dever de indenizar o recorrente. Contudo, propôs uma forma de indenização não pecuniária reparando o dano por meio de remição de pena, a qual seria aplicada por analogia ao art. 126 da LEP.

O ministro explicou que eventual decisão do STF confirmando a possibilidade de indenização pecuniária acarretaria na deflagração de ações pelo Brasil todo, de presos requerendo tal indenização, recurso esse que poderia ser investido na melhoria do sistema.

[...] a entrega de uma indenização pecuniária confere uma resposta pouco efetiva aos danos morais suportados pelos presos. Afinal, o detento que postular a indenização continuará submetido às mesmas

⁵² Min. Edson Fachin, RE 580252/MS p. 152.

condições desumanas e degradantes após a condenação do Estado. [...] Ao lado disso, a reparação monetária muito provavelmente acarretará a multiplicação de demandas idênticas e de condenações dos Estados. (MIN. BARROSO, RE580252/MS, p. 45).

A solução proposta por Barroso foi uma reparação não pecuniária do dano moral. O ministro entende que uma compensação pecuniária confere uma resposta pouco efetiva aos danos suportados pelo recorrente, justamente porque aquele que postular a indenização continuará submetido às mesmas condições degradantes. Com tudo quanto exposto, Luís Roberto Barroso propõe que o recorrente seja indenizado por meio de remição de parte do tempo da pena, por analogia ao art. 126 da LEP, como já mencionado acima. Deve esse instituto ser executado com o mesmo *modus operandi* da LEP. Com a adoção dessa medida, afirma o ministro, ganha o preso, que reduz seu tempo de prisão, e ganha o Estado, que não necessita despende recursos financeiros com indenizações, as quais poderiam ser mais bem utilizadas no aperfeiçoamento do sistema. Caso o preso já tenha cumprido integralmente sua pena ou preso provisório que estivesse sujeito a condições desumanas, mas fosse posteriormente absolvido, nesses casos, caberia o ajuizamento de ação civil requerendo indenização por danos morais, ou seja, o ressarcimento em pecúnia.

Nessa linha, a solução que se propõe é a de que os danos morais causados aos presos em função da superlotação e de condições degradantes sejam reparados, preferencialmente, pelo mecanismo da remição de parte do tempo de execução da pena, em analogia ao art. 126 da Lei de Execução Penal, que prevê que “[o] condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena”. Vale dizer: a cada “x” dias de cumprimento de pena em condições desumanas e degradantes, o detento terá direito à redução de 1 dia de sua pena. Como a “indenização mede-se pela extensão do dano” 52, a variável “x”, isto é, a razão entre dias cumpridos em condições adversas e dias remidos, será fixada pelo juiz, de forma individualizada, de acordo com os danos morais comprovadamente sofridos pelo detento. (MIN. BARROSO, RE 580252/MS, p. 82-83).

A remição da Lei de Execução Penal consiste no direito do preso de reduzir o tempo de cumprimento da pena, em razão do trabalho ou do estudo. O instituto possui, assim, um sentido ressocializador. Busca estimular o interno a desenvolver atividades que lhe darão melhores condições de reingressar na sociedade. Já a remição penal aqui proposta é um mecanismo de reparação de danos. No entanto, ela deverá ser executada a partir

do mesmo *modus operandi* da LEP. (MIN. BARROSO, RE 580252/MS, p. 86)

Ao concluir seu voto, o ministro propôs a fixação de uma tese de repercussão geral a ser analisada, em consonância com o raciocínio por ele desenvolvido:

O Estado é civilmente responsável pelos danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas pela superlotação prisional e pelo encarceramento em condições desumanas ou degradantes. Em razão da natureza estrutural e sistêmica das disfunções verificadas no sistema prisional, a reparação dos danos morais deve ser efetivada preferencialmente por meio não pecuniário, consistente na remição de 1 dia de pena por cada 3 a 7 dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana, a ser postulada perante o Juízo da Execução Penal. Subsidiariamente, caso o detento já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição, a ação para ressarcimento dos danos morais será fixada em pecúnia pelo juízo cível competente”. (MIN. BARROSO, RE 580252/MS, p. 98).

Acompanhando o Ministro Luís Roberto Barroso na integralidade do seu voto, o Ministro Luiz Fux fundou seus argumentos na impossibilidade de penas cruéis, citando o art. 5º, inciso XLVII, alínea “e” da CF, bem como observando a preservação da integridade física (art. 5º, XLIX, CF/88), além do princípio da dignidade da pessoa humana. Afirma o Ministro Fux que “a forma como os presos são tratados e as condições das prisões brasileiras implicam numa visão inequívoca de que penas impostas no Brasil são cruéis”.

Em seu voto, menciona, ainda, a presença da remição de pena proposta pelo ministro Barroso, a qual considera uma proposta engenhosa e que tem sombra de juridicidade, na nova Lei de Execução Penal (LEP). Alega o ministro que essa proposta tem base legal no art. 8º do novo Código de Processo Civil⁵³, o qual tem base no princípio da juridicidade, além de possuir “sobrejuridicidade, porque a Lei nova prevê esse instituto”.

Fux conclui seu pensamento colocando em questão a onda de ações por indenizações ao Estado que possivelmente serão movidas, criando ônus excessivo sem, contudo, resolver a situação dos detentos.

⁵³ Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Se nós não temos dúvida sobre a responsabilidade, se nós temos a certeza de que, se a população carcerária como um todo, promover ações de dano moral de R\$ 2.000,00, criar-se-á um ônus financeiro extremamente expressivo para as entidades federadas, há de se reconhecer que a fixação de valores não será a solução mais onerosa e mais eficiente; ela será a mais onerosa e, no meu modo de ver, a menos eficiente.(MIN. FUX, RE 580252/MS, p. 159).

Nessa linha, o ministro Celso de Mello deu ênfase à omissão do Estado na esfera prisional, ressaltando a necessidade de se sanar essa omissão e destacando a subtração do direito do apenado a um tratamento digno e humano em estabelecimentos prisionais.

Com o mesmo pensamento do Ministro Barroso, Celso de Mello corroborou com o entendimento de que a indenização feita em dinheiro confere resposta pouco efetiva aos danos morais sofridos pelo ora recorrente, bem como causaria um inchaço de ações movidas no mesmo sentido, já que as colônias penais brasileiras ostentam uma situação dramática e cruel e se encontram “em completo divórcio com as declarações formais de direitos⁵⁴”.

Há, efetivamente, no Brasil, um claro e indisfarçável “estado de coisas inconstitucional” resultante da omissão do Poder Público em implementar medidas eficazes de ordem estrutural que neutralizem a situação de absurda patologia constitucional gerada, incompreensivelmente, pela inércia do Estado que descumpra a Constituição Federal, que ofende a Lei de Execução Penal e que fere o sentimento de decência dos cidadãos desta República.(MIN. CELSO DE MELLO, RE 580252/MS, p. 166).

O sentenciado, ao ingressar no sistema prisional, sofre uma punição que a própria Constituição da República proíbe e repudia, pois a omissão estatal na adoção de providências que viabilizem a justa execução da pena cria situações anômalas e lesivas à integridade de direitos fundamentais do condenado, culminando por subtrair ao apenado o direito – de que não pode ser despojado – ao tratamento digno.(MIN. CELSO DE MELLO, RE 580252/MS, p. 166).

Celso de Mello finaliza seu voto dando provimento ao presente recurso, reconhecendo ao detento o direito de ser indenizado pelos danos morais sofridos, porém a indenização por ele escolhida não seria por meio de pecúnia, mas sim, por meio de remição de parte do tempo de execução da pena, como preconizou o ministro Roberto Barroso.

⁵⁴MIN. CELSO DE MELLO, RE 580252/MS, p.168

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após uma análise minuciosa de todos os votos favoráveis e não favoráveis do RE: 580.252, os votos de dois ministros que votaram contra o pagamento de pecúnia aos presos em condições degradantes foram de maior ênfase na norma e nas teorias que abarcam a hermenêutica jurídica e também de interesse dos autores deste trabalho.

Dias Toffoli, favorável ao pagamento de indenização aos detentos em condições insalubres defendeu brilhantemente que a partir do momento em que o estado passa a ser responsável por alguém custodiado em uma casa de detenção, tem de resguardar a integridade física e moral do mesmo. Proporcionando-lhe um ambiente que preserve a dignidade, para que voltem ao convívio social ressocializados, objetivo principal das prisões.

Dessa forma o ministro baseia-se no Art. 5º da Constituição Federal de 1988, “XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”, e defende também a não proliferação de comportamentos vingativos propagados contra aqueles que cometeram desvios de conduta. O estado não deve atender aos apelos vingativos da sociedade, e sim balizar suas decisões no senso de justiça proposto nas normas em vigor no momento histórico em que cada situação se encontra.

É possível tomar esse voto favorável a indenização como base também para um posicionamento contrário, como foi defendido brilhantemente pelos ministros Luiz Fux e Celso de Melo. O estado, como determinado na Constituição Federal, deve sim ser responsável pelo ressarcimento dos danos, sejam eles moram ou físicos, comprovadamente causados aos seus custodiados, em decorrência da falta ou insuficiência de condições legais de encarceramento.

A possibilidade de indenização em dinheiro aos presos é uma hipótese arriscada de se por em prática dadas a quase exclusividade desse problema em quase todos os presídios brasileiros. Segundo dados do InfoPen (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias) de 2014,

Apesar de a taxa de ocupação em todas as Unidades da Federação ser superior a 100%, como mostra a figura 26, um terço das unidades prisionais têm ocupação menor que 100%. Ou seja, um em cada três estabelecimentos penais do país não custodia pessoas além de sua capacidade. Ao mesmo tempo, uma quantidade considerável de unidades tem superlotação superior à média brasileira. Em

aproximadamente um quarto das unidades (24%), há mais de dois presos para cada vaga. Em 63 unidades, a situação de superlotação é ainda mais acentuada: há quatro pessoas ou mais por vaga. Esse quadro reclama uma investigação mais aprofundada dos critérios utilizados para a distribuição de pessoas entre os estabelecimentos. Dado que os estabelecimentos prisionais têm capacidades de ocupação distintas, não é suficiente averiguar apenas o número de estabelecimentos prisionais com déficit de vagas. Para uma análise da situação da Unidade da Federação em relação à distribuição de vagas, é importante constatar, também, quantas pessoas se encontram em situação de superlotação (ou seja, em unidades com déficit de vagas).⁵⁵

O ministro Fux defendeu que um ônus excessivo será criado e a situação dos detentos continuaria sem solução. O ministro reconheceu que o estado deve sim ser responsável por não garantir que as prisões deem condições mínimas de convívio para ressocialização, mas a promoção de ações morais no valor de dois mil reais criará um ônus financeiro extremamente expressivo para as unidades federais, afundando o Estado também num problema financeiro de proporções enormes como o que já existe.

No campo dos estudos da hermenêutica jurídica o tema remete-nos ao processo de aplicação da lei, efetivado pelo judiciário. Nessa ótica, só faz sentido a interpretação da lei, tendo em vista um problema que necessite de uma solução geral, solução essa baseada em estudos, na aplicação da norma e em estudos de viabilidade, no caso do tema em questão, viabilidade econômica. O poder-dever do aplicador da norma, após uma análise interpretativa e de confrontação da norma com os fatos, e restando ainda alguma indefinição quanto a hipótese legal, fazer uma apreciação subjetiva para estabelecer qual é, no caso concreto, a decisão que melhor atende a vontade da lei.

O ministro Fux conclui brilhantemente de modo a reforçar o seu voto contrário utilizando o argumento de que a Constituição brasileira é respeitada no que tange a não aplicação de penas cruéis no Brasil, mas que devem sim ser respeitadas a integridade física e moral dos detentos, sendo no mínimo respeitado o princípio da dignidade humana. A proposta de remição da pena, também acatada pelos autores deste trabalho como a mais plausível e lógica de ser posta em prática, considerada “engenhosa” e com “sombra de juridicidade”. Uma enxurrada de ações seria movida contra o Estado e a situação degradante dos presídios brasileiros continuaria sem resolução.

⁵⁵Infopen - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>.>acesso em: 10 de jan de 2018

O ministro Celso de Melo, na justificativa do seu voto contrário a indenização pecuniária defendeu que o pagamento seria uma resposta pouca efetiva ao tratamento da resolução desse problema latente. O estado de coisas fora do que determina a Constituição é absurdo, por conta da omissão dos poderes públicos, numerada pelo ministro como uma “patologia constitucional” gerada pela inércia do Estado que descumpra a lei e ofende o cidadão. A partir do momento que um réu é condenado e preso ele não pode ter seus direitos subtraídos e ser despojado de um tratamento digno, conforme defendeu o próprio ministro.

O princípio da dignidade humana, considerado um dos mais importantes de mais difícil compreensão dada a sua amplitude, generalidade e por ser intrínseco da pessoa, irrenunciável e inalienável, promove a proteção do cidadão para que possa viver uma vida sem desrespeito em um Estado democrático onde a dignidade é um dos ideais mais importantes para a democracia e um dos fundamentos da república. Também é amplamente discutido nos campos da teoria do direito e da hermenêutica. A importância desse princípio é decisiva para o direito, pois em todos os ramos jurídicos, podem ser encontradas razões parciais que justificam este relevo normativo, reconhecendo o ser humano como centro e fim do direito e princípio matriz da Constituição, tanto para direitos positivos e negativos. Deve-se reconhecer a força normativa desse princípio, dotado de plena eficácia nas relações públicas e privadas, seja na perspectiva abstrata do direito objetivo, seja na dimensão concreta de exercício de direitos subjetivos pelos cidadãos.

A relação jurídica exposta no recurso extraordinário em análise reforça que o Estado tem por obrigação garantir o bem estar de todos os cidadãos, assegurando-lhe uma vida digna, com condições básicas de sobrevivência, muitas vezes se exime de responsabilidades claras, fazendo que aquilo que está proposto na Carta Magna nos casos concretos que deveriam ser balizados na forma prevista em lei.

O apenado de 41 anos de idade, afirmou que viveu 7 anos do seu regime fechado em situação degradante e desumana no presídio de Corumbá, MS. Foi condenado a vinte e um anos de reclusão pelo crime de latrocínio, alegava viver em condições desumanas, pois dormia com a cabeça escorada em uma latrina devido à superlotação da cela com condições péssimas de higiene e saúde, ventilação e iluminação, característica conhecida por todos como uma realidade constante nas penitenciárias brasileiras.

O valor proposto para indenizar detentos em condições semelhantes se revertido para a melhoria das casas de detenção e na prevenção de novos crimes, talvez

aproximaríamos presídios brasileiros do objetivo que deveriam ter de ressocializar seus internos. Não faz sentido indenizar este preso por viver em condições insalubres e o mesmo continuar vivendo nas mesmas condições insalubres.

Diante de tal decisão que foi favorável ao réu do presídio de Corumbá, o Estado do Mato Grosso do Sul terá de pagar a indenização pedida pelo detento. É fato que a solução encontrada pelo STF não modificará a situação do sistema carcerário e muito menos minimizar as sequelas enraizadas nas vidas de todos que passam pela maioria dos presídios brasileiros. A situação é preocupante. O Estado se exime da maioria de suas atribuições diante desse quadro de insegurança, e só faz o que a obrigação de fazer, quando é obrigado a fazer pelo Supremo Tribunal, quando deveria seguir a Constituição Federal e a Lei de Execuções Penais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2017, p.14

BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 01/02/2018

BRASIL. LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em 01/02/2018

_____. Infopen - **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>.> acesso em: 10 de jan. de 2018

IX

JULGADO DA MEDIDA CAUTELAR ADPF 186: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA HERMENÊUTICA

*Abílio Pereira
Gledson Silva
João Paulo Barreto
Láionel Queiroz*

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar o julgado da Arguição de Desrespeito a Preceito Fundamental nº 186 pelo STF, que se refere ao programa de cotas adotado por universidades públicas, no caso específico a Universidade de Brasília que sofreu ação pelo partido DEM pedindo suspensão liminar das matrículas de alunos aprovados por cotas.

O debate sobre as cotas raciais para ingresso em universidades públicas é bastante polêmico, uma vez que envolve direitos fundamentais conforme encontra-se expressamente na Constituição Federal Art. 6º “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção aos desamparados, na forma desta constituição”, Art. 205 “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família será promovida e incentivada com a

colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa (...)", dentre outros.

Tendo em vista o contexto de desigualdade ao acesso à educação, principalmente ao nível superior, no Brasil, fato que se explica dentre outros fatores sociais pelo seu histórico escravocrata e ausência de políticas públicas inclusivas para maioria pobre da população, as cotas surgiram como forma de reparação, ou ao menos uma tentativa de amenizar a segregação existente no âmbito educacional. Todavia, setores conservadores da sociedade e da política tecem fortes críticas à medida implementada pelo governo. Temos, assim, como fato exemplificador a tentativa de suspensão liminar do programa por meio da ADPF 186 ajuizada em 21 de julho de 2009 pelo partido Democrata (DEM) alegando inconstitucionalidade perante o STF do sistema implantado pela Universidade de Brasília (UNB), o qual previa direito a 20% das vagas reservadas a candidatos negros.

