



DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA:

DESAFIOS PARA SUA EFETIVAÇÃO NO BRASIL



**ORGS.
CARLOS ALBERTO DE MORAES R. FILHO
ADRIANO FERNANDES FERREIRA
CARLA VIDAL GONTIJO ALMEIDA**

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA:
DESAFIOS PARA SUA EFETIVAÇÃO NO BRASIL**

Comissão Editorial

Ma. Juliana Aparecida dos Santos Miranda

Ma. Marcelise Lima de Assis

Conselho Editorial

Dr. André Rezende Benatti (UEMS*)

Dra. Andréa Mascarenhas (UNEB*)

Dra. Ayanne Larissa Almeida de Souza (UEPB)

Dr. Fabiano Tadeu Grazioli (URI) (FAE*)

Fernando Miramontes Forattini (Doutorando/PUC-SP)

Dra. Yls Rabelo Câmara (USC, Espanha)

Me. Marcos dos Reis Batista (UNIFESSPA*)

Dr. Raimundo Expedito dos Santos Sousa (UFMG)

Ma. Suellen Cordovil da Silva (UNIFESSPA*)

Nathália Cristina Amorim Tamaio de Souza (Doutoranda/UNICAMP)

Dr. Washington Drummond (UNEB*)

Me. Sandro Adriano da Silva (UNESPAR*)

*Vínculo Institucional (docentes)

Carlos Alberto de Moraes R. Filho

Adriano Fernandes Ferreira

Carla Vidal Gontijo Almeida

ORGANIZADORES

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA:
DESAFIOS PARA SUA EFETIVAÇÃO NO BRASIL**



Catu, BA

2022

© 2022 by Editora Bordô-Grená
Copyright do Texto © 2022 Os autores
Copyright da Edição © 2022 Editora Bordô-Grená

TODOS OS DIREITOS GARANTIDOS. É PERMITIDO O DOWNLOAD DA OBRA, O COMPARTILHAMENTO E A REPRODUÇÃO DESDE QUE SEJAM ATRIBUÍDOS CRÉDITOS DAS AUTORAS E DOS AUTORES. NÃO É PERMITIDO ALTERÁ-LA DE NENHUMA FORMA OU UTILIZÁ-LA PARA FINS COMERCIAIS.

Editora Bordô-Grená
<https://www.editorabordogrena.com>
bordogrena@editorabordogrena.com

Projeto gráfico: Editora Bordô-Grená
Capa: Keila Lima de Assis
Edição: Editora Bordô-Grená
Revisão textual: Anderson de Almeida Santos

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
CATALOGAÇÃO NA FONTE

Bibliotecário responsável: Roberto Gonçalves Freitas CRB-5/1549

D598

Direitos fundamentais e democracia : [Recurso eletrônico] desafios para sua efetivação no Brasil / Organizadores Carlos Alberto de Moraes R. Filho; Adriano Fernandes Ferreira; Carla Vidal Gontijo Almeida. – Catu: Bordô-Grená, 2022.

1268 kb 134fls.

Livro eletrônico

Modo de acesso: Word Wide Web <www.editorabordogrena.com>

Incluem referências

ISBN: 978-65-87035-20-3

1. Direito. 2. Democracia. 3. Direitos Humanos. 4. I. Título.

CDD 340

CDU 34

Os conteúdos dos capítulos são de absoluta e exclusiva responsabilidade dos autores.

S U M Á R I O

APRESENTAÇÃO	8
<i>Organizadores</i>	
INSTRUMENTOS PROCESSUAIS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: LINEAMENTOS DO MANDADO DE INJUNÇÃO E DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO	11
<i>Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho</i>	
A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA E OS DESAFIOS DA IGUALDADE MATERIAL	41
<i>Flávia Regina Barros Matos^e Rosemary Mendes Farias</i>	
DESATIVAÇÃO DE CONTAS COMERCIAIS DE MANEIRA UNILATERAL PELO INSTAGRAM - CONFIGURA ABUSO DE PODER?	65
<i>Giovanna Quercia Dias e Adriano Fernandes Ferreira</i>	
A CONVENÇÃO DE HAIA DE 1980 E A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DO RESP 1.351.325	87
<i>Isabella Victória Aranha Ribeiro, Regina Aquino Marques de Souza e Adriano Fernandes Ferreira</i>	
O JUIZ CONVENCIONAL E A IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: UMA ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DA OBRA DE JEFF KING	107
<i>Túlio Macedo Rosa e Silva, Karla de Siqueira Cavalcanti Azevedo e Suzy Oliveira Ribeiro</i>	
SOBRE AS AUTORAS E OS AUTORES	130
SOBRE OS ORGANIZADORES	132

APRESENTAÇÃO

A presente obra coletiva, intitulada “Direitos fundamentais e democracia: desafios para sua efetivação no Brasil”, reúne artigos de autores e autoras de diversos cantos do Brasil que versam, como seu nome indica, sobre os mais variados aspectos de dois temas centrais do direito constitucional: “democracia” e “direitos fundamentais”.

Quanto ao primeiro dos citados temas, cabe destacar que não há apenas uma única definição de “democracia”, tendo em vista que referida expressão pode ser tomada em duas acepções: *formal* e *material*.

Democracia em sentido formal ou estrito, é um sistema de organização política que se traduz na fórmula clássica: *todo poder emana do povo e em seu nome será exercido*.

Referida fórmula encontra-se positivada, no ordenamento jurídico brasileiro, no parágrafo único do art. 2º da Constituição Federal, com os seguintes dizeres: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Consoante se infere da leitura do enunciado constitucional transcrito, a democracia em sentido formal divide-se, por sua vez, em duas categorias: a *participativa* e a *representativa*.

A *democracia participativa* (ou *direta*) é a que se dá quando o povo expressa a sua vontade por voto direto em cada assunto particular, sem intermediação de representantes.

Na Grécia, considerada o “berço” da democracia, esta era praticada de forma *direta*, o que somente era possível porque a cidade era de reduzidas dimensões e o número de cidadãos diminuto¹.

¹ Ressalte-se que, embora a população de Atenas fosse grande, a maioria dela não era composta de cidadãos, assim entendidas as pessoas que tinham direitos políticos. Mulheres, escravos e crianças, por exemplo, não participavam das deliberações.

Com o advento da modernidade e o crescimento do número de cidadãos, a utilização de métodos deliberativos diretos tornou-se cada vez mais inviável², dando origem, assim, à *democracia representativa* (ou *indireta*), que, no dizer de Bobbio, é aquela na qual “as deliberações coletivas, isto é, as deliberações que dizem respeito à coletividade inteira, são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte, mas por pessoas eleitas para essa finalidade”³.

Em seu sentido substancial (ou material), regime democrático é um ambiente no qual são reconhecidos e garantidos os “direitos fundamentais da pessoa humana”, que, consoante inicialmente exposto, são justamente o segundo conceito fundamental da presente obra.