A peça inicial defende, em síntese, que "(...) na presente hipótese, sucessivos atos estatais oriundos da Universidade de Brasília atingiram preceitos fundamentais diversos, na medida em que estipularam a criação da reserva de vagas de 20% para negros no acesso às vagas universais e instituíram verdadeiro 'Tribunal Racial', composto por pessoas não-identificadas e por meio do qual os direitos dos indivíduos ficariam, sorrateiramente, à mercê da discricionariedade dos componentes, (...)” (fl. 9). (MED. CAUT EM ADPF 186, 2009)

Segundo alega o partido, o descumprimento a preceitos fundamentais são os seguintes:

Os advogados do partido ressaltam que estão sendo violados diversos preceitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988. São eles: os princípios republicano (artigo 1º, caput) e da dignidade da pessoa humana (inciso III); dispositivo constitucional que veda o preconceito de cor e a discriminação (artigo 3º, inciso IV); repúdio ao racismo (artigo 4º, inciso VIII); Igualdade (artigo 5º, incisos I), Legalidade (inciso II), direito à informação dos órgãos públicos (XXXIII), combate ao racismo (XLII) e devido processo legal (LIV). Além disso, seriam feridos os princípios da legalidade, da impessoalidade, da razoabilidade, da publicidade e da moralidade, corolários do princípio republicano (artigo 37, caput); direito universal à educação (artigo 205); igualdade nas condições de acesso ao ensino (artigo 206, caput e inciso I); autonomia universitária (artigo 207, caput); princípio meritocrático – acesso ao ensino segundo a capacidade de cada um (artigo 208, inciso V). (STF, 2018).

Conforme entendimento do partido sobre o caso, as cotas é uma ação ilegítima por privilegiar determinado setor social preterindo outros por questões de “raça” o que fere vários princípios e dispositivos, conforme visto acima. Traz ainda os seguintes pedidos:

Por essas razões, o partido pede a concessão da medida liminar pelo STF a fim de suspender a realização da matrícula dos alunos aprovados mediante o sistema universal e o sistema de cotas para negros na Universidade de Brasília, que acontecerá nos próximos dias 23 e 24 de julho de 2009. Requer que o Cespe divulgue nova listagem de aprovados, a partir das notas de cada candidato, independentemente do critério racial, determinando que somente após essa divulgação os alunos realizem a matrícula, obedecendo à classificação universal.

Pede que o Cespe abstenha-se de publicar quaisquer editais para selecionar e/ou classificar candidatos para ingresso na universidade com acesso diferenciado baseado na raça. Também solicita que o Cespe/UnB não pratique “qualquer ato institucional racializado para tentar identificar quem é negro dentre os candidatos, suspendendo a Comissão Racial instituída pelo item 7 e subitens, do Edital nº 2/2009, Cespe/UnB”.

Por fim, pede para que juízes de tribunais de todo o país, tanto da Justiça Federal quanto da estadual, suspendam imediatamente todos os processos que envolvam a aplicação do tema cotas raciais para ingresso em universidades, até o julgamento definitivo da ADPF, “ficando impedidos de proferir qualquer nova decisão que, a qualquer título, garanta o acesso privilegiado de candidato negro em universidade em decorrência da raça”. Assim, requer que sejam suspensos, com eficácia *ex tunc* (retroativa), os efeitos de qualquer decisão que tenham garantido a constitucionalidade das cotas raciais implementadas pela Universidade de Brasília. (STF, 2018).

Percebe-se no pedido do partido que o interesse precípua é de tornar nulo todo ato pautado em questões que tragam o viés racial como critério de seleção de candidato e que tal decisão seja proferida com eficácia *ex tunc* tornando nulo o ato desde o seu nascimento e desfazendo os efeitos gerados até então.

Dessa forma, busca-se aqui analisar o julgado pela Suprema Corte da Arguição observando os posicionamentos de cada ministro sobre a legitimidade da ADPF dando enfoque aos critérios hermenêuticos adotados e buscar entender a conclusão dada ao assunto.

O ato de julgar do magistrado é ação que vai além da simples interpretação de normas e dispositivos, mais do que sua mera aplicação ou subsunção, faz parte de uma dinâmica que traz consigo a necessidade da compreensão de cada caso em seu contexto individual com suas especificidades e nuances inerentes. Ou seja, faz-se necessário o

movimento da Hermenêutica que visa aproximar-se ao máximo da verdadeira essência das coisas pelo entendimento do ser em seu meio, do ser aí.

Pode-se dizer que o Dasein é o ente que compreende o ser, o que significa compreendê-lo em sua existência e entender a existência como possibilidade sua, de ser ou de não ser si mesmo, com a qual está concernido. Se o Dasein é um ente, é um ente que põe em jogo o seu próprio ser.

Como nos mostra a filosofia heideggeriana, o Dasein é a compreensão do ser na vida vivendi, é a compreensão do ser-aí no mundo. Portanto, é pensando com fundamento nesse entendimento filosófico sobre existência que analisaremos os posicionamentos dos Ministros se favoráveis ou contrários à demanda do partido político.

2 VOTOS FAVORÁVEIS À CONSTITUCIONALIDADE

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) número 186, foi julgada improcedente por unanimidade dos votos. Os ministros acompanharam a posição iniciada pelo relator Ricardo Lewandowski.

A votação iniciou-se com o voto do magistrado Ricardo Lewandowski, que também foi relator da ação. A fundamentação do ministro foi pautada na pluralidade e diversidade. Para o excelentíssimo, as políticas de ação afirmativa promovidas pela UnB (Universidade de Brasília) estabelecem um ambiente acadêmico plural diversificado, tem por objetivo superar as distorções sociais historicamente consolidadas.

O relator, em seu acórdão, detalhou a dualidade entre a igualdade formal e material.

Artigo 5º, caput, da Constituição. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Nesse sentido, o princípio da isonomia foi proclamado na Constituição com o objetivo de aferir não somente igualdade formal, mas também igualdade material. Foi, nesse diapasão, que o excelentíssimo Ricardo Lewandowski argumentou, proferindo que é importante assegurar a igualdade material levando em consideração razões naturais, sociais, culturais, sociais, econômicas ou até mesmo acidentais. De acordo como

magistrado, para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

Com fulcro na fundamentação do relator, é necessária, também, a aplicação da justiça distributiva, sustentando-se na tese desenvolvida pelo teórico John Rawls. Para o supracitado, só a justiça distributiva permite superar as desigualdades que ocorrem na realidade fática, mediante uma intervenção estatal determinada e consistente para corrigi-las, realocando-se os bens e oportunidades existentes na sociedade em benefício da coletividade como um todo. Portanto, a técnica de distribuição de justiça objetiva promover a inclusão social de grupos excluídos, especialmente daqueles que, historicamente, foram compelidos a viver na periferia da sociedade.

O ministro menciona a Carta Magna para dar mais fundamentação ao seu voto.

Artigo 37, inciso VIII da Constituição. A lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá critérios de sua admissão.

Cabe ressaltar que a Carta Magna definiu a reserva de um percentual dos cargos e empregos públicos para pessoas com deficiência. Logo, não há que se falar em ofensa a preceito fundamental, visto que não lhe é estranho à constituição a política de reserva de vagas. Ou seja, a reserva de vagas é expressa na Constituição.

Portanto, as medidas adotadas pela UnB revelam, nos dizeres de Ricardo Lewandowski, “proporcionalidade e a razoabilidade no concernente aos meios empregados e aos fins perseguidos. São transitórias e preveem a revisão periódica de seus resultados, e empregam métodos seletivos eficazes e compatíveis com o princípio da dignidade humana, julgo improcedente esta ADPF”.

Seguindo a mesma linha, o ministro Luiz Fux proferiu sua fundamentação no sentido de que o Estado tem uma “dívida” em relação aos negros. O supracitado fala em danos pretéritos do país para com os afrodescendentes. O excelentíssimo cita como base de sua argumentação um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.

Artigo 3, inciso I. Construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Além disso, o magistrado discorre de vários diplomas normativos como Lei 9.394/1996 (Lei das Diretrizes e Base da Educação Nacional), que preconiza o dever do Estado com a educação, inspirada nos princípios da liberdade e na solidariedade humana.

Art. 2º, da Lei 9.394/1996. A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Assinalou, também, a Lei 10.712/2001 que tem por diretriz (diretriz X) a difusão dos princípios da equidade, do respeito à diversidade e a gestão democrática da educação. São também diretrizes da referida Lei:

- I - erradicação do analfabetismo;
- II - universalização do atendimento escolar;
- III - superação das desigualdades educacionais;
- IV - melhoria da qualidade do ensino;
- V - formação para o trabalho;
- VI - promoção da sustentabilidade socioambiental;
- VII - promoção humanística, científica e tecnológica do País;
- VIII - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto;
- IX - valorização dos profissionais da educação;

O ministro Luiz Fux anotou ainda, nos dizeres de Clenio Jair Schulze, a Lei 10.558/2002, que criou o Programa Diversidade na Universidade, no âmbito do Ministério da Educação, que também trata da promoção do acesso ao ensino superior de pessoas pertencentes a grupos socialmente desfavorecidos, tais quais os afrodescendentes e os indígenas; a Lei 10.678/2003, que criou a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, e o Decreto-Lei 65.810/69, que promulgou a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Sustentou, ainda, que as cotas raciais cumprem o dever constitucional que atribui ao Estado a responsabilidade com a educação, assegurando “acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”.

Por sua vez, a ministra Rosa Weber, em consonância com o ministro Luiz Fux, reafirmou que cabe ao Estado “adentrar no mundo das relações sociais e corrigir a desigualdade concreta para que a igualdade formal volte a ter o seu papel benéfico”. Nesse

sentido, percebe-se que a magistrada impõe uma ponderação entre a igualdade formal e igualdade material, admitindo que aquela perdeu seu papel benéfico quando não há observação desta. Adepta ao sistema de cotas, Rosa Weber assegura que tal sistema é importante para a ampliação de negros no ensino superior. Assim, pluralizando e democratizando a representatividade social no ambiente universitário. “Quando o negro se tornar visível nas esferas mais almeçadas das sociedades, política compensatória alguma será necessária”.

Em sua descrição de voto, Cármen Lúcia profere no sentido de não haver ofensa à Constituição o sistema de cotas, ou seja, há compatibilidade entre a Carta Magna e a fixação de cotas. Nesse sentido, a supracitada observa que a política de cotas é uma medida que observa a proporcionalidade (assegura uma proporção em relação à diversidade no ensino superior) e observa a função social na universidade. “As ações afirmativas não são a melhor opção, mas é uma etapa. O melhor seria que todos fossem iguais e livres”. Assim, as políticas compensatórias precisam estar acompanhadas de outras políticas para não caracterizar preconceito, estabelecendo transitoriedade.

Em consonância com os votos dos ministros que lhes antecederam, o Ministro Marco Aurélio fundamenta toda sua análise apontando para o argumento da igualdade material. Nesse sentido o mesmo abre sua fala com a seguinte tônica:

As Constituições sempre versaram, com maior ou menor largueza, sobre o tema da isonomia. Na Carta de 1824, apenas se remetia o legislador ordinário à equidade. Na época, convivíamos com a escravatura, e o escravo não era sequer considerado gente. Veio a República e, na Constituição de 1891, previu-se, de forma categórica, que todos seriam iguais perante a lei. Mais do que isso: eliminaram-se privilégios decorrentes do nascimento; desconhecera-se foros de nobreza, extinguiram-se as ordens honoríficas e todas as prerrogativas e regalias a elas inerentes, bem como títulos nobiliárquicos e de conselho. Permanecemos, todavia, com uma igualdade simplesmente formal. (ACORDÃO ADPF 186, 2012).

A partir do paradigma da igualdade formal, o ministro faz uma digressão histórica à luz de todas as constituições brasileira, de modo a apontar como o texto constitucional, bem como as várias leis ordinárias reconhecem o tema da isonomia formal. Para tanto, Marco Aurélio também se vale dos aparatos legais que versam sobre igualdade, ao combater a discriminação e preconceito para demonstrar que não basta apenas está gizado na lei a igualdade material. Mas é preciso também assegurar esse direito, a fim de que não seja apenas “letra morta”.

Por isso, o ministro reconhecer a necessidade de se pensar os direitos fundamentais para além do campo formal. Nesse sentido corrobora a importância das políticas afirmativas. Pois sem as quais a igualdade material jamais será alcançada. Desta feita, o ministro se vale das palavras da Carmen Lúcia para endossar seu voto favorável a constitucionalidade, elevando assim as políticas afirmativas como o meio mais positivo para se alcançar a igualdade material. Assim Carmem Lúcia destaca que:

A ação afirmativa é um dos instrumentos possibilitadores da superação do problema do não cidadão, daquele que não participa política e democraticamente como lhe é na letra da lei fundamental assegurado, porque não se lhe reconhecem os meios efetivos para se igualar com os demais. Cidadania não combina com desigualdade. República não combina com preconceito. Democracia não combina com discriminação. E, no entanto, no Brasil que se diz querer republicano e democrático, o cidadão ainda é uma elite, pela multiplicidade de preconceitos que subsistem, mesmo sob o manto fácil do silêncio branco com os negros, da palavra gentil com as mulheres, da esmola superior com os pobres, da frase lida para os analfabetos... Nesse cenário sócio-político e econômico, não seria verdadeiramente democrática a leitura superficial e preconceituosa da Constituição, nem seria verdadeiramente cidadão o leitor que não lhe rebuscasse a alma, apregoando o discurso fácil dos igualados superiormente em nossa história feita pelas mãos calejadas dos discriminados. (ACORDÃO ADPF 186, 2012).

O Seguindo o mesmo entendimento dos outros ministros, Gilmar Mendes também proferiu voto favorável a constitucionalidade das cotas. Positivou as ações afirmativas como um meio para se atenuar as desigualdades materiais. No entanto fez ressalvas quanto à sua aplicação, avaliação, bem como a sua duração. Então, segundo o ministro:

o programa de ação afirmativa não objetiva a eliminação completa de desigualdades, mas o aumento da igualdade de oportunidades em um segmento específico. Exatamente por isso tem condições e deve ser estabelecido por um período que pareça razoável, de acordo com os dados disponíveis, para contrabalançar situações entendidas como desfavoráveis. Para tanto, tão importante quanto definir prazos e metas é submeter o programa a avaliações empíricas rigorosas e constantes. As instituições que adotam o sistema de cotas devem realizar avaliações periódicas sobre o desempenho dos seus alunos cotistas, não apenas em relação a notas, mas a eventuais dificuldades por eles enfrentadas. Também deve ser ouvido o corpo docente, inclusive para verificar como os professores avaliam os cotistas e evitar possíveis tratamentos diferenciados que visem evitar reprovação excessiva de alunos cotista [...] No que tange às ações Afirmativas, de qualquer forma, é evidente que essas avaliações devem ser realizadas de acordo com métodos

transparentes e apresentadas de forma clara a toda sociedade. Não se trata, aqui, de não respeitar o sigilo das notas de alguns alunos, mas de apresentar relatórios do desempenho geral dos cotistas, inclusive para que eventuais falhas detectadas no processo sejam corrigidas e para que se possa acompanhar se o programa de ação afirmativa tem logrado – e em que velocidade – atingir sua finalidade. Na qualidade de medidas de emergência ante a premência de solução dos problemas de discriminação racial, as ações afirmativas não constituem subterfúgio e, portanto, não excluem a adoção de medidas de longo prazo, como a necessária melhora das condições do Ensino Fundamental no Brasil. (ACORDÃO ADPF 186 2012).

3 CONCLUSÃO

A decisão dos ministros favorável à constitucionalidade das cotas reafirmou o texto constitucional em seu vários artigos e incisos que versam sobre a temática. Assim, assegurar a constitucionalidade das cotas foi, em outras palavras defender os princípios e fundamentos do Estado Brasileiro. Tais como:

Art 1º O Estado Democrático de Direito fundamentado na:

II- Cidadania;

III – Dignidade da Pessoa Humana

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa : I- Construir uma sociedade livre, justa e solidária; II- Prevalência dos direitos humanos;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade , à segurança e a propriedade, nos termos seguintes (EC nº 45/2004)

Nesse sentido todas as análises que fundamentaram os votos favoráveis a política de ação afirmativa: “cotas”. Repousaram à luz do texto constitucional. Uma vez que a própria constituição assegura que as “liberdades positivas” é um dever e um fazer do Estado. Por se tratarem de um direito fundamental de segunda dimensão, a exemplo do direito à saúde e educação. Ou seja, direitos com valores prestacionais. Porém, ao longo da história esses direitos, por mais que escritos, em todas as constituições brasileiras não se tornou efetivo aos negros. Com isso, o fosso de desigualdade racial só aumentou. A reflexão disso pode ser vista nos grandes índices de analfabetismo, evasão escolar; nas elevadas taxas de desemprego, bem como nos baixos números de negros que têm acesso ao nível superior.

Diante deste cenário se fez necessário um amplo debate sobre política de ações afirmativa. Pois, ao longo do tempo o Estado brasileiro cessou os direitos daqueles em condições de vulnerabilidade social. Acentuando, assim, um país cada vez mais desigual. Mas a partir de 2007, ano de implementação das cotas nas universidades públicas, o Estado começou a acertar as contas com a história. Para isso, foi preciso uma reflexão competente da realidade, de modo a reparar uma das maiores injustiças da história: direito à educação aos negros negados ou mitigados.

Mas, após essa data olhares e discursos contrários emergiram na tentativa de deslegitimar o projeto de lei que instituía cotas para negros em universidades públicas. Nesse sentido O Democratas (DEM) ajuizou uma ação em 2009, na qual segundo o partido as cotas estariam contrarias aos preceitos fundamentais da constituição federal de 1988. Desta feita, o STF decidiu apreciar a matéria no ano de 2012 e julgou por unanimidade dos votos precedente a constitucionalidade das cotas. Portanto, cada voto proferido pelos diferentes ministros do STF foi justificado lançando mão do texto constitucional e da leitura da história brasileira de mais de um século de escravidão, negação e falta de concretude das leis. Por isso, no julgamento à luz da constitucionalidade ou não das cotas estava presente um conflito. Logo, Segundo Eduardo Couture: “Teu dever é sempre lutar pelo Direito, mas se algum dia encontrares o Direito em conflito com a justiça lute pela justiça”. Os onze ministros lutaram pela justiça. E justiça venceu.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/ADPF186.pdf>>. Consulta em 15/01/2018.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=110990>> Consulta em 15/01/2018.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO. Capítulo III – Da Educação, da Cultura e do Desporto, Seção I – Da Educação p. 60, Capítulo II – Dos Direitos Sociais p. 11.

ALMEIDA, Rogério Tabet de. **A HERMENÊUTICA-ONTOLÓGICA HEIDEGGERIANA.** Disponível em http://www.faa.edu.br/revistas/docs/RID/2012/RID_2012_22.pdf Consulta em 15/01/2018.

ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 693456 RJ

*Isabela Cardoso Brito
Kadjon Luz Farias
Suzana Ribeiro Souza*

1 INTRODUÇÃO

Trata-se de Recurso Extraordinário de número 693.456, com repercussão geral reconhecida, contra acórdão proferido pela Décima Sexta câmara civil do Tribunal de Justiça do Rio De Janeiro.

No julgamento em questão foi debatido também, enquanto questão de ordem, cuja relevância deve ser destacada, no sentido da possibilidade ou não de haver desistência do mandado de segurança, que foi requerido pelo impetrante neste processo, sendo fixada a tese da impossibilidade da mesma em qualquer ação ou recurso após o reconhecimento de repercussão geral da questão constitucional.

Retornando ao objeto central da lide, que teve início quando, fundamentado no art 37, VII os servidores da a Fundação de apoio à escola técnica, FAETEC, impetraram mandado de segurança para assegurar direito de greve do servido público estadual, em razão do desconto em folha de pagamento dos impetrantes em virtude de sua ausência ao trabalho, durante a greve correspondente ao período compreendido entre 14/03/06 a 08/05/06.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.⁵⁶

Denegada a segurança, em sentença de primeiro grau, não sendo reconhecido direito líquido e certo, decidindo pela legalidade do ato administrativo referente aos descontos efetuados nos contracheques dos impetrantes.

Feita a apelação, esta foi provida e por maioria dos votos foi determinado que a impetrada se abstinhasse de proceder o desconto ou caso já tivesse sido lançada a folha de pagamento, deveria proceder a expedição folha de pagamento suplementar referentes aos valores descontados.

Opostos embargos de declaração, pela FAETEC, foram rejeitados. Ato contínuo, foram, simultaneamente, interpostos os recursos especial e extraordinário foram negados pelo Tribunal Estadual fluminense. Houve interposição de agravo junto ao Supremo Tribunal de Justiça, sendo este improvido pela corte, ocorrendo o trânsito em julgado.

Ao interpor recurso a parte recorrente alegou haver contradição art. 37, inciso VII, vide citação anterior, e o art. 100 de nossa Carta Magna. Aduz que a paralização realizada pelos recorridos não se configurou com um direito legítimo de greve, uma vez que a paralização causou um grave prejuízo à continuidade das atividades educacionais da rede pública de ensino.

Art. 100. Caput. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.⁵⁷

Alega que o direito de greve não é absoluto, e que enquanto não houver legislação específica que venha a regulamentar-lo o desconto na folha de pagamento e atribuição de falta ao serviço nos apontamentos funcionais são legítimos.

⁵⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.1988.

⁵⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.1988.

Por fim, afirma que é impossível a eventual devolução dos valores por meio de folha suplementar, uma vez que tal restituição deverá ser feita nos termos do sistema de precatórios.

Processado sem contrarrazões, conforme explano anteriormente, o recurso extraordinário não foi admitido a origem, subindo aos autos para a corte do Supremo Tribunal Federal, STF, em razão da decisão proferida nos autos do Agravo instrumental nº 853.275/RJ⁵⁸, convertido neste.

A procuradoria Geral da República, representada pelo subprocurador Geral da República, Dr. Wagner de Castro Mathias Netto por seu não conhecimento, e supletivamente, pelo seu não provimento.

Havendo a decisão, em plenário virtual, foi configurado tema nº 531 da gestão por temas da repercussão geral no portal do STF, examinando a possibilidade ou não de desconto na folha pelos dias não trabalhados, no período de greve, ante a falta de norma regulamentadora, à luz dos arts. 5º, XXI, LIV e LV, 7º, VI, 9º, e 37, caput e VII, da Constituição Federal.

Declarada a repercussão geral, o Ministério Público pediu novas vistas e O Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, emitiu novo parecer pelo parcial conhecimento e, nessa parte, pelo desprovimento do recurso extraordinário.

Seguindo as diretrizes de casos similares Foram admitidos na condição de *amici curiae*: a Confederação dos Trabalhadores no Serviço Público Federal (CONDSEF), o Estado de São Paulo, da Federação de Sindicatos de Trabalhadores das Universidades Brasileiras (FASUBRA), a Federação Nacional dos Servidores do Judiciário nos Estados (FENAJUD), a Federação Nacional dos Sindicatos de Trabalhadores em Saúde, Trabalho e Previdência Social (FENASPS), a Federação Nacional dos Trabalhadores do Judiciário Federal e Ministério Público da União (FENAJUFE) e a União.

Por fim, seis votos a quatro, foi fixada a seguinte tese:

A administração pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre, permitida a compensação em caso de acordo. O desconto

⁵⁸ A Fundação de Apoio à Escola Técnica, FAETEC, interpôs agravo de instrumento contra a decisão que não admitiu recurso extraordinário assentado na alínea a do permissivo constitucional.

será, contudo, incabível se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público.⁵⁹

De forma que o Recurso foi provido em parte pela suprema corte.

2 ANÁLISE DOS VOTOS VENCEDORES

De início, o Excelentíssimo Ministro Dias Toffoli, relator, procede com o breve retrospecto sobre a sentença em primeiro grau, a qual não considerou a ilegalidade do ato administrativo de proceder com às anotações de faltas nos assentamentos funcionais e os descontos nas folhas de pagamento durante movimento grevista. Do mesmo modo, o relator destaca a ausência de questionamento da controvérsia relativa à forma de pagamento dos valores devidos aos recorridos, que estaria prevista no artigo 100 da Constituição Federal.

Pode-se observar que o relator, para fornecer alicerce ao voto, recorre a uma análise histórica do entendimento e aceitabilidade da greve, elencando a primeira referência histórica proveniente do Egito no século XII a. C., o período da revolução industrial no século XVIII e, por fim, o surgimento desse instituto no código penal brasileiro de 1890, taxando tal conduta como crime. Todavia, conclui o relator que a greve se tornou um direito social com a carta magna de 1988, que também reconheceu, de forma explícita em seu art. 37, inciso VII, a possibilidade de greve para funcionários públicos civis, condicionando-a a regulação por lei complementar futura.

Dessa forma, no decorrer do voto o Ministro alude a divergência entre as relações empregatícias privadas e públicas. Na primeira ocorre uma “tensão entre capital e trabalho”⁶⁰, enquanto que na administração pública, já que possui uma estabilidade econômica, há prevalência dos princípios da supremacia do interesse público e da continuidade do serviço público, tendo como pressuposto que a existência do mesmo é uma garantia indispensável à concretização do desenvolvimento social, uma responsabilidade cabal dos administradores.

Prosseguindo na fundamentação do voto, o relator afirma que há um entendimento de que existe uma carência de regulamentação do exercício do direito de greve pelo servidor público resultado da mora legislativa. Outrossim, o supracitado faz menção ao mandado de injunção nº 20/DF, Relator o Ministro Celso de Mello, no qual o

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2016. p. 2.

⁶⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016. p.55.

Plenário se limitou a declarar a demora do Congresso Nacional em editar a norma regulamentadora, e, na sua carência, tornou a greve no serviço público ilegal.

Contudo, houve mudança na interpretação constitucional do excelso tribunal, resultado da análise dos Mandados de Injunção 670/ES, 708/DF e 712/PA que possibilitaram a suprema corte, na carência de lei regulamentadora prevista no inciso VII art. 37 da CF, aplicar as Leis 7.701/1988 e 7.783/1989 no sentido de regular o exercício do direito de greve pelos servidores públicos. Destarte, o Ministro Dias Toffoli⁶¹ aduz que ainda que exista carência de norma reguladora, a greve dos servidores públicos não configura um ato ilícito devido a existência de norma constitucional definidora de um direito fundamental, mas ressalva os requisitos estabelecidos pelas normas infraconstitucionais que se encontram em vigor, podendo destacar a tentativa de negociação previa, direta e pacífica; a frustração ou impossibilidade de negociação; início após decisão assemblear; a comunicação previa a administração pública e a população com antecedência mínima de 72 horas; manifestação de forma pacífica e, finalmente, a garantia de prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades dos destinatários dos serviços.

Nessa mesma linha de intelecção, afirma o Ministro que o Brasil ratificou a Convenção nº 151 e a Recomendação nº 159 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), firmadas em 1978, por meio do Decreto Legislativo nº 206, de 7 de abril de 2010 e promulgadas por Decreto da Presidência da República nº 7.944, de 6 de março de 2013. Porém, o Senhor Ministro Dias Toffoli⁶² alerta que a garantia da negociação coletiva ainda não está presente em lei, mas ressalva que a possibilidade de compensação dos dias e horas paradas:

Entretanto, reitero que a compensação dos dias e horas paradas ou mesmo o parcelamento dos descontos poderão ser objeto de negociação, uma vez que se encontram dentro das opções discricionárias do administrador. Aliás, cheguei a salientar, em caso semelhante, ao decidir o pedido de liminar no MS nº 28.515-MC/DF, em 17/12/09, que a pretendida compensação deve ser sempre “analisada na esfera da discricionariedade administrativa, não havendo norma que imponha sua obrigatoriedade”. É de se notar que alguns entes federados têm editado atos normativos que impedem a concessão de abonos ou de compensação no caso das greves, como é o caso do Decreto Presidencial nº 1.480/95, cuja constitucionalidade ou inconstitucionalidade ainda não foi reconhecida por esta Corte. No entanto, sem me comprometer com essa ou aquela tese quanto à

⁶¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016. p. 59.

⁶² Ibidem. p.79.

validade desse ato normativo e de outros, creio, a respeito do conteúdo jurídico do direito de greve do servidor público civil, que é o tema central desta repercussão geral, fundado na jurisprudência desta Corte e pelos argumentos jurídicos já expostos, creio poder inferir-se que a opção da Administração há de ser respeitada, inclusive quando estabelece premissas normativas que impedem negociações sobre determinados pontos, desde que razoáveis e proporcionais, até que advenha a aguardada norma de regência nacional.⁶³

Destarte, por mais que haja a viabilização da greve no serviço público, é possível, apenas, uma cessão parcial do trabalho tendo em vista o caráter fundamental supramencionado. Tal aspecto se faz tão importante que a própria carta magna prevê, no inciso IX do artigo 37, a possibilidade de mecanismos para continuidade do serviço público, como a contratação temporária de pessoal desde que prevista em texto legal. Outrossim, esse entendimento é reiterado no artigo 9º da lei 7.783 de 89:

Art. 9º - Durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a entidade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar os serviços cuja paralisação resultem em prejuízo irreparável, pela deterioração irreversível de bens, máquinas e equipamentos, bem como a manutenção daqueles essenciais à retomada das atividades da empresa quando da cessação do movimento.
Parágrafo único - Não havendo acordo, é assegurado ao empregador, enquanto perdurar a greve, o direito de contratar diretamente os serviços necessários a que se refere este artigo.⁶⁴

O relator cita o trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do supramencionado MI nº 708 para ratificar o entendimento das limitações do direito a greve e a imprescindibilidade da continuidade do serviço. Por conseguinte, o direito a greve poder ser suspenso em virtude da natureza do serviço ou circunstâncias específicas averiguadas pelo poder judiciário como, por exemplo, nos casos em que há uma quantidade reduzida de pessoas na área de saúde e nos casos de calamidade pública, destarte, conclui o Ministro:

A ausência de regulamentação do direito de greve não transforma, no entanto, os dias de paralisação do movimento grevista em faltas injustificadas, uma vez que a Constituição Federal reconhece expressamente possam os servidores públicos civis exercer esse direito

⁶³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016.

⁶⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.1988.

desde que preencham os requisitos legais referidos. **Por outro lado, como já ressaltado, esse direito não é absoluto.**⁶⁵ (grifo nosso).

Ademais, o Ministro aduz que não deve ocorrer pagamento dos dias paralisados após declaração de greve, salvo se o motivo deflagrador da greve seja atraso do pagamento ou outra circunstância justificadora do afastamento de suspensão da relação jurídica de trabalho. Portanto, o relator considera a aplicação da Lei nº 7.783/89 que em seu art. 7 descreve:

Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho.⁶⁶

É mister ressaltar que o ônus do desconto dos dias de paralisação não tem um caráter disciplinar punitivo, mas, conforme o relator, visa garantir a manutenção e continuidade do serviço público em prol do interesse do coletivo. Por isso, o ministro ressalta que alguns países como França, Espanha, Portugal e Canadá possuem fundo monetário grevista com o objetivo de facilitar a adesão e continuidade da greve.

O ministro segue com fulcro na fala de Gilmar Mendes, durante o julgamento do mandando de injunção nº 670, a qual aduz o entendimento que greve seria uma opção de risco. Assim sendo, há um risco de suspensão do pagamento necessário para possibilitar a ponderação dos interesses e a consequente negociação, entendimento adotado, inclusive, pelo tribunal superior do trabalho em vários julgados, entre eles os seguintes julgados: E-RR nº 383.124, SBDI-1, Relator o Ministro Leonaldo Silva, julgado em 27/9/99; RR nº 2563300- 09.2007.5.09.0005, Relator o Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 4ª Turma, DEJT de 23/11/12; RO - 45500-42.2013.5.17.0000, Relatora a Ministra Kátia Magalhães Arruda, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, DEJT 21/11/14 e RO nº 1000738-04.2014.5.02.0000, Relator o Ministro Maurício Godinho Delgado, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, DEJT 14/11/14.

Por fim, conclui o ministro relator que não há indícios de qualquer violação de direito líquido e certo do impetrante e, portanto, vota no sentido de garantir a legalidade dos descontos por dias de greve.

⁶⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016. p. 65.

⁶⁶BRASIL. Lei nº 7783/89.1989.

O ilustre Ministro Luís Roberto Barroso, que solicitou vistas ao processo, prossegue argumentando que a administração pública deve descontar os salários após deflagrada a greve, salvo se for demonstrado que a greve foi resultado de conduta ilícita do poder público.