Tal noção tem suas bases formuladas no século XVIII, tendo sido uma das principais bandeiras levantadas pelas revoluções burguesas na América, na França e na Inglaterra, que lutavam contra o absolutismo⁴.

O aspecto substancial da democracia, consoante destaca Dahl, garante aos cidadãos uma série de direitos fundamentais que os sistemas não-democráticos não concedem nem podem conceder: “A democracia não é apenas um processo de governar. Como os direitos são elementos necessários nas instituições políticas democráticas, a democracia também é inerentemente um *sistema de direitos*. Os direitos estão entre os blocos essenciais da construção de um processo de governo democrático” (destaque nosso)⁵.

² BEÇAK, Rubens. *Democracia: hegemonia e aperfeiçoamento*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 20.

³ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015, p. 73.

⁴ BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. *Democracia constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 52.

⁵ DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 61-62.

O aspecto material (substancial) do regime democrático é reconhecido no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), de cuja ementa extrai-se este trecho: “(...) a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às ideias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da ‘democracia’ para extinguir a Democracia”⁶.

Pretende-se, com a presente publicação, contribuir com os debates acadêmicos acerca dos obstáculos à efetivação do regime democrático no Brasil em seu aspecto material (substancial), isto é, à concretização dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Os coordenadores

⁶ STJ, AgRg no AREsp 790.767/MG, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, j. em 03.12.2015, *DJe* 14.12.2015.

CAPÍTULO 1

INSTRUMENTOS PROCESSUAIS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: LINEAMENTOS DO MANDADO DE INJUNÇÃO E DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho

INTRODUÇÃO

No contexto da presente obra, que analisa os obstáculos à efetivação do regime democrático no Brasil em seu aspecto material, isto é, relativamente à concretização dos direitos fundamentais, este artigo tem por objeto os instrumentos processuais destinados ao referido propósito, a saber: o mandado de injunção (MI) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO).

A inconstitucionalidade é o fenômeno que se configura quando são editadas normas infraconstitucionais em desconformidade com o Texto Constitucional (inconstitucionalidade por ação) ou quando deixam de ser editados atos legislativos ou administrativos indispensáveis para tornar plenamente aplicável uma norma constitucional (inconstitucionalidade por omissão).

Para esta segunda hipótese, a Constituição Federal de 1988 prevê dois instrumentos: (i) o *mandado de injunção*, quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, inciso LXXI); e (ii) a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão* (art. 103, § 2º).

É sobre tais ações que versa o presente trabalho. Referido estudo, ressalte-se, será desenvolvido levando em consideração, principalmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: DEFINIÇÃO E ESPÉCIES

Conforme anteriormente exposto, o desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental.

Inconstitucionalidade *por ação* (ou *positiva*) é a que deriva de um “*facere*” (comportamento ativo) do Poder Público, que edita normas (atos legislativos ou administrativos) em desacordo, formal ou material, com o que dispõe a Constituição, ofendendo, assim, os preceitos que nela se acham consignados¹.

Inconstitucionalidade *por omissão* (ou *negativa*), prevista no § 2º do art. 103 da CF, por sua vez, é a que se configura quando deixam de ser editados atos legislativos ou administrativos necessários e indispensáveis para tornar plenamente aplicável uma norma constitucional². A inconstitucionalidade por omissão resulta de um “*non facere*” ou “*non praestare*”, isto é, da inércia de qualquer órgão de poder, o qual deixa de praticar em certo tempo o ato exigido pela Constituição³. Materializa-se quando aquele que deveria dar implemento à vontade constitucional, não o faz⁴. A inconstitucionalidade por omissão

¹ ADI-MC 1458/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 23.05.1996, *DJ* 20.09.1996, p. 34531; AI-ED 598212/PR, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. em 25.03.2014, *DJe*-077 divulg. 23.04.2014 public. 24.04.2014.

² FIGUEIREDO, Marcelo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 41.

³ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. t. II. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 338.

⁴ FIGUEIREDO, Marcelo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 43.

decorre, pois, do descumprimento, total ou parcial, da obrigação constitucional de legislar, consoante leciona Dirley da Cunha Júnior:

(...) tão grave quanto atuar em desconformidade com o texto supremo, é omitir-se em face de uma determinação nele contida. Assim, é tão inconstitucional uma ação normativa estatal em contraste com a Constituição, como uma omissão indevida em face desse mesmo diploma. Há, pois, omissão inconstitucional quando, devendo agir para tornar efetiva norma constitucional, o poder público cai inerte, abstendo-se indebitamente.⁵

A inconstitucionalidade por omissão classifica-se como *total*, quando é *nenhuma* a providência adotada pelo Estado para a realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e

⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 559. Confira-se, a respeito, o seguinte julgado do STF: “DESCUMPRIMENTO DE IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL LEGIFERANTE E DESVALORIZAÇÃO FUNCIONAL DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA. - O Poder Público – quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de legislar, imposto em cláusula constitucional, de caráter mandatório – infringe, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos” (ADI 1484/DF, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. em 21.08.2001, DJ 28.08.2001, p. 30). No mesmo sentido: STF, MI 542/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 29.08.2001, DJ 28.06.2002, p. 89.

exequíveis. Considera-se *parcial* a inconstitucionalidade por omissão, quando é *insuficiente* a medida efetivada pelo Poder Público⁶.

Na Lei n. 13.300, de 23.06.2016 – que disciplina o processo da ação de mandado de injunção –, podemos encontrar a definição de omissão parcial no parágrafo único do art. 2º, assim redigido: “Considera-se parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente”.

Se é parcial a regulamentação, tem-se configurada, em relação à parte não regulamentada, a *omissão inconstitucional parcial*, que se configura quando o legislador tenha elaborado norma que não corresponde, plenamente, ao dever constitucional de legislar, caracterizando, assim, *atendimento insatisfatório ou incompleto* de exigência constitucional de legislar⁷.

⁶ STF, ADI-MC 1439/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 22.05.1996, *DJ*30.05.2003, p. 28. Do referido acórdão extrai-se o seguinte trecho: “A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. – As situações configuradoras de omissão inconstitucional – ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário – refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário”. No mesmo sentido: STF, ADI-MC 1458/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 23.05.1996, *DJ*20.09.1996, p. 34531; ADI 1442/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 03.11.2004, *DJ* 29.04.2005, p. 7; MI 542/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 29.08.2001, *DJ*28.06.2002, p. 89.

⁷ Exemplo de situação caracterizadora de inconstitucionalidade por omissão parcial é a fixação do valor do salário mínimo em patamar insuficiente a atender as exigências dispostas no inciso IV do art. 7º da CF, consoante reconheceu o STF: “A insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo – definido em importância que se revele incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família – configura um claro descumprimento, ainda que parcial, da Constituição da República, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração digna (CF, art. 7º, IV), estará realizando, de modo imperfeito, porque incompleto, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica” (ADI 1442/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 03.11.2004, *DJ* 29.04.2005, p. 7).