Além disso, o Ministro Barroso⁶⁷ faz alusão ao questionamento proposto pelo Ministro Edson Fachin sobre a diferente dinâmica entre a greve pública e privada, na qual o movimento grevista público pode encontrar um menor interesse do poder público em buscar um acordo. Entretanto, por mais que seja admitido um preceito de um poder público interessado em não sofrer interrupção dos serviços para não gerar prejuízos à população tutelada, se faz necessária uma solução intermediária que possa prevenir essa situação. Então, apesar de manter o entendimento de que há uma suspensão do vínculo trabalhista, ele ressalva a possibilidade dessa decisão intermediária no sentido de permitir uma compensação parcial dos dias de paralisação em casos de greve com longa duração em que existam indícios de que a administração pública se recusou a negociar, adotou uma postura recalcitrante para elaboração do acordo ou podia tirar vantagem da permanência da paralisação.

Assim, o objetivo do Ministro Barroso⁶⁸ é desestimular a greve em seu momento inicial, condicionando-a ao desconto dos dias paralisados por causa do movimento grevista. O Ministro⁶⁹ questiona, ainda, quem deve arcar com o ônus gerado pela greve, afirmando que se o salário continuasse a ser pago, a sociedade estaria fornecendo subsídio a greve e, assim, sofrendo ônus duplamente.

Ademais, é elaborada uma analogia com o pagamento de custas judiciais, na qual quem pretende exercer um direito precisa arcar com o ônus inerente ao mesmo, como expressa o Senhor Ministro Barroso.⁷⁰

Por outro lado, o risco de os servidores, a critério dos tribunais: *i)* terem os seus vencimentos plenamente cortados (o que deve ser a regra), *ii)* receberem tais vencimentos apenas parcialmente (na melhor das hipóteses) e *iii)* serem compelidos a compensar as horas que deixaram de trabalhar, quando finda a paralisação, também os manterá motivados a buscar um acordo com o poder público. O mesmo não ocorreria, contudo, caso soubessem, de antemão, que poderiam deixar de trabalhar e, ainda assim, receber plenamente a sua remuneração, decisão que tenderia a alongar a greve.

⁶⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016. p.116.

⁶⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016. p. 134.

⁶⁹ Ibidem. p. 142.

⁷⁰ Ibidem. p. 122.

O Ministro Teori Zavascki acompanha o voto do relator e do Ministro Barroso, indicando que na ausência de legislação e, considerando a previsão constitucional ao direito a greve, deve-se reconhecer o exercício desse direito através da aplicação, no que for razoável, das leis 7.701/88 e 7.783/89. Todavia, o Ministro introduz uma crítica a natureza das decisões do Supremo Tribunal Federal que julgam o mandando de injunção e satisfazem a omissão do legislador.

Da mesma forma segue o entendimento do Ministro Gilmar Mendes, de que há um fundo de greve na grande maioria dos países, porque há imediata suspensão do contrato. Assim, o Ministro cita o exemplo Alemão, no qual há uma divisão entre *Beamter* e o *Angestellter*, na qual o *Beamter* possui a vantagem da estabilidade até em momentos de crise econômica e o *Angestellter* possui o direito de realizar greves. Assim sendo, O Ministro afirma a necessidade da discussão sob uma perspectiva de direito comparado, garantindo, portanto, o desconto salarial para evitar o prolongamento do movimento grevista.

Na mesma linha de intelecção se manifesta o Ministro Luiz Fux que entende como um seguimento mundial a existência do fundo de greve para auxiliar o movimento. Assim, o Ministro tange uma apreciação do que se pode verificar no campo do direito privado e público. No campo do Direito privado é que com a deflagração da greve não há produção, salário ou vínculo ao contrato, enquanto que no Campo do Direito Público a greve se encontra como um direito constitucionalmente garantido, mas pode gerar consequências danosas aos envolvidos.

Destarte, a greve não apenas prejudica o Poder Público e a sociedade, mas cria um ônus no participante para pressionar a resolução da mesma. Por fim, o Ministro faz uma alusão a constituição Federal em seu artigo 9º que diz, “É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo”⁷¹. Logo, o texto constitucional submeteu esse direito Constitucional a critérios como circunstâncias e conveniências apreciados pelo trabalhador, então, induz o Senhor Ministro Luiz Fux que isso demonstraria a possibilidade de existência de um ônus relacionado a esse direito.

Por último, acompanhando o Ministro-Relator, a Ministra Cármen Lucia ressalta que o direito constitucional à greve não é um direito ilimitado, assim como todos

⁷¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.1988.

os outros direitos. Deste modo, há modulações necessárias que devem ser feitas nesse direito até que se tenha legislação específica pertinente a esse assunto.

Segue a ministra argumentando a característica de necessidade e continuidade possuída pelos serviços públicos, e, por isso, se faz necessário o ônus do desconto dos dias não trabalhados, ressalvando casos em que as condições iniciadoras do movimento partiram da própria Administração Pública.

3 ANÁLISE DOS VOTOS VENCIDOS

O Ilustríssimo Ministro Edson Fachin foi o primeiro a manifestar voto contrário ao provimento do recurso, preliminarmente destaca a impossibilidade de se conhecer parte da tese apresentada pelo recorrente em sede extraordinária, no que se refere a violação ao regime especial de execução contra a fazenda pública, estabelecido no art. 100 da Constituição Federal, uma vez que este não foi apreciado nas instâncias ordinárias, não havendo, assim a satisfação do pressuposto recursal do prequestionamento da matéria constitucional, conforme súmula de número 282 do Supremo Tribunal Federal *“É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”*

Dando continuidade, destaca, conforme dito pelo Ministro Relator em seu voto, que o direito de greve dos servidores públicos é um direito fundamental intimamente ligado à consolidação do Estado Democrático de Direito, devendo existir uma separação sistêmica entre Política e administração como condição preliminar para que os princípios constitucionais da Administração Pública ganhem efetividade, de forma que o aparelho burocrático seja capaz de decidir por mecanismos próprios, imune aos fatores externos de pressão.

Aduz o Ministro que a greve é o principal instrumento de reivindicações civilizatórias da classe funcional pública diante do Estado e a suspensão dos salários dos servidores diz respeito a essencialidade do interesse jurídico em questão, de forma que a adesão ao movimento grevista não pode significar uma opção financeiramente intolerável aos grevistas e seus familiares.

Utiliza-se de jurisprudências anteriores⁷²

⁷² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016.

deve-se aplicar, no que couber, a legislação informadora da classe obreira da iniciativa privada, conquanto não advenha regulamentação específica ao direito de greve de servidores públicos, ao tempo e modo da solução parlamentar.

como fundamento para aplicação da Lei de nº Lei 7.783/89, a Lei greves, na qual se estabelece, em seu art. 7, que sendo a greve legítima o contrato de trabalho fica suspenso, de forma que as relações de trabalho devem ser regidas por convenção, laudo arbitrário, acordo ou decisão da Justiça do Trabalho.

Cita o exemplo da greve no setor privado, que ao deflagrada, paralisando a atividade econômica, impõe prejuízos imediatos aos empregadores e aos trabalhadores. De forma que esse inconveniente serve como estímulos as partes que tendem a ajustar seus interesses de modo que a atividade econômica volte à normalidade e argui que essa lógica não se aplica ao serviço público, reconhecendo que há serviços mais essenciais que outros, e afirma que, por vezes, a alternativa do Poder público é postergar ao máximo o início das negociações.

Assim, permitir o desconto imediato dos salários significa que os prejuízos do movimento paretistas só afetariam uma das partes do litígio, o que, para o Ministro, praticamente, aniquilaria o direito, assegurado na constituição, de greve no serviço público.

E dadas as particularidades do regime jurídico estatutário, conforme a Constituição Federal, a interpretação do dispositivo legal, segundo o supracitado, levamos a crer que as relações obrigacionais entre agente público e Administração necessitam ser regidas e sindicalizadas por decisão jurisdicional, uma vez que há a impossibilidade de, convenção, laudo arbitral ou acordo no caso em tela, de forma que a suspensão do pagamento de servidores públicos grevistas, em consonância com a lei de greve, só deve ser feita mediante ordem judicial que reconheça a ilegalidade da greve, em concreto, ou fixe condições para o exercício deste direito.

O segundo voto pelo não provimento de recurso foi da ilustríssima Ministra Rosa Weber, afirmando estar cumprindo a própria compreensão do Supremo e a sua jurisprudência baseado em mandados de injunção que foram julgados, sendo determinado, com suas adequações, a utilização analógica da Lei de Greve aplicável ao serviço privado, diferindo na possibilidade de, em esfera privada, deflagrada a greve, o tema ser levado a justiça de trabalho.

Dessa forma surgiria o impasse no serviço público sobre quem resolveria o litígio. Segunda a mesma "*a jurisprudência do Supremo e a do STJ apontam no sentido de que os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais não de solucionar o conflito.*"⁷³ E a consagração da tese de um dever de corte de ponto configuraria negação do próprio direito de greve.

Prossegue destacando a dificuldade solução imediata para os conflitos grevistas em esfera pública, dada a impossibilidade de negociação coletiva, que vem se mostrando mais eficiente do que a heterônoma, na via jurisdicional. Fazendo a ressalva de que vê legitimidade o corte de salário em greves *abusivas* (grifo nosso) que prejudicam toda a população, porém acolhe a tese defendida nos moldes apresentados pelos ministros que votaram pelo provimento recurso.

Em sequência, o Ilustríssimo Ministro Marco Aurélio argumenta que, em essência o direito de greve demonstra a para a paralização dos serviços, de forma que a classe trabalhadora ao entrar em greve não objetiva a suspensão do contrato de trabalho, muito menos da obrigação patronal de satisfazer os salários.

Prossegue, utilizando-se do pensamento do advogado doutor e professor da Universidade de São Paulo-USP e cita um trecho de autoria deste presente na obra *Direito Constitucional*, São Paulo, Editora Atlas, do ministro Alexandre de Moraes "*o direito de greve, sob o ponto de vista da teoria jurídica, se configura como direito de imunidade do trabalhador, face às consequências normais de não trabalhar*".

Em sendo assim, esse direito implicaria permissão para não cumprir duas obrigações, uma por parte dos trabalhadores e outra por parte do tomador do serviço que, segundo o ministro, seria a permissão do não cumprimento de uma obrigação, que é a de trabalhar, mas não autoriza, no caso o corte de salário em razão da paralização.

Afirma que ao prever o direito de greve, intrínseco a dignidade do prestador de serviços o constituinte, presume-se que assim o fez para autorizar a paralização como recurso extremo de reivindicação de um direito que não está sendo satisfeito. E que, enquanto intérprete, nunca considerou o enfoque de que um simples exercício de um direito poderia, por si só, implicar prejuízo para aquele que o implementa, no caso, o trabalhador.

⁷³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016.

Para o ministro, o entendimento de que ao empregador, desde o primeiro dia, não lhe é somente facultado, mas tem o dever de proceder o corte dos salários, configura-se aniquilação do direito de greve e uma coação política.

Conclui que ao se presumir inicialmente que a greve é legítima e não abusiva, cabe ao tomador de serviço que é o prejudicado recorrer ao judiciário para que essa seja declarada ilegal, e a partir daí ter o respaldo para cortar os dias de paralização.

Por fim, ao sustentar o seu voto, o ilustríssimo Ministro Ricardo Lewandowski, destaca inicialmente o texto constitucional que versa sobre o direito de greve, garantido no art. 37 VII, trazendo também o inciso VI:

VI - é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical;⁷⁴

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.⁷⁵ (grifo nosso).

Entretanto, conforme pontuado, o congresso Nacional até hoje não legislou de forma específica sobre a matéria, como prevê a carta magna. Não havendo tal legislação, não há comando que obrigue o estado o Estado a fazer o desconto no momento em que for deflagrada a greve.

Aduz que razão dessa lacuna, através de mandados de injunção impetrados anteriormente na Suprema corte, foi de decido que deve aplicar a lei que rege o setor privamos, a Lei de nº 7.783/89, a lei de greves. Reforçando o que foi dito pelo Ministro Marco Aurélio ao reforçar o artigo 7º dessa lei, que prevê a suspensão do contrato de trabalho no momento da deflagração da greve.

Afirma que servidor público não possui contrato de trabalho, mas mantem com o Estado uma relação estatutária, baseada na estabilidade e no princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos e, também, a garantia de que esses vencimentos sejam pagos no momento adequado.

Em sendo assim, argumenta o Ministro, que com fulcro no art. 7º da lei de greves as relações obrigacionais, durante o período da paralização, não serão definidas unilateralmente pelo empregador - no caso, pelo Estado. Logo, não lhe é permitido decidi por si só cortar o ponto a partir da deflagração da greve. Deve haver uma convenção - em geral, não há -, ou um laudo arbitral - que também, como regra, não existe -, ou decisão

⁷⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.1988.

⁷⁵ Ibidem.

da Justiça do Trabalho. Porém, já foi decidido pela casa que, em se tratando de um servidor estadual, é a Justiça comum que vai decidir sobre a questão; se for um servidor da União, é a Justiça Federal que vai regular a matéria.

Prossegue argumentando que a lei 7.783/89 serve bem a sociedade, uma vez que estabelece em seu art. 9º a proibição de paralisação que traga prejuízo irreparável pela deterioração de bens, máquinas e equipamentos, assim como impede a paralisação dos serviços essenciais. Que estão estabelecidos no art. 10º da mesma, trazido pelo Ministro:

Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:
I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;
II - assistência médica e hospitalar;
III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;
IV - funerários;
V - transporte coletivo;
VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;
VII - telecomunicações;
VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;
IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;
X - controle de tráfego aéreo;
XI compensação bancária.⁷⁶

Além do art. 11 que estabelece nos serviços e atividades essenciais, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade; e em seu parágrafo único diz que, dentre elas, incluem-se a saúde e a segurança da população.

Aduz que em todos esses casos, que são a maioria dos casos em que se deflagra greve dos serviços públicos, é proibida a paralisação. E nos demais casos, cabe à Justiça decidir, de forma consensual, ou mediante o devido contraditório como deve se estabelecer as relações entre, no caso, os trabalhadores e o Estado, que é o empregador.

Para o ministro, o fato de ainda não haver lei específica impede o estabelecimento, *a priori* do desconto. Visto que a existência desta é uma condição para um direito fundamental garantido em nossa Carta Magna.

Destaca, ainda, que o direito de greve foi estabelecido desde o século XIX, no período em que a segunda geração de direitos - econômicos, sociais e culturais- foi desenvolvida por meio de lutas de movimentos revolucionários, que entraram no universo

⁷⁶ BRASIL. Lei nº 7783/89.1989.

jurídico-político dos países civilizados a partir da Constituição de 1917, a mexicana, e, depois, a Constituição de Weimar, de 1919.

Por fim, o Ministro afirma possuir muita resistência em estabelecer condições unilaterais ao exercício de um direito constitucional, uma vez que a própria lei, a qual já deveria ter sido elaborada pelo parlamento, não o estabeleceu. E diz aplicar o que o Supremo Tribunal manda fazer, assinalando que esta relação deve ser submetida à Justiça competente.

4 CONCLUSÃO

É consenso entre os autores do presente artigo que dentre os votos, que foram cuidadosamente estudados e considerados, o que melhor pode ser qualificado como acertado é o proferido pelo relator, o Senhor Ministro Dias Toffoli. O voto se prova distinto sob diversas perspectivas, é superior no que se refere aos padrões hermenêuticos, e se vale de diversas ferramentas para que o Direito Material seja de fato alcançado, não desprezando, nem se furtando em evidenciar por outro lado o Direito Formal.

É distintamente explícito o compromisso que o Ministro demonstra ao longo de seu voto em ser fiel aos Direitos Materiais que guiam o ordenamento que e se busca ser aplicado no Tribunal, compromisso realçado especialmente pela desconstrução promovida pelo resgate histórico feito logo a princípio, expondo todo o caminho percorrido para que a greve finalmente fosse reconhecida como um direito legítimo dos trabalhadores e não mais apenas como um fato social, e perdesse a negatividade que acompanhava no passado.

O relator opera, portanto, o que pode se chamar de interpretação histórica. De acordo com o método desenvolvido a partir dos ensinamentos de Savigny, a legislação é fruto de sua realidade histórica, já que, na maioria das vezes, uma norma se origina para atender a uma demanda da sociedade, e o deslocamento do dispositivo dos condicionantes que o criaram implica numa nova atribuição de significado para o mesmo. Portanto, torna-se essencial um estudo aprofundado do ambiente e do contexto que gerou uma lei, para que se possa alcançar, da maneira mais integral possível, a real intenção do legislador. Esta perseguição do que Teixeira de Freitas denomina como *substância da lei* constitui o próprio processo de interpretação, não se pode exercer uma interpretação jurídica de valor sem se considerar que esta se dá numa estrutura, num todo de significações, e não de maneira isolada.

O voto aqui estudado é, outrossim, uma grande exemplificação do procedimento hermenêutico descrito por Jacques Derrida em sua obra “Força de Lei”⁷⁷. De acordo com o filósofo, só se pode alcançar a justiça através da aplicação e interpretação da lei se este for através de um ato de *desconstrução*. A interpretação deve ter simultaneamente natureza restauradora e destruidora, de modo que o intérprete na tentativa de ser fiel à lei formal não traia a real essência, o princípio que originalmente motivou o legislador, o próprio direito material que a lei se propõe a proteger, além de manter o olhar analítico sempre fresco (*fresh judgement*), sempre à luz da situação fática em questão e suas particularidades.

É neste propósito que o Ministro demonstra sua preocupação em situar o objeto do julgamento no atual contexto social. O relator chama a atenção para a realidade de que o exercício da greve é mais cômodo para os funcionários públicos do que para os empregados da iniciativa privada, visto que aqueles podem contar com os benefícios da estabilidade e da efetividade, e estes benefícios estão diretamente ligados a importância da manutenção contínua dos serviços públicos, que são de interesse da coletividade. Além disso, boa parte dos servidores não é alvo de grande pressão popular para restaurar a prestação dos serviços, quando estes são *uti universi*. É feita também uma contextualização no que se refere ao cenário internacional, cuja inegável tendência é de decidir também pelo desconto.

O relator salienta, também, que a greve de funcionários públicos deve ser apenas parcial, visto que o serviço público é considerado atividade de atendimento às necessidades mínimas da sociedade. A ininterrupção do serviço público é de tão crucial importância que a Constituição Federal, novamente em seu artigo 37 (inciso IX), autoriza a contratação temporária de pessoal, a fim de satisfazer a demanda de mão-de-obra originada com a greve, esta contratação, no entanto, só obtém autorização legal se houver amparo de legislação complementar municipal, estadual, distrital ou federal que reja essa operação e que descreva as situações legitimadoras desse tipo de atitude, o que faz desta também uma norma de eficácia limitada.

Pode parecer suspeito, entretanto, que o voto em questão se posicione a favor do desconto das horas não trabalhadas por conta da greve nos salários dos funcionários públicos. Ainda segundo Jacques Derrida, uma possível relação antagonista entre o Estado e o instituto da greve, visto que este é a única exceção na qual o Governo abre

⁷⁷ DERRIDA, 2010.

mão de seu monopólio sobre a violência, o que para o Estado é temeroso, já que a violência, quando originária, é o único meio pelo qual sistemas são derrubados e outros são colocados em seus lugares, através do que é denominado “greve-geral”. Entretanto, apesar de ser inegável representante da justiça estatal, Dias Toffoli convence através de sua argumentação e embasamento que seu parecer a favor do recurso extraordinário tem motivação muito mais razoável do que uma reação defensiva por parte do Estado, como bem pode-se observar no trecho a seguir:

Com efeito, a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos servidores públicos estava totalmente nulificada e comprometida pela mora legislativa, mantendo-se a greve no serviço público no campo da ilegalidade.⁷⁸

O Ministro certamente reconhece o direito à greve, porém lembrando que este não é absoluto, a legitimidade da greve deveria ser reconhecida através de lei específica, que, entretanto, nunca foi editada, fato salientado não só pelo votante em questão, mas tornado óbvio durante todo o desenrolar da sessão plenária, é esta gritante lacuna deixada pelo Poder Legislativo ao se abster em editar lei específica que regulamente os “termos” e “limites” para que o direito à greve seja exercido sob a égide da Constituição, como prevê o próprio artigo 37 (VII) da Lei Maior:

Art. 37 (VII): O direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.⁷⁹

Isto fez com que em situações anteriores, como o MI de nº 20/DF, o Superior Tribunal Federal tenha decidido pela ilegalidade da greve, por compreender que o artigo em questão seja um caso de eficácia limitada (aquelas que dependem de da edição de leis complementares para atingir a plenitude em sua eficácia). Em casos posteriores, como os Mandados de Injunção de números 670/ES, 708/DF e 712/PA, julgou que, a caráter provisório, aplicar-se-iam aos casos de greve envolvendo servidores públicos as mesmas normas utilizadas para regulamentar as greves deflagradas por trabalhadores celetistas, garantindo através disso uma eficácia mínima.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2016. p. 56.

⁷⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.

Em casos de lacuna, como o presente, são nos quais se destaca grandemente a importância da jurisdição e o seu modo de operação especialmente através da jurisprudência, como assinala brilhantemente o doutrinador Miguel Reale:

Essa função reveladora do Direito, exercida pela jurisprudência, mesmo quando existem leis aplicáveis ao caso *sub judice*, torna-se ainda mais evidente no caso de *lacuna* no sistema legislativo, e mais ainda, quando o juiz é autorizado a decidir por equidade. [...] Na lacuna das leis, e havendo autorização para julgamento de equidade, pode o juiz brasileiro acrescentar um preceito aos já existentes.⁸⁰

Embora no caso em tela não haja a inauguração de um novo preceito, pode-se observar, no voto em questão, o respeito a uma norma cuja natureza é intrinsecamente jurisdicional, ou como o próprio Ministro prefere chamar, “soluções ‘normativas’”:

A jurisprudência desta Corte experimentou avanços, flexibilizando a interpretação constitucional inicialmente estabelecida para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções ‘normativas’ para a decisão judicial, como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva, sempre em face de hipóteses de vazio legislativo.⁸¹

Ao contrariar o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em seu voto, o Ministro Dias Toffoli optou pela fidelidade à jurisprudência de sua própria Corte, reafirmando-a, o que pode ser tranquilamente interpretado como um ato de favorecimento à segurança jurídica. Apesar da aparência temerária que uma divergência com outro órgão do judiciário possa transmitir inicialmente, ao seguir os precedentes do Supremo Tribunal Federal, o relator contribui para a harmonia das decisões da Corte.

Ainda recorrendo às “soluções normativas”, o relator apresenta um rol de limitações estabelecidas pelo próprio Supremo Tribunal Federal, que veda a interrupção completa do serviço público em circunstâncias de pessoal insuficiente nas áreas de saúde e assistência social em período grevista, situações de calamidade pública e em algumas outras específicas, como eleições. Aparte destas diretrizes, nos casos concretos e particulares em que elas não se adequam, o Judiciário fica a cargo de aplicar balizas

⁸⁰ REALE, 2002. p. 170.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2016. p. 56.

próprias, fundamentadas na equidade, observando a natureza do serviço e as especificidades da situação.

Ainda seguindo a jurisprudência do STF, o relator traz à tona os requisitos que, convencionalmente, são aplicados aos servidores públicos, dada a inexistência de legislação específica. Estes requisitos são os estabelecidos pela Lei 7.783/89⁸², que antes se restringia aos casos de greves trabalhistas nos setores privados, abarcando hoje tanto os agentes estatais quanto os prestadores de serviços públicos, requisitos que são devidamente expostos pelo Ministro:

Destarte, são requisitos para a deflagração de uma greve no serviço público: i) tentativa de negociação prévia, direta e pacífica; ii) frustração ou impossibilidade de negociação ou de se estabelecer uma agenda comum; iii) deflagração após decisão assemblear; iv) comunicação aos interessados, no caso, ao ente da Administração Pública a que a categoria se encontre vinculada e à população, com antecedência mínima de 72 horas (uma vez que todo serviço público é atividade essencial); v) adesão ao movimento por meios pacíficos; vi) a garantia de prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades dos administrados – usuários ou destinatários dos serviços – e à sociedade.⁸³

Além disso, a chamada Lei da Greve declara que a participação em movimento grevista é causa de suspensão de contrato. No entendimento do Tribunal, é incabível, portanto, se falar em prestação e contraprestação, exceto em casos nos quais a greve iniciou-se por motivo que justifique o afastamento do desconto, como o atraso no pagamento, o desconto é ônus inerente à greve, e do contrário seria enriquecimento sem causa.

A partir de uma análise objetiva do Voto estudado, é possível detectar de maneira incontroversa o papel positivo que a discricionariedade voltada para a equidade, a fidelidade aos precedentes, jurisprudências e entendimentos dos Tribunais desempenha no sistema judiciário brasileiro, quando se tem objetivo o alcance do real e puro direito material, o espírito da lei, como pode-se indubitavelmente observar-se no voto do Ministro Dias Toffoli, não pode-se chegar a objetivo diverso da máxima aproximação do que chamamos de justiça.

⁸² BRASIL. Lei nº 7783/89. 1989.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2016. p. 59.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

Diário Oficial da União, Brasília, 1988.

BRASIL. Lei nº 7.783/89, de 28 de junho de 1989. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1989.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 693456/RJ, Relator: Ministro Dias Toffoli, de 27 de outubro de 2016. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2016.

DERRIDA, Jacques. **Força de Lei: o fundamento místico da autoridade**. 2 ed. São Paulo: Editora WMF: Martins Fontes, 2010.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. Ajustada ao novo Código Civil. São Paulo. Saraiva, 2002.

XI

ANÁLISE DOS JULGADOS DO STF: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4439

*Carlos Eduardo de Jesus Magalhães
Ícaro Cedraz Cruz
Eliude Moreira Lopes Oliveira*

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com base no relatório do ministro relator Luís Roberto Barroso, dá-se início à introdução didática e esboçada acerca da ADI 4.439 de autoria da Procuradoria Geral da República.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade⁸⁴, como o próprio nome já remete, vem propor a inconstitucionalidade de uma norma ou ato normativo para garantir a defesa da supremacia da Constituição Federal. Nessa linha, surge a ADI 4.439 para propor ao Supremo Tribunal Federal - a quem compete julgar ADI originalmente, segundo o artigo 102 da Constituição Federal de 1988 - a declaração de inconstitucionalidade do ensino religioso nas escolas públicas, uma vez que, este ensino supostamente feriria o princípio da laicidade.

⁸⁴ Surgiu com a Emenda 16/65 na forma de Representação de Inconstitucionalidade, porém era de iniciativa exclusiva do PGR. Através da Lei 9868/99 ampliou-se o rol de legitimados e alterou-se o nome para ADI.

A ADI 4.439 trata-se⁸⁵ como um pedido de interpretação conforme a Constituição de um ato normativo federal, o artigo 33 da Lei nº.9394/96, superveniente à Constituição.

Essa ADI também é possível pois o chamado “Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo as Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil”, foi incorporado⁸⁶ ao ordenamento interno através do decreto 7107/2010. Sua incorporação ao ordenamento permite esse tipo de ação, contra o artigo 11, parágrafo 1º desse acordo por exemplo.

Dado o cabimento da ADI os ministros julgarão sua procedência, para isso o ministro relator apresenta um relatório aos colegas e expõe seu voto, o qual vai ser acompanhado ou não, o que depende da opinião dos outros ministros.

No caso da ADI 4439 o ministro relator foi Luís Alberto Barroso, que expôs sua análise do processo e deu seu voto.

Em seu relatório o ministro trouxe⁸⁷ que o processo era referente à Direito Constitucional; que se tratava de uma Ação direta de Inconstitucionalidade, com foco no ensino religioso em escolas públicas e na defesa de que apenas um modelo não confessional pode assegurar o princípio da Laicidade da Constituição.

Como sobressaltou⁸⁸ o ministro relator Luís Alberto Barroso, o ensino religioso nas escolas públicas, em tese, pode ser ministrado em três modelos: o confessional, que tem como objeto a promoção de uma ou mais confissões religiosas; o interconfessional, que corresponde ao ensino de valores e práticas religiosas com base em elementos comuns entre os credos dominantes na sociedade; e o não confessional, que é desvinculado de religiões específicas.

Historicamente, o Brasil é um Estado laico desde 07 de janeiro de 1890, através da edição do Decreto 119-A. Tal princípio se encontra no artigo 19, inciso I, da Constituição. Esse princípio, como também aponta Barroso em seu relatório, apresenta-se com três conteúdos: a separação formal entre Estado e Igrejas; Neutralidade estatal em matéria religiosa; e garantia da liberdade religiosa⁸⁹.

⁸⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2017.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem*, Voto de Luis Roberto Barroso.

⁸⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Voto de Luis Roberto Barroso 2017.

⁸⁹ *Ibidem*, p.14.

Proposta pela PGR, a ADI 4.439 preza por propor a inconstitucionalidade do ensino religioso nas escolas públicas. Com pauta no art.19⁹⁰, inciso I, da CF de 88, que traz a laicidade do Estado e com o entendimento da existência do art.210⁹¹, parágrafo 1º, que prevê o ensino religioso, como matéria facultativa, nos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, mas visa reconhecer que, dentre os modelos possíveis, o modelo não confessional é único capaz de assegurar o princípio da laicidade.

A laicidade estatal, que é adotada na maioria das democracias ocidentais contemporâneas, é um princípio que opera em duas direções. Por um lado, salvaguarda as diversas confissões religiosas do risco de intervenções abusivas do Estado nas suas questões internas, concernentes a aspectos como os valores e doutrinas professados, a forma de cultuá-los e sua organização institucional e, por outro lado, protege o Estado de influências provenientes do campo religioso, impedindo todo o tipo de confusão entre o poder secular e democrático.⁹²

A laicidade não significa a adoção pelo Estado de uma perspectiva ateuista ou refratária à expressão individual de religiosidade na verdade, o ateísmo, na sua negativa da existência de Deus, é também uma posição religiosa.⁹³

O princípio do Estado laico pode ser relacionado a dois direitos fundamentais de máxima importância na escala dos valores constitucionais: liberdade de religião e igualdade.⁹⁴

Nesse modelo, não confessional, segundo relatório de Barroso⁹⁵, a disciplina consiste na exposição, neutra e objetiva, das doutrinas, práticas, história e dimensões sociais das diferentes religiões (incluindo posições não religiosas), e é ministrada por professores regulares da rede pública de ensino, e não por pessoas vinculadas às confissões religiosas.

De acordo com o relatório de Barroso, a ideia da ADI 4439 é de que haja a análise do art. 33, caput e §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.394/96, conforme a Constituição e do art. 11, § 1º, do Acordo Brasil-Santa Sé, aprovado por meio do Decreto Legislativo nº 698/2009 e promulgado pelo Decreto nº 7.107/2010, também conforme a Constituição, para assentar que o ensino religioso em escolas públicas somente possa ter natureza não

⁹⁰ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, p.14.

⁹¹ *Ibidem*, p.61.

⁹² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Voto de Luis Roberto Barroso, 2017, p.10.

⁹³ *Ibidem*, p.11.

⁹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Voto de Luis Roberto Barroso, 2017, p.12.

⁹⁵ *Ibidem*, p.17-18.

confessional, com proibição da admissão de professores na qualidade de representantes das confissões religiosas.

(i) realize interpretação conforme a Constituição do art. 33, ‘caput’ e §§ 1º e 2º, da Lei no 9.394/96, para assentar que o ensino religioso em escolas públicas só pode ser de natureza não-confessional, com proibição de admissão de professores na qualidade de representantes das confissões religiosas; (ii) profira decisão de interpretação conforme a Constituição do art. 11, § 1º, do ‘Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil’, aprovado pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 698/2009 e promulgado pelo Presidente da República através do Decreto nº 7.107/2010, para assentar que o ensino religioso em escolas públicas só pode ser de natureza não-confessional; ou (iii) caso se tenha por incabível o pedido formulado no item imediatamente acima, seja declarada a inconstitucionalidade do trecho ‘católico e de outras confissões religiosas’, constante no art. 11, § 1º, do Acordo Brasil-Santa Sé acima referido⁹⁶

A tese do julgamento, para Barroso, seria então que “o ensino religioso em escolas públicas deve ostentar necessariamente natureza não confessional, com proibição de admissão de professores na qualidade de representantes de confissões religiosas”⁹⁷.

2 ANÁLISE DOS VOTOS VENCEDORES

Nesse tópico serão analisados os votos vencedores do Pleno da ADI 4439, votos esses dos ministros: Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia.

2.1 Voto de Alexandre de Moraes

A presente ação direta de inconstitucionalidade, proposta pela Procuradoria Geral da República, teve como objetivo declarar a inconstitucionalidade do art. 33, caput, e §§ 1º e 2º, da Lei 9.394/1996 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, e o artigo 11, § 1º, do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé. Nota-se desde já que tal temática possui relevo para uma discussão em uma corte constitucional.

⁹⁶ *Ibidem*, Petição da Procuradoria Geral da União, p.21-22.

⁹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, voto de Luís Roberto Barroso, 2017, p.18.

Após o voto do eminente relator, o ministro Luís Roberto Barroso, que julgou procedente o pedido de inconstitucionalidade dos referidos diplomas legais, o ministro Alexandre de Moraes abriu divergência, no sentido da Constitucionalidade de tais artigos, por entender que os mesmos estão em harmonia com a ordem constitucional⁹⁸.

O argumento suscitado pelo ministro, inicialmente, é de que a ação tem o condão de limitar os que professam uma fé de escolher o ensino relativo à religião que segue. O ensino religioso no Brasil tem característica *sui generis* por ter abrigo constitucional, diferentemente do que ocorre em países como Estados Unidos e Alemanha, que não possui aporte constitucional. Assim, no caso brasileiro, essa modalidade de ensino foi uma escolha política do constituinte originário, sendo que nesta condição não pode ser objeto de controle de constitucionalidade, pontuou o ministro⁹⁹.