As hipóteses de omissão inconstitucional parcial situam-se em uma *zona de fronteira entre a ação e a omissão inconstitucional*, evidenciando a *relativa fungibilidade* entre o controle de constitucionalidade das condutas omissivas e comissivas⁸. Por isso, entende o STF ser possível a *cumulação de pedidos alternativos* de saneamento da omissão e de afastamento do diploma editado⁹.

O MANDADO DE INJUNÇÃO

A mera declaração constitucional dos direitos fundamentais não é suficiente para, por si mesma, assegurar o respeito a eles.

*Writs*¹⁰ constitucionais (ou “remédios constitucionais” ou, ainda, “garantias de direito constitucional”) são, assim, os meios colocados à disposição dos indivíduos pela Constituição Federal (CF) para a proteção dos seus direitos fundamentais, quando lesados ou ameaçados. Tais remédios,

⁸ STF, ADI 875/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. em 24.02.2010, *DJe*-076 divulg. 29.04.2010 public. 30.04.2010.

⁹ Nesse sentido: STF, ADI 4079/ES, Rel. Min. Roberto Barroso, Pleno, j. em 26.02.2015, *DJe*-082 divulg. 04.05.2015 public. 05.05.2015. No mesmo sentido: “A cumulação simples de pedidos típicos de ADI e de ADI por omissão é processualmente cabível em uma única demanda de controle concentrado de constitucionalidade, desde que satisfeitos os requisitos previstos na legislação processual civil” (STF, ADI 4650/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, j. em 17.09.2015, *DJe*-034 divulg. 23.02.2016 public. 24.02.2016). Ressalte-se que o *mandado de segurança* não se qualifica como instrumento processualmente adequado a arguição de inconstitucionalidade de lei por omissão parcial. Nesse sentido: STF, RMS 21662/DF, Rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, j. em 05.04.1994, *DJ*20.05.1994, p. 12248.

¹⁰ “Em língua inglesa, no sentido leigo, *writ* significa escrito, lei, regulamento, édito, ordem. (...) Tecnicamente, em linguagem jurídica, writ deve ser entendido como mandado, ordem a ser cumprida. (...)

A expressão *writ* procede, pois, do direito inglês, desde os tempos da Magna Carta, sempre com o sentido de ordem. Conheciam-se várias espécies de *writ*, que constituíam medidas destinadas a assegurar a liberdade e o direito dos cidadãos, quando ameaçados ou turbados.

Hoje, o sentido não é diverso, pois verdadeiramente se cuida de um mandamento expedido pelo órgão jurisdicional competente, no exercício da soberania de suas funções estatais, endereçado a quem deve cumprir a lei, seja autoridade ou mesmo a própria pessoa física” (ACKEL FILHO, Diomar. *Writs constitucionais*: “habeas corpus”, mandado de segurança, mandado de injunção, “habeas data”. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 7).

quando visam provocar a atividade jurisdicional do Estado, são denominados “ações constitucionais”.

Dentre tais ações, destaca-se o *mandado de injunção*, previsto no inciso LXXI do art. 5º da CF, assim redigido: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Referida ação é disciplinada, no plano infraconstitucional, pela Lei n. 13.300, de 23.06.2016.

Nos termos do dispositivo constitucional anteriormente referido, o mandado de injunção é a ação¹¹ cabível quando o exercício dos direitos naquele mencionados esteja sendo obstado pela ausência de norma infraconstitucional regulamentadora¹². Trata-se, pois, de ação que foi instituída pela Constituição de 1988 como instrumento para conferir efetividade às normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais.

De acordo com o disposto no inciso LXXI do art. 5º da CF, são dois os pressupostos da impetração do mandado de injunção:

¹¹ O STF reconheceu que o mandado de injunção tem a natureza de *ação*: MI 516/SP, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, j. em 24.04.1997, *DJ*06.06.1997, p. 24871.

¹² Confira-se, a respeito, o seguinte julgado: “O preceito constitucional invocado pela impetrante, CF, art. 156, § 3º, II, não menciona o serviço prestado pela impetrante. A impetrante não é titular, portanto, de direito concedido pela Constituição, cujo exercício estaria inviabilizado pela ausência de norma infraconstitucional” (STF, MI-AgR 590/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, j. em 26.03.2003, *DJ*09.05.2003, p. 45). No mesmo sentido, destacando ser pressuposto do mandado de injunção a inviabilidade de exercício de prerrogativa constitucional: MI-AgR 3875/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, j. em 09.06.2011, *DJe*-148 divulg. 02.08.2011 public. 03.08.2011.

- a) pressuposto positivo: a existência de uma norma constitucional de eficácia limitada¹³ que:
- b) consagre um direito¹⁴ ou prerrogativa, esta última inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania;
- c) imponha ao Poder Público o dever de legislar¹⁵, isto é, de regulamentar a norma constitucional;

¹³ STF, MI-AgR 2411/DF, Rel. Min. Rosa Weber, Pleno, j. em 01.08.2014, *DJe*-165 divulg. 26.08.2014 public. 27.08.2014. No mesmo sentido é a jurisprudência do STJ: AgRg no MI 241/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Corte Especial, j. em 29.03.2017, *DJe* 05.04.2017; AgRg no MI 225/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Corte Especial, j. em 21.06.2017, *DJe* 29.06.2017. Bernardo Silva de Seixas, a propósito, leciona que “o mandado de injunção não é cabível quando a norma constitucional for de eficácia plena ou contida, tendo em vista que essas normas são autoexecutáveis, portanto, não necessitam de atuação do legislador infraconstitucional para podrem ser usufruídas pelos indivíduos” (*Inconstitucionalidade por omissão*: a proteção da constituição contra o silêncio do legislador. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 159). No mesmo sentido: MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de injunção*: um instrumento de efetividade da Constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 72.

¹⁴ STF, MI 135/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, j. em 05.08.1994, *DJ* 23.09.1994, p. 25325. O inciso LXXI do art. 5º da CF refere-se a “direitos e liberdades constitucionais”. Entendemos que a menção a “liberdades” é, no caso, desnecessária, pois as mesmas estão compreendidas na expressão “direitos”, por se apresentarem como espécies destes.

¹⁵ BITENCOURT NETO, Eurico. *Mandado de injunção na tutela de direitos sociais*. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 104.

- d) pressuposto negativo: omissão legislativa (isto é, falta de norma regulamentadora) que torne inviável o exercício do referido direito ou prerrogativa¹⁶.

O inciso LXXI do art. 5º da CF refere-se à “falta de norma regulamentadora”. Já o art. 2º da Lei n. 13.300/2016 menciona “a *falta total ou parcial* de norma regulamentadora” (destaque nosso). O parágrafo único do citado dispositivo legal, por sua vez, estabelece: “Considera-se parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente”¹⁷.