De forma primorosa, o eminente ministro rebate o argumento de que posições religiosas tem perfil conservador. O mesmo adverte que a democracia tem como pilar a coexistência de ideias diferentes, até mesmo conflitantes, sendo elas de cunho progressista ou não. Apregoar o silêncio de ideias conservadores é mitigar o ambiente democrático sob o prisma da unicidade de pensamento, atacando diretamente a liberdade de expressão, elemento essencial das democracias¹⁰⁰.

Salienta ainda que o dirigismo estatal, ao criar uma disciplina da temática religiosa com a premissa de neutralidade, seria criar um pensamento religioso do Estado, atacando o binômio da laicidade e liberdade religiosa. Nesse aspecto defende que a religião não é imparcial, mas está fundada na ótica de fazer proselitismo dos seus dogmas. Religião e neutralidade não se harmonizam¹⁰¹.

Ressalta mais adiante, que a liberdade religiosa é inerente a tradição republicana brasileira desde o Brasil Imperial, ainda que de forma incipiente. A interpretação do binômio liberdade religiosa e laicidade estatal deve ser feita com dupla acepção: a) proteger os cidadãos de qualquer intervenção estatal; b) permitir que o Estado haja com total liberdade acerca dos princípios religiosos¹⁰².

O ministro salienta que o ensino religioso é um direito público subjetivo, caracterizado por sua disponibilidade, tendo em vista que o próprio texto constitucional

⁹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Voto de Alexandre de Moraes, 2017.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Voto de Alexandre de Moraes, 2017.

¹⁰² *Ibidem*.

faz essa ressalva. Desse modo, não possui caráter de dever, mas de faculdade como estatuiu o constituinte originário¹⁰³.

O mesmo esclarece não existir tensão entre Estado laico e confessional, porque a entidade estatal não poderá, com o risco de incorrer em inconstitucionalidade, escolher apenas uma corrente religiosa. A liberdade religiosa estaria contemplada na faculdade do discente em escolher este tipo de disciplina, em clara harmonia com uma interpretação sistêmica da Constituição. Diz ainda que a religião tem caráter transcendental, faz questão de destacar, e por isso só os sacerdotes e pessoas com a vivência do credo poderia desvelar os mistérios da fé¹⁰⁴.

A tônica do voto do ministro Alexandre Moraes fixa-se no entendimento de que a liberdade religiosa em conjunto com o ensino religioso de caráter facultativo só se concretiza com o respeito aos dogmas e ritos e práticas de determinada religião. O poder público não poderia ter como vetor de atuação uma determinada religião, mas a luz dos princípios da laicidade e isonomia. No entanto, na questão do ensino da religião é essencial que suas doutrinas sejam ensinadas por quem está ligado à cosmovisão religiosa¹⁰⁵.

Postula, novamente, que o ensino religioso possui característica *sui generis*, tanto epistemologicamente como juridicamente. Difere em sua essência de ramos como Filosofia, História e outras ciências afins. Segundo o mesmo, o ensino religioso não se pauta numa pela descrição histórica ou antropológica, mas sim, numa cosmovisão transcendental¹⁰⁶. Numa sanha interpretativa, o referido ministro buscou fazer uma interpretação *mens legislatoris*¹⁰⁷ ao buscar o intento do legislador ao positivizar o ensino religioso no texto da lei maior.

Citando casos análogos decididos por outras cortes constitucionais, o ministro Alexandre de Moraes aduz acerca da impossibilidade do Estado, por si só proporcionar o ensino religioso de base humanística (História, Antropologia, Filosofia), levando em consideração que em matéria de fé, apenas os religiosos têm a vivência necessária com relação aos assuntos que escapam a razão humana. Por fim, analisando o binômio liberdade religiosa e laicidade do Estado e sua compatibilidade com o ensino religioso de

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Voto de Alexandre de Moraes, 2017.

¹⁰⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão e Dominação. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2008. (cap. 5).

natureza confessional, o ministro Alexandre de Moraes Julga improcedente a ação proposta pela Procuradoria Geral da República (instituição legitimada para o controle concentrado de constitucionalidade), declarando ser constitucional os arts. 33, *caput* e §§ 1º e 2º, da lei 9. 394/ 1996 e 11, § 1º, do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto jurídico da Igreja Católica no Brasil¹⁰⁸.

2.2 Voto de Enrique Ricardo Lewandowski

O Voto do Ministro Lewandowski, divergiu com o do relator. Em um primeiro momento, o referido ministro, ao fazer a hermenêutica constitucional, buscou¹⁰⁹ aporte em decisões de cortes internacionais, a exemplo da corte Europeia, em julgados da temática relativa a laicidade do Estado, liberdade de expressão e educação religiosa. Assim, o mesmo postulou que o ensino religioso se harmoniza se compatibiliza com os direitos humanos no plano internacional, quando exercido livremente, na modalidade facultativa.

Aduzindo a neutralidade estatal que o Estado deve possuir, o ministro Lewandowski, reforça¹¹⁰ a necessidade de que o ensino religioso não deve possuir caráter proselitista, mas que seja de natureza facultativa como gizado na Constituição.

Ainda fruto de suas reflexões, o ministro ressalta¹¹¹ que apesar da laicidade do Estado, a religião e o ente estatal podem se aliar objetivando a consecução de fins sociais em comum., sem que isso venha mitigar a laicidade estatal. Alude ainda os chamados pontos de contato entre a religião e o Estado, citando o exemplo do crucifixo no plenário da mais alta corte do Brasil, como também a expressão “Deus” contida no preâmbulo da Constituição vigente.

Outrossim, continuando seu raciocínio acerca dos pontos de toque entre a religião e o Estado, o mesmo assevera:

Tais pontos de contato permitem inferir, com a certeza necessária, que a laicidade não implica descaso estatal para com a religião, mas sim consideração para com a diferença, de maneira tal a prever a colocação de interesse público entre o Estado e as distintas confissões religiosas [...]¹¹²

¹⁰⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Voto de Alexandre de Moraes, 2017.

¹⁰⁹ *Ibidem*, Supremo Tribunal Federal, Voto de Enrique Ricardo Lewandowski, 2017.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Voto de Enrique Ricardo Lewandowski, 2017.

¹¹² *Ibidem*, p.8.

O mesmo pondera com relação da necessidade de que na sociedade caracterizada pela pluralidade de ideias, o ensino religioso não poderá coagir nenhum educando sob pena de está violando princípios constitucionais.

Não ofenderia, esclarece, a liberdade religiosa qualquer exposição da religião majoritária de um dado país. Para fundamentar esse raciocínio encontra¹¹³ fulcro no julgado *Lautsi vs. Itália*, no qual o Tribunal Europeu de Direitos Humanos decidiu que a exposição de símbolos cristãos em sala de aula não ofende o princípio da laicidade.

O ministro Lewandowski segue o mesmo entendimento do ministro Alexandre de Moraes ao defender¹¹⁴ que o ensino religioso confessional foi escolha direta do constituinte originário ao positivar esse direito subjetivo no texto constitucional. Se assim não desejasse, o constituinte originário não teria feito essa opção de natureza política. Se foi posto na constituição, esse direito subjetivo foi consideração de grande relevo pelo constituinte.

Assim, conclui¹¹⁵ Lewandowski, balizado na laicidade do Estado e na liberdade religiosa, que o ensino religioso confessional ou interconfessional não colide com a Constituição, e por isso rejeita a tese levantada pela Procuradoria Geral da República, no sentido de declara inconstitucional o art. 33, caput, e §§ 1º e 2º, da Lei 9.394/1996 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, e o artigo 11, § 1º, do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé. Nesse sentido, o ensino religioso confessional de matéria facultativa encontraria assento constitucional.

2.3 Voto de Luiz Edson Fachin

O eminente Ministro Luís Edson Fachin, acompanhando a divergência de parte dos seus pares, discorda¹¹⁶ no mérito do voto do ministro relator Luís Roberto Barroso.

Assim, o ministro faz alusão aos princípios da laicidade contido no texto constitucional no art. 19, I, da CRFB:

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

¹¹³ *Ibidem*, p.12.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ *Ibidem*, p.16.

¹¹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Voto de Luís Edson Fachin, 2017, p.2.

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.¹¹⁷

Outrossim, o ministro Fachin vai buscar em pactos internacionais, bem como em orientações de órgãos internacionais relativos a proteção de direitos humanos a reiteração da necessidade da neutralidade estatal em relação a religião.

Em casos como esse onde há a controvérsia constitucional, assevera o ministro¹¹⁸, a decisão adequadamente correta seria a que estivesse democraticamente em concordância com o Estado Constitucional, considerando o princípio *pro homini*, apreciando a humanidade de cada pessoa em dignidade.

Assim, Fachin traça¹¹⁹ que a liberdade de culto é um elemento fundamental para se constituir o espaço democrático. A religião para que professa seria mais que uma cosmovisão acerca do mundo, mas seria a própria razão de ser de sua existência.

Fachin esclarece¹²⁰ que não está a Constituição relegando a religião apenas à consciência. Está pode ser exteriorizada, não podendo ser causa de justificação das decisões de práticas públicas. O princípio da laicidade não exige o isolamento daqueles que professam uma religião, levando em consideração que laicidade difere de laicismo. Não quis o constituinte originário expurgar a religião do espaço público nacional.

Entretanto, Fachin ressalta¹²¹ que não é justificável a atuação do Estado com a cosmovisão religiosa, pois isso importaria excessivo ônus para quem não a tem. Nem tampouco, se orientar por posições antirreligiosas para que não acarrete maiores aflições a quem possui uma fé.

Numa sociedade plural, como é a atual, é importante a disseminação de saberes relativos as diversas cresças, considerando sua diversidade, dando enfoque especial as minoritárias, como assevera¹²² o ministro em seu voto. Nesse sentido a educação cumpre seu papel ao disseminar os diferentes credos.

Em virtude disso, Fachin cristaliza a ideia de que o ensino confessional contido na Lei 9. 394/ 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação) em seu art. 33, caput,

¹¹⁷ *Idem*, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, p.14.

¹¹⁸ *Idem*, Supremo Tribunal Federal, voto de Luís Edson Fachin, 2017, p.6

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Voto de Luís Edson Fachin, 2017, 2017.

¹²² *Ibidem*, Supremo Tribunal Federal, voto de José Antônio Dias Toffoli, 2017.

e §§ 1º e 2º, não afronta o texto constitucional. Sua facultativa seria de grande relevo, e não se revelaria autoritária, possuindo arejo democrático. Assim a expressão “Católico” contida no artigo 11, § 1º, do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé, também não violaria a ordem constitucional vigente, porque o restante do dispositivo legal faz menção a outras confissões religiosas. Dessa forma, encontra¹²³ harmonia com aspirações democráticas.

Concluindo seu voto, o ministro Fachin termina com a reflexão de que no mundo hodierno não há nada secular, mas com permanente autocrítica na democracia poderá um dia se tornar-se.

2.4 Voto De José Antônio Dias Toffoli

Seguindo a divergência, o ilustre ministro Dias Toffoli abre discordância do voto do Ministro Relator, apesar de fazer ressalvas quanto à densidade do seu voto. Como em seguida fez uma recapitulação da temática dos votos anteriores de seus pares, aludindo de que apesar do princípio da laicidade está aparado no texto constitucional, laicidade não se confundi com laicismo, adverte¹²⁴.

Em continuidade, o ministro aduz¹²⁵ que a Constituição traz uma série de situações onde há união entre o Estado Laico com instituições religiosas em prol do interesse comum. Desde imunidade tributária para os templos, até mesmo escolas confessionais com o financiamento público, revelando que a laicidade não se confunde com uma separação estrita da religião e o Estado.

Outrossim, o ministro Toffoli traz a memória do dia da promulgação da Lei Maior, onde houve um culto ecumênico¹²⁶, demonstrando que o Estado se abstém de possuir uma religião oficial, entretanto, isso não afasta a religião do espaço público nacional. A religião seria, segundo o mesmo, parte integrante da realidade nacional.

Nesse sentido, de forma brilhante, o ministro Toffoli aduz que “a laicidade deve ser lida à luz dos demais princípios que informam o sistema jurídico constitucional pátrio”¹²⁷, concluindo que a interpretação do princípio ora referido, não poderá estar dissociada do restante do texto da Constituição.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Voto de José Antônio Dias Toffoli, 2017, p.3.

¹²⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Voto de José Antônio Dias Toffoli, 2017, p.4.

¹²⁷ *Ibidem*, p.5.

Assim, o mesmo chega à conclusão de que a liberdade religiosa e a laicidade do Estado são princípios que devem ser analisados conjuntamente. No entanto, a liberdade religiosa não poderá ser percebida univocamente, mas possui outros caracteres a saber: a) a liberdade de consciência b) liberdade de culto c) liberdade de associação religiosa d) liberdade de comunicação de ideias¹²⁸.

Adverte¹²⁹ também, em harmonia com o voto do ministro Edson Fachin, que a liberdade de crença está intimamente ligada a liberdade de consciência, sendo que, em nomes de ideias agnósticas ou ateias, não se pode seiar o direito dos que têm fé, nem tão pouco o contrassenso. Assim, a convivência entre pensamentos discordantes forja o ambiente democrático.

Buscando amparo no histórico constitucional brasileiro, o referido ministro, assevera¹³⁰ que a previsão do ensino religioso não é uma inovação da atual ordem constitucional, mas encontrou abrigo em outras constituições a exemplo da Constituição social de 1934, em que tal previsão possui ares democrático conciliando a ensino religioso com sua facultatividade.

Citando¹³¹ o ministro Alexandre Moraes, o ministro Toffoli analisa a *ratio* do ensino religioso gizado no texto da Constituição sob a ótica do legislado constituinte, trazendo à tona que essa previsão foi amplamente debatida pelos deputados constituintes e membros da sociedade civil sem haver discordância quanto sua natureza confessional.

Consoante a harmonização entre o ensino e a liberdade de crença, o referido ministro indaga acerca da possibilidade de compatibiliza-los a luz da Constituição. Em resposta a indagação, o mesmo sinaliza que o próprio texto referente ao ensino religioso apresenta a solução ao torna-lo facultativo. Nesse sentido o art. 210, § 1º, da Constituição Federal, ao fazer menção¹³² da facultatividade resguarda tanto o Direito dos que possuem uma fé religiosa e querem se aprofundar, como o daqueles que não possui.

Baliza o ilustre jurista, que a alteração da interpretação do ensino religioso confessional para não confessional acarretaria mutação constitucional. A esse respeito, o mesmo cita¹³³ a preciosas lições do jurista Karl Laurenz, de que para haver mutação é necessário que haja um distanciamento entre o que impingiu o legislador através da norma

¹²⁸ SUIAMA *apud* BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Voto de José Antônio Dias Toffoli, 2017, p.6.

¹²⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Voto de José Antônio Dias Toffoli, 2017.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Voto de José Antônio Dias Toffoli, 2017.

¹³² BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, p.61.

¹³³ *Idem*, Supremo Tribunal Federal, Voto de José Antônio Dias Toffoli, 2017, p.9.

e a atual situação fática, elemento este que, ao ver do julgador, não está presente no caso em tela. O direito seria, então, obra humana, fruto de seu espírito não podendo deste se distanciar.

No entanto, pondera¹³⁴ em com relação de que o ensino religioso não pode ser um espaço de exclusão de crenças minoritárias, mas este de ser concretizado a luz da diversidade e do pluralismo de cosmovisões religiosas. Se assim não for conduzido estará desassociado da Constituição.

Concluindo seu voto e fazendo corretas ponderações o ministro vota pela improcedência da ação proposta pela Procuradoria Geral da República, por entender que não há vício de constitucionalidade nos dispositivos *sob judice*. Assim seguiu o entendimento vencedor da divergência, do voto do ministro relator Luís Roberto Barroso, considerando ser constitucional o ensino religioso de natureza confessional.

2.5 Voto de Gilmar Ferreira Mendes

O ministro Gilmar Mendes inicia¹³⁵ seu voto fazendo uma contextualização geral da questão abordada na ADI. O mesmo assevera que o direito à liberdade religiosa (que está intimamente ligado ao direito da consciência, previsto no art. 5º Vi da Carta Magna Brasileira) se trata de um Direito Fundamental e, ainda, abrange duas searas importantes do Direito: diz respeito ao Direito Subjetivo e aos elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva, fazendo com que a questão seja de complexidade notável, um *hard case*.

Ainda na fase de explicação da conjuntura na qual a ADI 4439 está inserida, o ministro discorre¹³⁶ sobre dois casos do Direito Internacional em que a presença de determinada religião em lugares com a presença do Estado gerou controvérsia. O primeiro caso foi de um julgamento na Corte Europeia de Direitos Humanos, que apreciou uma decisão que dizia ser ofensivo ao Estado laico e constituir doutrinação a presença de cruzes nas escolas públicas da França. A corte julgou tal entendimento não válido e disse

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ PLENO - Rejeitada questão de ordem em inquérito contra Michel Temer. Brasília: TV Justiça, 2017. (119 minutos). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=gzEHHmuwYtE&t=5129s&list=LLkBxk2yjhRSKJQuFmVT74rw&index=50>>. Acesso em 18 fev. 2018.

¹³⁶ PLENO - Rejeitada questão de ordem em inquérito contra Michel Temer. Brasília: TV Justiça, 2017. (119 minutos). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=gzEHHmuwYtE&t=5129s&list=LLkBxk2yjhRSKJQuFmVT74rw&index=50>>. Acesso em 18 fev. 2018.

que a simples presença das cruzes, no país com maioria católica, não obrigava nenhum aluno a absorver aquela doutrina, e que a preponderância da religião cristã nas decisões judiciais era inevitável, mas não feria a laicidade do Estado.

O segundo exemplo foi de um julgamento de inconstitucionalidade na Alemanha envolvendo o assunto: presença de símbolos católicos no interior das escolas públicas. Dessa vez, entretanto, a inconstitucionalidade de tal ação foi deferida. Para finalizar a contextualização, o ministro aponta¹³⁷ que a laicidade do estado não implica numa indiferença quanto às religiões, mas sim uma neutralidade, e que a presente ação de declaração de inconstitucionalidade é resultado de uma “ditadura dos agrupamentos”, onde o politicamente correto se espalha no subconsciente da população sem barreira crítica e é reproduzido.

Partindo para a análise constitucional propriamente dita da matéria, Gilmar Mendes aponta¹³⁸ que a religião cristã tem influência forte e inegável em toda cultura ocidental, e, como a Constituição também é uma carta cultural de um povo, a mesma não estaria - e nem deveria estar- livre dessa influência, citando os feriados nacionais católicos, a construção do Cristo Redentor e a constante referência à Deus nos preâmbulos das Constituições pátrias. Dito isso, o mesmo diz que considerar o ensino confessional facultativo como inconstitucional feriria o direito de exercer a religião mais presente do país em público e abriria um precedente perigoso para, segundo ele, dar mais espaço a minorias religiosas que podem se alastrar de forma maliciosa, citando os conflitos religiosos na Europa como exemplo. Votou como improcedente.

2.6 Voto de Cármen Lúcia Antunes Rocha

A exma. Min. Cármen Lúcia ficou responsável pelo voto de minerva para decidir se o Supremo Tribunal Federal acatava a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4439 ou não. Como introdução à sustentação oral de seu voto, a mesma elencou¹³⁹ os pontos onde todos os ministros que votaram, para a procedência ou improcedência da ação, concordavam: o caráter expressa e inegavelmente laico do Estado Brasileiro, a

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ PLENO - Concluído julgamento sobre ensino religioso nas escolas públicas. Brasília: TV Justiça, 2017. (126 minutos). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=bFYXebeUA9s&t=9s&list=LLkBxk2yjhRSKJQuFmVT74rw&index=40>>. Acesso em 18 fev. 2018.

importância da tolerância de ideias e a garantia da liberdade de expressão, inclusive de expressão religiosa. Delimita, então, a problemática central: se a laicidade estatal permite a existência da matéria facultativa de ensino religioso confessional no ensino fundamental em escolas públicas.

Cármem Lúcia diz¹⁴⁰ que, apesar da separação do Estado Leigo da Igreja e da religião católica, a garantia da liberdade de crença faz com que o Estado contraia inúmeras responsabilidades acerca das religiões, igrejas e afins, como se pode ver nos artigos da constituição pátria que legalizam a cooperação entre Igreja e Estado para fins sociais, que não permitem a discriminação por causa de crença e o próprio artigo que permite a matéria de ensino religioso na educação pública.

Posto isso, a presidente do STF não consegue visualizar, no texto constitucional, passagens que coadunem com a interpretação de que uma matéria facultativa de ensino religioso confessional no ensino fundamental público vá de encontro com o princípio de laicidade do Estado, pois o mesmo se comprometeu, através da garantia de liberdade de expressão religiosa, de zelar, com neutralidade, por todas as religiões e crenças. O ensino religioso facultativo de uma só religião, portanto, não se caracterizaria como uma imposição estatal de uma certa cosmovisão, pois a matéria é, constitucionalmente, facultativa, mas sim como a mais clara garantia do direito de expressão de religião e/ou crença. Também expõe¹⁴¹ que, pelo caráter facultativo da matéria, o caráter confessional, voltado para uma ou algumas religiões específicas, daria sentido à matéria, visto que se fosse se tratar de todas as religiões, a História habitual já se encarregaria do trabalho. Com isso, votou pela improcedência da ADI.

3 ANÁLISE DOS VOTOS VENCIDOS

Nesse tópico serão analisados os votos vencedores do Pleno da ADI 4439, votos esses dos ministros: Luís Roberto Barroso (relator), Rosa Weber, Luiz Fux, Marco Aurélio e Celso de Mello.

3.1 Voto de Luís Roberto Barroso

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ PLENO - Concluído julgamento sobre ensino religioso nas escolas públicas. Brasília: TV Justiça, 2017. (126 minutos). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=bFYXebeUA9s&t=9s&list=LLkBxk2yjhRSKJQuFmVT74rw&index=40>>. Acesso em 18 fev. 2018.

O ministro Barroso começa¹⁴² seu voto explicitando as etapas pelas qual o processo percorreu até chegar nesse atual estado, citando as audiências públicas, os *amicus curiae* e outros pormenores. Parte então para definir a problemática central da ADI, que, segundo o mesmo, gira em torno da “harmonização entre as normas constitucionais que preveem a liberdade religiosa, a laicidade do Estado e a oferta de ensino religioso, de um lado, e as normas infraconstitucionais que disciplinam o ensino religioso, de outro lado”¹⁴³.

O relator passa então a um remonte histórico¹⁴⁴ das religiões e da relação delas com o Estado. Elas, soberanas (assim como a Igreja), na Idade Média, perderam bastante força com o avanço da racionalidade científica, que deu combustível para que a Revolução Científica acontecesse, assim como o Iluminismo. Nessa nova era, tudo que apelava a explicações metafísicas foi deixado de lado para dar espaço à lógica, fazendo as religiões perder força e influência. Entretanto, o ser humano não conseguiu suprir sua necessidade de uma espiritualidade com a razão estrita, clamando, ainda, por algo maior do que essa realidade para se agarrar e acreditar.

Assim, as religiões reemergiram, mas diferentes: algumas crenças entraram em cisão e se subdividiram, outras mudaram seu modo de atuação, e outras surgiram do nada, principalmente aquelas que pregavam um tipo “humanismo espiritualizado”, como o Budismo, muitas vezes sem um Deus para adorar. Essa nova dinâmica surgiu, principalmente, devido aos novos parâmetros que o Iluminismo estabeleceu na sociedade, obrigando certas crenças a reverem seus conceitos e cosmovisões, e à influência mutua entre várias religiões e crenças, relação essa facilitada pelo advento da globalização no mundo moderno¹⁴⁵.

Encerrada a contextualização histórica, o ministro Luís Roberto Barroso inicia¹⁴⁶ sua análise legislativa do objeto da ADI. Começa expondo que o Brasil ficou quase uma década sem lei ordinária que regulamentasse o ensino religioso, legislação essa que chegou em 1996, com a Lei nº 9.394, que, com seu texto posteriormente alterado pela lei nº 9.475, definiu que o ensino religioso é parte essencial da formação do cidadão, mas não deve ter nenhum caráter proselitista. Com a legislação já tendo se pronunciado

¹⁴² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Voto de Luís Roberto Barroso, 2017.

¹⁴³ *Ibidem*, p.5.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p.8.

¹⁴⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Voto de Luís Roberto Barroso, 2017.

claramente sobre o assunto, Luís Roberto apresenta¹⁴⁷ três conteúdos jurídicos que servem como pilares lógico-materiais da laicidade estatal.

O primeiro conteúdo jurídico da laicidade¹⁴⁸ se dá na separação entre a Igreja e o Estado, impedindo fusões institucionais entre eles, assim como não permitindo que representantes de religião sejam aceitos como agentes públicos e que símbolos de identificação religiosa se confundam com símbolos estatais.

O segundo conteúdo diz respeito à neutralidade exigida pelo Estado no que diz respeito às religiões, impedindo-o de

(i) favoreça, promova ou subvencione religiões ou posições não-religiosas (neutralidade como não preferência); (ii) obstaculize, discrimine ou embarace religiões ou posições não-religiosas (neutralidade como não embaraço); e (iii) tenha a sua atuação orientada ou condicionada por religiões ou posições não-religiosas (neutralidade como não interferência)¹⁴⁹.

Barroso então aponta¹⁵⁰ que, como logisticamente seria impossível abrir uma matéria de ensino religioso para a crença específica de cada aluno, a religião majoritária no Brasil, a cristã, sairia beneficiada dessa permissão de ensino religioso, quebrando o caráter de neutralidade quanto a religiões do Estado.

Como terceiro e último elemento, o relator aponta¹⁵¹ o direito fundamental de garantia de liberdade religiosa. Segundo o mesmo, a adoção de um ensino religioso confessional pode facilmente constranger o aluno infante/adolescente a não manifestar sua religião/crença se a mesma for diferente da que é lecionada, com medo do provável isolamento que tal pronunciamento causaria, que seria uma forma de incentivo a uma certa religião em detrimento de outra, ferindo assim o princípio de harmonia entre todas as religiões que o estado deve proporcionar.

Assim, o mesmo crê que a possibilidade de um ensino religioso confessional ou interconfessional não poderia ser implementado no Sistema de Ensino Brasileiro sem que a laicidade estatal seja ferida gravemente em seus três pilares jurídicos essenciais. Vota pela procedência da ação.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p.15.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p.16.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p.16.

¹⁵¹ *Ibidem*, p.16-17.

3.2 Voto de Rosa Maria Weber Candiota da Rosa

A ministra Rosa Weber inicia seu voto deixando claro que concorda com o posicionamento que o relator Luís Roberto Barroso fez sobre o tema, já demonstrando qual posicionamento tomará no decorrer da sustentação oral.

Para a ministra¹⁵², a análise dos seguintes artigos da Constituição Federal endossam o que é pleiteado na petição do PGR: o art. 210 §1º, que versa que o ensino religioso, que será sempre facultativo, constituirá disciplina dos horários normais das escolas de ensino fundamental de âmbito público¹⁵³; o art. 5º VI¹⁵⁴, que garante a liberdade de consciência e de crença, assegurando, ainda, na forma da lei, o livre exercício dos cultos religiosos; e o art. 19 I da Carta Magna, que veda ao Estado “estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”¹⁵⁵.

Segundo Rosa Weber¹⁵⁶, a possibilidade da adoção de uma matéria de ensino religioso confessional feriria o caráter laico do Estado brasileiro, afetando a sua obrigatória neutralidade em face às crenças e religiões presentes na cultura pátria.

Com o escopo de basilar ainda mais seu voto, a exma. Min. Rosa Weber cita algumas passagens do artigo “Ensino Religioso e Estado Laico: Uma lição de tolerância”, onde diz

O espaço onde os diferentes universos culturais de uma sociedade plural se encontram, onde os conflitos podem se acirrar ou serem desarmados. (...) conviver com as diferenças estimula a tolerância. (...) a laicidade em absoluto não se opõe às religiões e suas manifestações públicas, nem o ensino religioso, e muito menos, a de interferir nas convicções pessoais naqueles que optam em não professar religião alguma (...) ¹⁵⁷.

¹⁵² PLENO - Suspenso julgamento sobre ensino religioso nas escolas públicas (2/2). Brasília: TV Justiça. 2017 (62 min.) Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=iLylQGVu1_A&feature=youtu.be Acesso em: 9 jan. 2018.

¹⁵³ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, p.61.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p.9.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p.14.

¹⁵⁶ PLENO - Suspenso julgamento sobre ensino religioso nas escolas públicas (2/2). Brasília: TV Justiça. 2017 (62 min.) Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=iLylQGVu1_A&feature=youtu.be Acesso em: 9 jan. 2018.

¹⁵⁷ PLENO - Suspenso julgamento sobre ensino religioso nas escolas públicas (2/2). Brasília: TV Justiça. 2017 (62 min.) Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=iLylQGVu1_A&feature=youtu.be Acesso em: 9 jan. 2018.

Por fim, é dito¹⁵⁸ que a religião e a fé dos indivíduos se encontram em foro privado e não público, devendo, assim, o Estado se manter o mais neutro possível em relação a essas religiões e crenças, tão diversas no contexto brasileiro. Vota a ação como procedente.

3.3 Voto de Luiz Fux

Em seu voto, o ministro Luiz Fux sintetiza seu pensamento. Primeiro, ele afirma que a laicidade do Estado tem como consequência a liberdade religiosa, sendo possível reclamar a neutralidade estatal nesse âmbito da vida humana. Nesse entendimento, o ensino religioso nas escolas públicas somente poderá ostentar natureza não confessional, o que é consoante a sua exegese histórica e literal dos dispositivos pertinentes, uma vez que, desde 1891, o ensino religioso é não confessional, com rara exceção que foi o Governo Vargas.¹⁵⁹

Fux esclarece que o ensino religioso das escolas públicas, para atender o princípio da unidade da constituição, deve compreender: a liberdade religiosa, o direito a não discriminação e a objeção da consciência.¹⁶⁰

Segundo o ministro, a exegese histórica dos dispositivos que regulam o ensino religioso indica que a Constituição Federal de 88, à semelhança da maioria das cartas brasileiras, institui um estado laico com um quanto democrático e de direito, o que pressupõe a inexistência de uma religião oficial, a separação de Estado e Igreja e a tolerância religiosa.¹⁶¹

Em seu entendimento, a confessionalidade do ensino público ultraja de forma bifronte a Constituição de 88, outrossim a liberdade individual religiosa e a igualdade religiosa, ao impor uma preconceção religiosa.¹⁶²

Em outro ponto, aponta que os artigos 205 e 206 da Constituição ao estabelecerem nível normativo hierárquico para que a educação vise o pluralismo de ideias e de concepções estimula a liberdade de eleição da crença pessoal como cultura

¹⁵⁸ *Ibidem.*

¹⁵⁹ *Ibidem.*

¹⁶⁰ *Ibidem.*

¹⁶¹ *Ibidem.*

¹⁶² *Ibidem.*

guardada no órgão de fé de cada cidadão.¹⁶³ Em verdade, a ideologia religiosa, ministrada por um professor para crianças e adolescentes, invadiria a autodeterminação dos alunos no campo da fé, atingindo a dignidade humana na visão kantiana. O argumento de autoridade do professor, à luz da argumentação, captura a consciência alheia, no caso, das crianças e adolescentes.¹⁶⁴

Além disso, entende que a contratação de representantes religiosos para o ensino público fica à mercê de violar os princípios da isonomia e do pluralismo religioso e incidir na máxima *ad impossibilia nemo tenetur*, porque é insuficiente o número de profissionais para esse fim.¹⁶⁵

Assim, o ministro encerra por acompanhar o voto do relator pelo proceder da ação.

3.4 Voto de Marco Aurélio Mendes de Farias Mello

O ministro Marco Aurélio, em seu voto, traz seus argumentos a favor da procedência da ADI 4439.

Primeiro, para ele, a laicidade estatal não implica no menosprezo ou na marginalização da religião na vida da comunidade, na verdade, acredita que ela afasta o dirigismo estatal no tocante à crença de cada um. Assim, o Estado laico não incentiva o ceticismo ou o aniquilamento da religião, apenas viabiliza a convivência pacífica entre as diversas cosmovisões. Ou seja, não cabe ao Estado incentivar o avanço de correntes religiosas específicas, mas, sim, assegurar um campo saudável entre as diversas cosmovisões¹⁶⁶.

Marco Aurélio aponta que o Brasil é marcado pela ampla diversidade religiosa, mas também por um sistema de ensino fundamental que apresenta graves deficiências, até mesmo na infraestrutura. Por isso, para ele, é questionável a viabilidade de se exigir dos Estados e Municípios a oferta de disciplina para cada corrente religiosa - seria utópico esperar que, em locais que não garantem sequer o ensino de matemática e português, os alunos tenham aulas de ensino religioso compatível sua variada crença¹⁶⁷.

¹⁶³ PLENO - Suspenso julgamento sobre ensino religioso nas escolas públicas (2/2). Brasília: TV Justiça. 2017 (62 min.) Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=iLylQGVu1_A&feature=youtu.be Acesso em: 9 jan. 2018.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Voto de Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, 2017, p.5.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p.8.