¹⁶ PIOVESAN, Flávia C.. *Proteção judicial contra omissões legislativas*: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 117-118; SOUZA, Luciane Moessa de. *Normas constitucionais não-regulamentadas*: instrumentos processuais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 78-79. Nesse sentido: “É inarredável, para o exame da demanda, a demonstração da presença de dois pressupostos constitutivos: i) existência de uma omissão legislativa relativa a um direito ou liberdade garantidos constitucionalmente; ii) inviabilização do direito da parte pela ausência desta norma infraconstitucional regulamentadora” (STF, MI-AgR 3920/RN, Rel. Min. Edson Fachin, Pleno, j. em 26.11.2015, *DJe*-248 divulg. 09.12.2015 public. 10.12.2015). No mesmo sentido: “A estrutura constitucional do mandado de injunção impõe, como um dos pressupostos essenciais de sua admissibilidade, a ausência de norma regulamentadora. Essa situação de lacuna técnica – que se traduz na existência de um nexo causal entre o *vacuum juris* e a impossibilidade do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania – constitui requisito necessário que condiciona a própria impetrabilidade desse novo remédio instituído pela Constituição de 1988” (STF, MI-AgR 81/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 20.04.1990, *DJ*25.05.1990, p. 04603). No mesmo sentido: MI-AgR 78/DF, Rel. Min. Aldir Passarinho, Pleno, j. em 22.03.1991, *DJ*10.05.1991, p. 5929. “Não cabe mandado de injunção quando já existe norma que regulamente o dispositivo constitucional em questão” (STF, MI-ED 742/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. em 10.03.2008, *DJe*-097 divulg. 29.05.2008 public. 30.05.2008). No mesmo sentido: STF, MI-ED 2275/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, j. em 18.12.2013, *DJe*-033 divulg. 17.02.2014 public. 18.02.2014.

¹⁷ Sobre o tema: CHADDAD, Maria Cecília Cury. *A efetividade das normas constitucionais através do mandado de injunção*: o controle da omissão parcial. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

Assim, na petição inicial de mandado de injunção, deve o impetrante *especificar* o direito constitucional cujo exercício esteja sendo obstado pela ausência total ou parcial de norma regulamentadora¹⁸.

Por conseguinte, o mandado de injunção perde o objeto da impetração:

- a) pela superveniente revogação do dispositivo constitucional que se pretendia regulamentar¹⁹;
- b) pela superveniência da norma regulamentadora do dispositivo constitucional a que se refere a impetração²⁰.

Não cabe mandado de injunção nos casos em que a norma constitucional não necessite ser complementada por norma infraconstitucional, isto é, quando a estrutura do enunciado constitucional *esteja completa*, inexistindo, pois, a exigência constitucional de que o Legislativo produza norma destinada a regulamentar o Texto Constitucional²¹.

Nos casos em que se pretenda obter a declaração judicial de que um direito decorre diretamente de norma de *eficácia plena*, autoexecutável, e que,

¹⁸ “Inviável o processamento do mandado de injunção quando o impetrante sequer especifica, na inicial, direito constitucional cujo exercício esteja sendo obstado em virtude de lacuna regulamentadora” (STF, MI-AgR 2437/DF, Rel. Min. Rosa Weber, Pleno, j. em 19.06.2013, *DJe*-159 divulg. 14.08.2013 public. 15.08.2013).

¹⁹ STF, MI-AgR 646/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, j. em 04.08.2005, *DJ* 26.08.2005, p. 6.

²⁰ STF, MI 102/PE, Rel. p/ Acórdão: Min. Carlos Velloso, Pleno, j. em 12.02.1998, *DJ* 25.10.2002, p. 25; MI-AgR 575/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. em 29.10.1998, *DJ* 26.02.1999, p. 13; MI-AgR 634/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, j. em 26.10.2005, *DJ* 25.11.2005, p. 6; MI-AgR 698/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, j. em 31.05.2006, *DJ* 23.06.2006, p. 4; MI-AgR 2182/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, Pleno, j. em 24.04.2013, *DJe*-086 divulg. 08.05.2013 public. 09.05.2013; MI-AgR 4831/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, Pleno, j. em 29.05.2013, *DJe*-168 divulg. 27.08.2013 public. 28.08.2013; MI-AgR 5017/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 11.06.2014, *DJe*-162 divulg. 21.08.2014 public. 22.08.2014; MI-ED 5731/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, j. em 18.12.2014, *DJe*-036 divulg. 24.02.2015 public. 25.02.2015.

²¹ STF, MI-QO 74/SP, Rel. Min. Carlos Madeira, Pleno, j. em 15.03.1989, *DJ* 14.04.1989, p. 5456; MI 598/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, j. em 16.06.2010, *DJe*-198 divulg. 07.10.2013 public. 08.10.2013.

portanto, sua imediata fruição *dispensa regulamentação*, cabível não é o mandado de injunção, mas o mandado de segurança²².

Ressalte-se que o mandado de injunção pressupõe a *inexistência* de normas regulamentadoras de direito assegurado na CF²³. Assim, não cabe mandado de injunção para fins de *questionamento da disciplina legal vigente*²⁴, ou seja, se a norma infraconstitucional regulamentadora existe, mas o

²² Nesse sentido é a jurisprudência do STJ: RMS 38821/DF, Rel. p/ Acórdão Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, j. em 21.03.2013, *DJe* 05.09.2013; AgInt no RMS 53659/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, 1ª Turma, j. em 22.08.2017, *DJe* 03.10.2017.

²³ STF, MI 701/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. em 29.09.2004, *DJ* 04.02.2005, p. 8; MI 703/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. em 23.09.2004, *DJ* 12.11.2004, p. 6; MI 702/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. em 29.08.2004, *DJ* 04.02.2005, p. 8; MI-AgR 751/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, j. em 11.10.2007, *DJ* 09.11.2007, p. 751.

²⁴ STF, MI 582/RJ, Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, j. em 28.08.2002, *DJ* 28.02.2003, p. 9; MI-AgR 744/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, j. em 18.12.2013, *DJe*-033 divulg. 17.02.2014 public. 18.02.2014.

impetrante a considera insatisfatória²⁵ ou inconstitucional²⁶. De igual modo, não se admite mandado de injunção para buscar o cumprimento de norma regulamentadora de dispositivo constitucional²⁷.

Consoante anteriormente exposto, o mandado de injunção pressupõe a falta de regulamentação de uma norma constitucional que imponha ao Poder

²⁵ STF, MI-AgR 600/BA, Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, j. em 26.03.2003, *DJ*09.05.2003, p. 45; MI-AgR 2182/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, Pleno, j. em 24.04.2013, *DJe*-086 divulg. 08.05.2013 public. 09.05.2013; MI-AgR 4831/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, Pleno, j. em 29.05.2013, *DJe*-168 divulg. 27.08.2013 public. 28.08.2013; MI-ED 5907/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, Pleno, j. em 25.11.2015, *DJe*-252 divulg. 15.12.2015 public. 16.12.2015.