Para o ministro, é necessário atentar para o lugar da religião na sociedade brasileira. Embora a religião seja um aspecto relevante na sociedade, digno inclusive de tutela na Constituição Federal, ela se desenvolve no privado, no lar, na intimidade, nas escolas particulares¹⁶⁸.

Seu entendimento é de que, nas escolas públicas, local promovido pelo Estado para convívio democrático das diversas visões de mundo, deve prevalecer a ampla liberdade de pensamento, ou seja, sem o direcionamento estatal a qualquer credo. Por isso, como a ADI se refere apenas às escolas públicas, com a proibição do ensino religioso confessional, o que não influencia o âmbito privado, que permanece com plena liberdade no tocante ao currículo da disciplina, vota pela procedência do pedido¹⁶⁹.

3.5 Voto De José Celso De Mello Filho

O ministro Celso de Mello, para sustentar seu voto, apresenta duas centrais argumentações.

Primeiro, a questão da liberdade humana e a intolerância, notadamente em matéria religiosa. Para Celso de Mello, nada se revela mais nocivo e mais perigoso do que a pretensão do Estado de reprimir e cercear a liberdade de expressão, inclusive em matéria confessional. Nesse tema, acredita que o pensamento deve ser livre, essencialmente livre, mesmo que este vá de encontro às propostas doutrinárias que a maioria da coletividade tenha como preferência¹⁷⁰.

Em seu entendimento, uma das características essenciais dos regimes democráticos reside, fundamentalmente, no pluralismo de ideias. Assim regimes democráticos não convivem com práticas de intolerância ou, até mesmo, com comportamento de ódio, uma vez que, são baseados na diversidade de visões de mundo, em ordem de viabilizar uma comunidade inclusiva de cidadãos. Dessa forma, numa comunidade inclusiva, os cidadãos devem se sentir livres e protegidos contra as ações do Estado que lhes restrinjam os direitos, por motivo de crença religiosa ou convicção política ou filosófica¹⁷¹.

¹⁶⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Voto de Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, 2017, p.9.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p.9.

¹⁷⁰ *Ibidem*, Voto de Celso de Mello, 2017, p.9.

¹⁷¹ *Ibidem*, p.8.

Segundo argumento, a liberdade religiosa e o princípio da laicidade: ainda em seu entendimento, a partir dessas premissas de regime democrático, é inquestionável que a liberdade religiosa se qualifica como pressuposto essencial à prática do regime democrático. Assim, para ele, a livre expressão de ideias, pensamentos e convicções, em sede confessional, não pode e não deve ser impedida pelo Poder Público, muito menos ser submetida a ilícitas interferências do Estado¹⁷².

Para Celso de Mello, o princípio da laicidade estatal, que possui como consequência natural a separação formal entre Igreja e Estado, é uma condição essencial à prática da liberdade religiosa, esta que projeta no quadro das liberdades fundamentais, a concretização do direito à livre manifestação de ideias e convicções, que como suscitado anteriormente é um pressuposto para um regime democrático¹⁷³.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por sua interpretação sobre as religiões, o histórico e sua importância para a sociedade atual, além de sua relação jurídica com a Constituição, choque de normas que disciplinam o ensino religioso e princípios constitucionais, o voto tido pela equipe como mais acertado foi o do ministro relator Luís Alberto Barros. Nessas considerações serão resgatadas informações já apresentadas na análise do voto do referido ministro, além de apresentação de doutrinas sobre o assunto.

No entendimento do relator, a problemática central da ADI 4439, se trata da “harmonização entre as normas constitucionais que preveem a liberdade religiosa, a laicidade do Estado e a oferta de ensino religioso, de um lado, e as normas infraconstitucionais que disciplinam o ensino religioso, de outro lado”¹⁷⁴. Deduz-se então que: se há essa problemática, para ele, as normas não estão em harmonia, podem estar gerando conflito entre si, assim sendo válida a necessidade de análise constitucional do supremo.

Como explicitado anteriormente, na análise do voto, o relator faz um remonte histórico das religiões e da relação delas com o Estado. Isso dá consistência ao seu voto, pois explica o processo de separação da Igreja do Estado, como o avanço da racionalidade científica, que deu combustível para que a Revolução Científica, assim como o

¹⁷² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Voto de Celso de Mello, 2017, p.9.

¹⁷³ *Ibidem*, p.23.

¹⁷⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Voto de Luís Roberto Barroso, 2017, p.5.

Iluminismo, fizesse com que a Igreja(católica), assim como outras religiões, perdessem bastante força. Nessa nova era, tudo que apelava a explicações metafísicas foi deixado de lado para dar espaço à lógica, fazendo as religiões perder influência. Entretanto, o ser humano não conseguiu suprir sua necessidade de uma espiritualidade com a razão estrita, clamando, ainda, por algo maior do que essa realidade para se agarrar e acreditar¹⁷⁵.

No voto do ministro vimos também que Luís Roberto Barroso expõe que o Brasil ficou quase uma década sem lei ordinária que regulamentasse o ensino religioso, legislação essa que chegou em 1996, com a Lei nº 9.394, que, com seu texto posteriormente alterado pela lei nº 9.475, definiu que o ensino religioso é parte essencial da formação do cidadão, mas não deve ter nenhum caráter proselitista¹⁷⁶. Percebe-se que, materialmente falando, o ensino religioso é garantido, mas isso não implica em proselitismo.

Como explicitado por Abboud, Carnio e Oliveira, no capítulo 3 do livro: *Introdução à teoria e à filosofia do Direito*, intitulado de “Direito e sua função”, há uma relação do Direito com a regulação social, onde o direito é um fenômeno social e historicamente possui o caráter de regulador das relações humanas¹⁷⁷. Assim, como direito acaba por regular as relações humanas, resta a dúvida se esse ensino religioso disciplinado em legislação não fere o princípio da laicidade, então o ministro trata sobre isso em seu voto também.

Luís Roberto Barroso em seu voto apresenta três conteúdos jurídicos que servem como pilares lógico-materiais da laicidade estatal¹⁷⁸.

Como visto, o primeiro conteúdo jurídico da laicidade¹⁷⁹ seria o da separação entre a Igreja e o Estado, impedindo fusões institucionais entre eles, assim como não permitindo que representantes de religião sejam aceitos como agentes públicos e que símbolos de identificação religiosa se confundam com símbolos estatais.

O segundo conteúdo diria respeito à neutralidade exigida pelo Estado no que diz respeito às religiões, impedindo-o que

- (i) favoreça, promova ou subvencione religiões ou posições não-religiosas (neutralidade como não preferência); (ii) obstaculize, discrimine ou embarace religiões ou posições não-religiosas

¹⁷⁵ *Ibidem*, p.5.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p.8.

¹⁷⁷ ABBOD, Georges et al. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2013.

¹⁷⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Voto de Luís Roberto Barroso, 2017, p.15.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p.15.

(neutralidade como não embaraço); e (iii) tenha a sua atuação orientada ou condicionada por religiões ou posições não-religiosas (neutralidade como não interferência)¹⁸⁰.

Segundo entendeu Barroso, logisticamente seria impossível abrir uma matéria de ensino religioso para a crença específica de cada aluno. Assim, a religião majoritária no Brasil, a cristã, sairia beneficiada dessa permissão de ensino religioso; por isso é necessário o caráter de neutralidade no que concerne religiões por parte do Estado¹⁸¹, o que a equipe acredita ser um entendimento sensato. Fato este também apontado no voto de Marco Aurélio, que acompanhou o relator, lembrando que o Brasil é marcado por um sistema de ensino fundamental que apresenta graves deficiências, até mesmo na infraestrutura¹⁸².

O terceiro e último elemento, apontado pelo relator, é o direito fundamental de garantia de liberdade religiosa. A adoção de um ensino religioso confessional pode facilmente constranger o aluno infante/adolescente a não manifestar sua religião/crença se a mesma for diferente da que é lecionada, com medo do provável isolamento que tal pronunciamento causaria, o que seria uma forma de incentivo a uma certa religião em detrimento de outra, ferindo assim o princípio de harmonia entre todas as religiões que o estado deve proporcionar¹⁸³. Mais uma vez, a equipe entendeu que foi uma interpretação acertada, fato este também apontado no voto do ministro Luiz Fux, no fenômeno do argumento de autoridade, onde o professor, neste caso, à luz da argumentação, captura a consciência alheia¹⁸⁴.

Luís Roberto, assim, concluiu que a possibilidade de um ensino religioso confessional ou interconfessional não haveria de ter como ser implementado no Sistema de Ensino Brasileiro sem que a laicidade estatal fosse ferida gravemente em seus três pilares jurídicos essenciais. Votou pela procedência da ação.

Para Miguel Reale, a compreensão atual do problema hermenêutico se refere a interpretar uma lei, onde importa, previamente, em compreendê-la na plenitude de seus fins sociais, a fim de poder-se determinar o sentido de cada um de seus dispositivos. Somente assim a norma é aplicável a todos os casos que correspondam àqueles

¹⁸⁰ *Ibidem*, p.16.

¹⁸¹ *Ibidem*, p.16.

¹⁸² *Ibidem*, Voto de Marco Aurélio, 2017, p.8.

¹⁸³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Voto de Luís Roberto Barroso, 2017, p.16-17.

¹⁸⁴ PLENO - Suspensão julgamento sobre ensino religioso nas escolas públicas (2/2). Brasília: TV Justiça. 2017 (62 min.) Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=iLylQGVu1_A&feature=youtu.be Acesso em: 9 jan. 2018.

objetivos¹⁸⁵. Nesse entendimento hermenêutico, a equipe acredita que o voto de Barroso foi o mais acertado, pois tem uma preocupação maior com os fins sociais relacionados a princípios constitucionais de grande valor, como a liberdade e a dignidade da pessoa humana. Seu entendimento se preocupa com os alunos que serão excluídos por terem um pensamento diferente e não com a crença majoritária, pois a logística de implementação de aula para todos as crenças religiosas se faria impossível.

Como se vê, o primeiro cuidado do hermeneuta contemporâneo consiste em saber qual a finalidade social da lei, no seu todo, pois é o fim que possibilita penetrar na estrutura de suas significações particulares. O que se quer atingir é uma correlação coerente entre "o todo da lei" e as "partes" representadas por seus artigos e preceitos, à luz dos objetivos visados¹⁸⁶.

Reale também aponta pontos essenciais da hermenêutica estrutural: Primeiro - toda interpretação jurídica é de natureza teleológica (finalística) fundada na consistência axiológica (valorativa) do Direito. Segundo - toda interpretação jurídica dá-se numa estrutura de significações, e não de forma isolada. E, em terceiro, cada preceito significa algo situado no todo do ordenamento jurídico¹⁸⁷. Ou seja, deve-se analisar as normas, mas sempre interpretar com face a essa norma com relação a todo ordenamento jurídico e com observância dos seus fins.

Nada mais errôneo do que, tão logo promulgada uma lei, pinçarmos um de seus artigos para aplicá-lo isoladamente, sem nos darmos conta de seu papel ou função no contexto do diploma legislativo. Seria tão precipitado e ingênuo como dissertarmos sobre uma lei, sem estudo de seus preceitos, baseando-nos apenas em sua ementa¹⁸⁸.

O voto de Luís Roberto Barroso nessa questão também parece acertado, pois deduz-se que a Constituição possui princípios que devem ser valorados enquanto se analisa uma norma: se essa norma acaba por ferir tais princípios, ela não é constitucional.

A importância dos princípios e dos *hard cases* é sobressaltada por Dworkin:

Num sentido trivial, é inquestionável que os juízes “criam novo direito” toda vez que decidem um caso importante. Anunciam uma regra, um

¹⁸⁵ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito, São Paulo, Saraiva, 2000. **Filosofia do Direito**, v. 19, 2001.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p.272.

¹⁸⁷ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito, São Paulo, Saraiva, 2000. **Filosofia do Direito**, v. 19, 2001, p.273.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p.273.

princípio, uma ressalva a uma disposição – por exemplo, de que a segregação é inconstitucional, ou que os operários não podem obter indenização em juízo por danos provocados por companheiros de trabalho – nunca antes oficialmente declarados. Em geral, porém, apresentam essas “novas” formulações jurídicas como relatos aperfeiçoados daquilo que o direito já é, se devidamente compreendido. Alegam, em outras palavras, que a nova formulação se faz necessária em função da correta percepção dos verdadeiros fundamentos do direito, ainda que isso não tenha sido previamente reconhecido, ou tenha sido, inclusive, negado¹⁸⁹.

Por isso as decisões dos ministros são tão importantes, uma vez que são erga omnis e estão diretamente ligadas aos princípios constitucionais que norteiam a sociedade e todo o ordenamento. Como diz Dworkin, “os juízes deveriam interpretar uma lei de modo a poderem ajustá-la o máximo possível aos princípios de justiça pressupostos em outras partes do direito”¹⁹⁰. Sobre decisões do Supremo Tribunal Federal, versa Dirley:

A decisão final do Supremo Tribunal Federal que declara a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade da lei ou do ato normativo impugnado ou questionado tem eficácia contra todos (efeitos erga omnes) e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. O efeito vinculante na ação direta de inconstitucionalidade foi novidade introduzida pelo legislador ordinário (Lei nº 9.868/99, art. 28, parágrafo único⁴⁰⁹), não obstante já existente no sistema jurídico nacional para a ação declaratória de constitucionalidade, por força da Emenda Constitucional nº 03/93¹⁹¹.

Com isso em mente, a equipe escolheu o voto de Luís Roberto Barroso por ter consistência e fundamentação, assim como foi o mais prudente e sensato, o mais acertado, para a realidade do ensino brasileiro e para a harmonia do ordenamento jurídico.

Carlos Cossio afirma que [...] as viragens de jurisprudência não são correções de equívocos, mas simples mudanças de valoração na consciência jurídica, de resto absolutamente normais, porque toda experiência jurídica é de natureza estimativa e essas oscilações axiológicas ocorrem no âmbito mais geral de valoração de uma mesma lei.

No fundo, arremata o mestre argentino, o de que se trata é de algo semelhante à substituição de leis, hipótese em que, igualmente, não se poderia dizer que as normas posteriores são editadas para corrigir erros teóricos até então despercebidos na legislação em vigor, porque em

¹⁸⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo. Martins Fontes. 1999, p.9.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p.25.

¹⁹¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. Juspodivm, 2010, p.213.

verdade são epifenômenos de subjacentes transformações fático-axiológicas das quais decorrem sempre renovadas adaptações normativas¹⁹².

No ordenamento brasileiro, no entanto, questões semelhantes à tratada na ADI 4439 não são muito comuns, não existindo muitos precedentes e entendimentos dos Tribunais sobre tais questões. A ADI 4439 é, então, um marco jurisprudencial para tal matéria.

¹⁹² EL SUBSTRATO filosófico de los métodos interpretativos, Revista Universidad, Santa Fé, Argentina: Universidad Nacional dei Litoral, n. 6, p. 77-79, 1940. IN: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva - 4. ed. rev. e atual. 2009.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges et al. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 18 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4439**, rel. Min. Luís Roberto Barroso, relator p/ acórdão Min Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 21/09/2017, DJe-222 de 28-09-2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3926392>>. Acesso em 18 fev. 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. Juspodivm, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo. Martins Fontes. 1999.

EL SUBSTRATO filosófico de los métodos interpretativos, Revista Universidad, Santa Fé, Argentina: Universidad Nacional dei Litoral, n. 6, p. 77-78, 1940. IN: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva - 4. ed. rev. e atual. 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão e Dominação**. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2008. (cap. 5).

PLENO - Concluído julgamento sobre ensino religioso nas escolas públicas. Brasília: TV Justiça, 2017. (126 minutos). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=bFYXebeUA9s&t=9s&list=LLkBxk2yjhRSKJQuFmVT74rw&index=40>>. Acesso em 18 fev. 2018.

PLENO - Rejeitada questão de ordem em inquérito contra Michel Temer. Brasília: TV Justiça, 2017. (119 minutos). Disponível em: <

<https://www.youtube.com/watch?v=gzEHHmuwYtE&t=5129s&list=LLkBxk2yjhRSKJQuFmVT74rw&index=50>>. Acesso em 18 fev. 2018.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito, São Paulo, Saraiva, 2000. **Filosofia do Direito**, v. 19, 2001.

SUIAMA, Sergio Gardenghi. **Limites ao exercício da liberdade religiosa nos meios de comunicação de massa**. Disponível em: <<http://www2.prsp.mpf.gov.br/prdc/area-deatuacao/dcomuntv/Artigo%20%20Limites%20ao%20Exercicio%20da%20Liberdade%20Religiosa%20nos%20Mei.pdf>>. Acesso em 18 fev. 2018.