²⁶ O STF já decidiu que não se presta o mandado de injunção “a remediar os vícios de inconstitucionalidade que possa ostentar a lei editada para implementar a Constituição” (MI-QQ 608/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, j. em 01.06.2000, *DJ*25.08.2000, p. 60). No mesmo sentido: “Não cabe mandado de injunção, para, sob color de reclamar a edição de norma regulamentadora de dispositivo constitucional (art. 39, § 1º da CF), pretender-se a alteração de lei já existente, supostamente incompatível com a Constituição” (STF, MI-AgR 79/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, Pleno, j. em 02.08.1990, *DJ* 24.03.1995, p. 6802). No mesmo sentido: “O mandado de injunção não é o meio próprio a lograr-se o controle concentrado de constitucionalidade de certa norma” (STF, MI-AgR 575/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. em 29.10.1998, *DJ*26.02.1999, p. 13). No mesmo sentido: “Refoge ao âmbito de finalidade do mandado de injunção corrigir eventual inconstitucionalidade que infirme a validade de ato em vigor” (STF, MI 58/DF, Rel. p/ Acórdão: Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 14.12.1990, *DJ*19.04.1991, p. 4580). No mesmo sentido: MI-AgR 81/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 20.04.1990, *DJ*25.05.1990, p. 04603. No mesmo sentido: “Não cabe mandado de injunção para tornar efetivo o exercício da imunidade prevista no art. 195, § 7.º, da Carta Magna, com alegação de falta de norma regulamentadora do dispositivo, decorrente de suposta inconstitucionalidade formal da legislação ordinária que disciplinou a matéria. Impetrante carecedora da ação” (STF, MI 605/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, Pleno, j. em 30.08.2001, *DJ*28.09.2001, p. 38). Segundo o STF, a arguição de inconstitucionalidade de normas já existentes é causa de pedir incompatível com o uso do mandado de injunção (MI-AgR 609/RJ, Rel. Min. Octavio Gallotti, Pleno, j. em 01.06.2000, *DJ*22.09.2000, p. 70).

²⁷ STF, MI-ED 2275/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, j. em 18.12.2013, *DJe*-033 divulg. 17.02.2014 public. 18.02.2014; MI-AgR 4948/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, j. em 18.12.2013, *DJe*-033 divulg. 17.02.2014 public. 18.02.2014; MI-AgR 4340/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, j. em 18.12.2013, *DJe*-033 divulg. 17.02.2014 public. 18.02.2014; MI-AgR 4741/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, j. em 18.12.2013, *DJe*-033 divulg. 17.02.2014 public. 18.02.2014; MI-ED 5089/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, j. em 18.12.2013, *DJe*-034 divulg. 18.02.2014 public. 19.02.2014; MI-ED-segundos 5087/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, j. em 18.12.2013, *DJe*-034 divulg. 18.02.2014 public. 19.02.2014; MI-AgR 2435/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, j. em 18.12.2013, *DJe*-034 divulg. 18.02.2014 public. 19.02.2014; MI-AgR 4651/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, j. em 18.12.2013, *DJe*-035 divulg. 19.02.2014 public. 20.02.2014; MI-ED 5085/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, j. em 14.05.2014, *DJe*-109 divulg. 05.06.2014 public. 06.06.2014.

Público o dever de regulamentá-la. Dito de outro modo, somente será cabível tal ação onde houver um “dever constitucional de legislar” e, por conseguinte, um “direito subjetivo à legislação”, conforme já reconheceu o Supremo Tribunal Federal (STF):

O direito à legislação só pode ser invocado pelo interessado, quando também existir – simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional – a previsão do dever estatal de emanar normas legais. Isso significa que o direito individual à atividade legislativa do Estado apenas se evidenciará naquelas estritas hipóteses em que o desempenho da função de legislar refletir, por efeito de exclusiva determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável imposta ao Poder Público. Para que possa atuar a norma pertinente ao instituto do mandado de injunção, revela-se essencial que se estabeleça a necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e o consequente reconhecimento do direito público subjetivo à legislação, de outro, de tal forma que, ausente a obrigação jurídico-constitucional de emanar provimentos legislativos, não se tornará possível imputar comportamento moroso ao Estado, nem pretender acesso legítimo à via injuncional²⁸.

Assim, pelo exposto, conclui-se não ser cabível mandado de injunção para suprir lacuna de legislação que se refira a eventuais prerrogativas a serem estabelecidas discricionariamente pelo Poder Público, isto é, nos casos em que este não está obrigado a regulamentar a matéria, por não existir, na Constituição Federal, qualquer preceito consubstanciador de determinação para se que legisle, especificamente, sobre determinado tema²⁹.

É o caso, por exemplo, do inciso XIII do art. 5º da CF, que garante o livre exercício “de qualquer trabalho, ofício ou profissão, *atendidas as*

²⁸ STF, MI 542/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 29.08.2001, *DJ*28.06.2002, p. 89.

²⁹ STF, MI 168/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, j. em 21.03.1990, *DJ*20.04.1990, p. 03047; MI-AgR 766/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, j. em 21.10.2009, *DJc*-213 divulg. 12.11.2009 public. 13.11.2009.

qualificações profissionais que a lei estabelecer” (destaque nosso). O STF, apreciando mandado de injunção impetrado sob a alegação de ausência de regulamentação de atividade profissional, decidiu não ser cabível, em tal caso, a referida ação, em razão de inexistir dispositivo constitucional que imponha ao poder público o dever de regulamentar atividade profissional³⁰.

Não cabe mandado de injunção no caso de omissão legislativa que tenha por fundamento comando estabelecido em norma de *hierarquia infraconstitucional*, “deixando de espelhar ordem ao legislador retirada diretamente da Constituição Federal”³¹.

³⁰ STF, MI-AgR 6113/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, j. em 22.05.2014, *DJe*-114 divulg. 12.06.2014 public. 13.06.2014. Ademais, consoante reconheceu o STF no referido julgado, o art. 5º, inciso XIII, da CF “é norma de aplicação imediata e eficácia contida que pode ser restringida pela legislação infraconstitucional. Inexistindo lei regulamentando o exercício da atividade profissional dos substituídos, é livre o seu exercício”. Ora, se a norma é de aplicabilidade imediata – as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais o são (art. 5º, § 1º, CF) –, logo não é cabível – por ser desnecessário – o mandado de injunção para tal situação.

³¹ “O mandado de injunção não é remédio destinado a fazer suprir lacuna ou ausência de regulamentação de direito previsto em norma infraconstitucional (...)” (STF, MI-AgR 766/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, j. em 21.10.2009, *DJe*-213 divulg. 12.11.2009 public. 13.11.2009). Nesse sentido: STF, MI-ED 5392/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, j. em 19.09.2013, *DJe*-210 divulg. 22.10.2013 public. 23.10.2013; MI-AgR 3318/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, j. em 19.09.2013, *DJe*-227 divulg. 18.11.2013 public. 19.11.20103; MI-ED 2975/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, j. em 07.11.2013, *DJe*-239 divulg. 04.12.2013 public. 05.12.2013 (referidas ações versavam sobre a regulamentação do art. 68 da Lei n. 11.101, de 09.02.2005 – Lei de Falências). No mesmo sentido: MI-AgR 554/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. em 10.04.2008, *DJe*-092 divulg. 21.05.2008 public. 23.05.2008 (no qual se alegava omissão legislativa em relação à regulamentação do Decreto-lei n. 2.318, de 30.12.1986). No mesmo sentido é a jurisprudência do STJ: “O mandado de injunção exige a previsão constitucional do direito ou da garantia que se pretende exercer, não sendo o instrumento cabível para a proteção de benefícios de ordem meramente patrimonial previstos em norma infraconstitucional” (STJ, MI 211/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, j. em 05.10.2011, *DJe* 14.10.2011). No mesmo sentido: AgRg no MI 241/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Corte Especial, j. em 29.03.2017, *DJe* 05.04.2017; AgRg no MI 225/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Corte Especial, j. em 21.06.2017, *DJe* 29.06.2017.

A simples *tramitação de projetos* não é capaz de elidir a mora legislativa³². Dito de outro modo, a pendência de projetos de lei não descaracteriza a evidência da inconstitucionalidade da persistente omissão de legislar³³.

Não resta configurada mora legislativa quando a omissão no elaborar a lei exigida pelo Texto Constitucional encontra-se suprida, embora provisoriamente, pelo próprio legislador constituinte, por norma constante do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), pois, nesta hipótese, não se acha inviabilizado o exercício de direito³⁴.

A EFICÁCIA DA DECISÃO PROFERIDA EM MANDADO DE INJUNÇÃO

Durante muito tempo discutiu-se sobre qual seria a *eficácia* da decisão que julga precedente o mandado de injunção.

Entre os doutrinadores, havia quem defendesse que referida decisão, ao reconhecer a mora legislativa, apenas determinaria que o poder, órgão, entidade ou autoridade adotasse as providências necessárias para supri-la.

Mas havia, também, os que sustentavam a tese de que, pelo fato do mandado de injunção ter por objetivo solucionar um caso concreto, a decisão

³² STF, MI 323/DF, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, j. em 08.04.1994, *DJ* 09.12.1994, p. 34080.

³³ STF, MI 361/RJ, Rel. p/ Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, j. em 08.04.1994, *DJ* 17.06.1994, p. 15707.

³⁴ Assim decidiu o STF, ao julgar mandado de injunção impetrado para suprimimento da omissão do Congresso Nacional quanto à elaboração da lei complementar prevista no inciso I do art. 7º da CF. Entendeu a Corte que a falta da referida legislação estaria suprida pela disposição do art. 10 do ADCT (MI 114/SP, Rel. Min. Octavio Gallotti, Pleno, j. em 04.04.1991, *DJ* 19.02.1993, p. 2030). No mesmo sentido: MI 628/RJ, Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, j. em 19.08.2002, *DJ* 25.10.2002, p. 25; MI 487/DF, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. em 22.06.1995, *DJ* 29.06.1995, p. 20243.

de procedência da referida ação “criaria” a norma jurídica regulamentadora³⁵, determinando de imediato a aplicação do direito reclamado, de molde a obtenção da satisfação do pedido, pois caso contrário o mandado de injunção seria medida de todo inócua e desprovida de efeito prático.

O STF entendia, inicialmente, que referida ação teria por finalidade apenas obter a declaração judicial de inconstitucionalidade da omissão normativa e dar ciência ao poder competente para que adotasse as providências necessárias para supri-la³⁶. Nesta perspectiva, a decisão que julga procedente o mandado de injunção equivaleria àquela proferida nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão (ADO), que produz os efeitos descritos no § 2º do art. 103 da CF, que assim dispõe: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, *será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias* e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias” (destaque nosso).

Todavia, a Corte modificou seu posicionamento, tendo passado a adotar a tese de que o mandado de injunção é ação de natureza *mandamental* e não simplesmente declaratória de omissão, destinando-se, pois à *concretização, caso a caso, do direito constitucional não regulamentado*³⁷.

Assim, por exemplo, no caso do art. 37, inciso VII, da CF (com redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 04.06.1998), que assegura aos

³⁵ FIGUEIREDO, Marcelo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 73.

³⁶ MI 219/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, Pleno, j. em 22.08.1990, *DJ*19.05.1995, p. 13989; MI 323/DF, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, j. em 08.04.1994, *DJ*09.12.1994, p. 34080; MI 278/MG, Rel. p/ Acórdão: Min. Ellen Gracie, Pleno, j. em 03.10.2001, *DJ*14.12.2001, p. 28; MI 485/MT, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, j. em 25.04.2002, *DJ*23.08.2002, p. 71.

³⁷ STF, MI 721/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. em 30.08.2007, *DJ*30.11.2007, p. 29; MI 1083/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. em 02.08.2010, *DJe*-164 divulg. 02.09.2010 public. 03.09.2010. Nesse sentido: MI-AgR 1231/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, j. em 16.11.2011, *DJe*-228 divulg. 30.11.2011 public. 01.12.2011.

servidores públicos o exercício do direito de greve “nos termos e nos limites definidos em lei específica”, o STF entendeu que tal preceito constitucional exige a edição de ato normativo que integre sua eficácia, reclamando, pois, para fins de sua plena incidência, atuação legislativa que lhe dê concreção³⁸. No entanto, por não ter sido editada a lei que disciplinaria o tema, a Corte, em mandados de injunção, garantiu aos servidores públicos o exercício do direito de greve por meio da aplicação, por analogia, da Lei n. 7.783, de 28.06.1989³⁹, até que sobrevenha lei específica para regulamentar a questão⁴⁰.

Também merecem registro as decisões do STF em mandados de injunção nos quais se questionava a ausência de legislação que disciplinasse as aposentadorias especiais dos servidores públicos (atualmente previstas nos §§ 4º-A, 4º-B, 4º-C do art. 40 da CF⁴¹). Sobre o tema, após reiteradas decisões, foi editada a Súmula Vinculante 33, com a seguinte redação: “Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica”⁴².

O mandado de injunção é ação constitutiva; não é ação condenatória, não se presta a condenar o Congresso ao cumprimento de obrigação de fazer.

³⁸ MI 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 19.05.1994, *DJ*22.11.1996, p. 45690; MI 485/MT, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, j. em 25.04.2002, *DJ*23.08.2002, p. 144; MI 712/PA, Rel. Min. Eros Grau, Pleno, j. em 25.10.2007, *DJe*-206 divulg. 30.10.2008 public. 31.10.2008.

³⁹ Referida lei resultou da conversão da Medida Provisória n. 59, de 26.05.1989.

⁴⁰ Nesse sentido: MI 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. em 25.10.2007, *DJe*-206 divulg. 30.10.2008 public. 31.10.2008; MI 670/ES, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. em 25.10.2007, *DJe*-206 divulg. 30.10.2008 public. 31.10.2008.

⁴¹ Parágrafos introduzidos pela Emenda Constitucional n. 103, de 12.11.2019.

⁴² A Súmula Vinculante 33 faz referência ao § 4º do art. 40 (e não aos §§ 4º-A, 4º-B, 4º-C do mesmo artigo) por ter sido aprovada anteriormente à Emenda Constitucional n. 103/2019.

Assim, não cabe a cominação de pena pecuniária pela continuidade da omissão legislativa⁴³.

A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

O controle da constitucionalidade não diz respeito apenas às ações, mas também às *omissões* ou *inações* do Estado.

Com efeito, a Constituição Federal prevê expressamente o cabimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) no § 2º de seu art. 103, assim redigido: “Declarada a *inconstitucionalidade por omissão* de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias” (destaque nosso).

A ADO é, assim, a ação judicial que visa obter o reconhecimento judicial de omissão normativa (ausência de norma legal ou regulamentar), total ou parcial, que impede a plena aplicação de norma constitucional⁴⁴. Tal ação é cabível quando a responsabilidade pela edição da norma faltante ou pela adoção das necessárias providências for, respectivamente: a) do legislador; ou b) do administrador.

São dois, portanto, os pressupostos da ADO:

- a) pressuposto positivo: a existência de uma norma constitucional de eficácia limitada, isto é, que dependa de regulamentação para produzir seus regulares efeitos⁴⁵;

⁴³ STF, MI 689/PB, Rel. Min. Eros Grau, Pleno, j. em 07.06.2006, *DJ*18.08.2006, p. 19.

⁴⁴ “Quando o poder público se abstém do dever de cumprir a Constituição, cabe ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, artigo 103, § 2º)” (STF, MS-AgR 23914/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, j. em 20.06.2001, *DJ*24.08.2001, p. 48).

⁴⁵ Portanto, em ADI por omissão não cabe pedido de declaração de autoaplicabilidade de norma constitucional, consoante já decidiu o STF: ADI 480/DF, Rel. Min. Paulo Brossard, Pleno, j. em 13.10.1994, *DJ*25.11.1994, p. 32298.

- b) pressuposto negativo: falta de medida para tornar efetiva a referida norma constitucional.

Por conseguinte, a ADO perde seu objeto, restando prejudicada:

- a) pela superveniência de revogação do dispositivo constitucional que se pretende regulamentar;
- b) pela superveniência da lei que regulamenta o dispositivo constitucional a que se refere a ADI⁴⁶.

Na hipótese da ação ter sido ajuizada sob alegação de omissão quanto ao início processo legislativo, isto é, de mora no exercício de iniciativa de lei, a ADO restará prejudicada, por perda de seu objeto, se o titular do poder de iniciativa houver enviado ao Poder Legislativo o projeto de lei anteriormente ao julgamento da ação⁴⁷.

A Lei n. 9.868, de 10.11.1999, regula o processo e o julgamento da ADO perante o STF. Em sua redação original, a Lei n. 9.868/1999 não continha nenhuma disposição que regulasse especificamente a ADO, razão pela qual a referida ação era regida pelas mesmas normas que disciplinavam a ADI. No entanto, com o advento da Lei n. 12.063, de 27.10.2009, foi acrescentado à Lei n. 9.868/1999 o Capítulo II-A, que traz regramento próprio ao processo da ADO.

⁴⁶ STF, ADI 480/DF, Rel. Min. Paulo Brossard, Pleno, j. em 13.10.1994, *DJ* 25.11.1994, p. 32298; ADI 1484/DF, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. em 21.08.2001, *DJ* 28.08.2001, p. 30.

⁴⁷ Nesse sentido: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (REDAÇÃO DA EC N. 19, DE 4 DE JUNHO DE 1998). ESTADO DE SANTA CATARINA. Mora inconstitucional que não se verifica, tendo o Chefe do Executivo estadual, em cumprimento ao dispositivo constitucional sob enfoque, enviado à Assembleia Legislativa projeto de lei sobre a revisão geral anual dos servidores catarinenses. Ação direta prejudicada” (ADI 2495/SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, Pleno, j. em 02.05.2002, *DJ* 02.08.2002, p. 57).

A EFICÁCIA DA DECISÃO QUE JULGA PROCEDENTE A ADO

O § 2º do art. 103 da CF assim dispõe: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

Como se vê, a decisão que reconhece, em sede de ação direta, a omissão inconstitucional por omissão tem eficácia meramente declarativa⁴⁸, limitando-se o STF a:

1. verificar o não cumprimento da Constituição por falta de adoção de medidas legislativas ou administrativas necessárias; e
2. dar conhecimento do fato aos órgãos legislativos ou às autoridades administrativas competentes para que tomem as providências cabíveis para suprir a omissão que impedia a plena aplicabilidade da norma constitucional⁴⁹.

Em caso de omissão imputável a *órgão administrativo*, a decisão do STF tem caráter *mandamental*⁵⁰, pois o § 2º do art. 103 da CF determina que as providências devam ser adotadas no prazo de *30 (trinta) dias*. No entanto, o § 1º do art. 12-H da Lei n. 9.868/1999 (introduzido pela Lei n. 12.063/2009) *flexibilizou* tal prazo ao permitir que tais providências sejam adotadas “em

⁴⁸ As decisões proferidas em ADO têm eficácia contra todos (“*erga omnes*”) e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à administração pública federal, estadual e municipal (STF, ADO-ED 22/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, j. em 26.11.2015, *DJe*-247 divulg. 07.12.2015 public. 09.12.2015).

⁴⁹ Nesse sentido é o disposto no *caput* do art. 12-H da Lei n. 9.868/1999 (introduzido pela Lei n. 12.063/2009): “Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias”.

⁵⁰ STF, ADI 1484/DF, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. em 21.08.2001, *DJ* 28.08.2001, p. 30.

prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido”.

Note-se que o § 2º do art. 103 da CF somente fixa prazo para o cumprimento da decisão judicial quando o responsável pela omissão normativa for autoridade administrativa. Quando a omissão for do Poder Legislativo, nem a Constituição nem a Lei n. 9.868/1999 estipulam prazo para que a decisão proferida na ADI por omissão seja cumprida.

Assim, no caso de omissão imputável ao Poder Legislativo, não seria possível, pela via do controle abstrato, obrigar o ente público a tomar providências legislativas necessárias para prover omissão declarada inconstitucional⁵¹. O STF, em tal situação, somente está autorizado a dirigir-lhe *mera comunicação*, ainda que em caráter *admonitório*, para cientificá-lo de que se acha em mora constitucional⁵².

Em certos casos, contudo, o STF, após declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, tem estipulado um *prazo razoável* para a adoção das providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional de legislar.

No julgamento da ADI 3682/MT, por exemplo, o STF, após constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar exigida para regulamentação do § 4º do art. 18 da CF, fixou o prazo de 18 (dezoito) meses, para que o Congresso Nacional adotasse todas as

⁵¹ STF, RE-AgR 510467/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, j. em 02.03.2007, *DJ* 30.03.2007, p. 75; RE-AgR 512410/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, j. em 02.03.2007, *DJ* 30.03.2007, p. 75; RE-AgR 514971/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, j. em 02.03.2007, *DJ* 30.03.2007, p. 75; RE-AgR 507812/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, j. em 02.03.2007, *DJ* 20.04.2007, p. 95.

⁵² STF, ADI 1484/DF, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. em 21.08.2001, *DJ* 28.08.2001, p. 30.

providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo dispositivo constitucional referido⁵³.

No referido julgamento, entendeu o STF que tal parâmetro temporal mostrava-se razoável, tendo em vista o prazo de 24 (vinte e quatro) meses determinado pela Corte nas ADI n. 2240/BA⁵⁴, 3316/MT⁵⁵, 3489/SC⁵⁶ e 3689/PA⁵⁷ para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuassem vigendo, até que a lei complementar federal fosse promulgada contemplando as realidades desses municípios.

No julgamento da ADO 25/DF, o STF, após declarar a mora do Congresso Nacional quanto à edição da lei complementar prevista no art. 91 do ADCT, fixou o prazo de 12 (doze) meses para que fosse a sanada a omissão legislativa⁵⁸.

Na ADO 30/DF⁵⁹, o STF, após reconhecer a omissão inconstitucional parcial da Lei n. 8.989, de 24.02.1995, estabeleceu o prazo de 18 (dezoito) meses, a contar da data da publicação do acórdão, para que o Congresso Nacional adotasse as medidas legislativas necessárias a suprir a omissão.

Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um *parâmetro temporal razoável* para que

⁵³ ADI 3682/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. em 09.05.2007, *DJ*06.09.2007, p. 37.

⁵⁴ ADI 2240/BA, Rel. Min. Eros Grau, Pleno, j. em 09.05.2007, *DJ*03.08.2007, p. 29.

⁵⁵ ADI 3316/MT, Rel. Min. Eros Grau, Pleno, j. em 09.05.2007, *DJ*29.06.2007, p. 21.

⁵⁶ ADI 3489/SC, Rel. Min. Eros Grau, Pleno, j. em 09.05.2007, *DJ*03.08.2007, p. 29.

⁵⁷ ADI 3689/PA, Rel. Min. Eros Grau, Pleno, j. em 10.05.2007, *DJ*29.06.2007, p. 22.

⁵⁸ ADO 25/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. em 30.11.2016, *DJe*-182 divulg. 17.08.2017 public. 18.08.2017.

⁵⁹ ADO 30/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, j. em 24.08.2020, *DJe*-243 divulg. 05.10.2020 public. 06.10.2020.

se proceda à regulamentação na norma constitucional atingida pela “*inertia deliberandi*” das Casas Legislativas⁶⁰.

Ainda quanto à eficácia da decisão que julga procedente a ADO, há entendimento doutrinário de que a Constituição concedeu à referida decisão judicial *meramente declaratório* da omissão inconstitucional⁶¹, “sem a possibilidade de atuação do STF como órgão de normação positiva”⁶².

Nesse sentido leciona Flávia Piovesan que a propositura de ADO, no caso de inércia atribuída ao Legislativo, “tão-somente implica, se julgada procedente, na declaração de inconstitucionalidade por omissão, seguida da ciência ao Legislativo para que adote as providências necessárias, no sentido de suprir a omissão e conferir eficácia ao preceito constitucional”⁶³.

No mesmo sentido, é o entender de André Puccinelli Júnior, que, discorrendo sobre a ADO, assevera que “a procedência da ação, longe de possibilitar o usufruto imediato de uma prestação material, converte-se em

⁶⁰ Nesse sentido: STF, ADI 3682/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. em 09.05.2007, *DJ* 06.09.2007, p. 37. Ressalte-se que no caso de inércia do Chefe do Poder Executivo – quanto ao encaminhamento de projeto de lei de revisão geral anual dos vencimentos dos servidores públicos –, decidiu o STF não ser possível ao Poder Judiciário, pela via do controle abstrato de constitucionalidade, obrigar o ente público a tomar providências legislativas necessárias para prover a omissão declarada inconstitucional (RE-AgR 510467/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, j. em 02.03.2007, *DJ* 30.03.2007, p. 75). Isto porque não se compreende, a providência, nas atribuições de natureza administrativa do Chefe do Poder Executivo, não havendo cogitar, por isso, da aplicação, no caso, da norma do art. 103, § 2º, in fine, da CF, que prevê a fixação de prazo para o mister. Nesse sentido: ADI 2061/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, Pleno, j. em 25.04.2001, *DJ* 29.06.2001, p. 33; ADI 2481/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão, Pleno, j. em 19.12.2001, *DJ* 22.03.2002, p. 29; ADI 2486/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, Pleno, j. em 19.12.2001, *DJ* 22.03.2002, p. 29.

⁶¹ SOUZA, Luciane Moessa de. *Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 61.

⁶² PEDRA, Anderson Sant’Ana. *A jurisdição constitucional e a criação do direito na atualidade: condições e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 231-232.

⁶³ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 104.

mera advertência para que o órgão remisso adote as medidas tendentes a conferir plena exequibilidade ao texto constitucional”⁶⁴.

O STF também adotava tal entendimento, como se pode verificar da leitura do seguinte trecho de ementa:

(...)

A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. - Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente.

(...)

(ADI-MC 1439/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 22.05.1996, *DJ*30.05.2003, p. 28)⁶⁵

O STF, contudo, em diversos julgamentos recentes, tem expedido provimentos normativos que atuam como sucedâneo da norma reclamada pela Constituição, mas não editada – ou editada de maneira incompleta – pelo Poder Público.

É o que se deu, por exemplo, no julgamento da ADO 26/DF⁶⁶, no qual o STF determinou, até que sobrevenha lei regulamentadora dos mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da CF relativamente às condutas homofóbicas e transfóbicas, a aplicação analógica da Lei n. 7.716,

⁶⁴ PUCCINELLI JÚNIOR, André. Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 154.

⁶⁵ No mesmo sentido: ADI-MC 1458/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 23.05.1996, *DJ* 20.09.1996, p. 34531. Confira-se, ainda: ADI 1484/DF, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. em 21.08.2001, *DJ*28.08.2001, p. 30.

⁶⁶ ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 13.06.2019, *DJe*-243 divulg. 05.10.2020 public. 06.10.2020.

de 05.01.1989 (que pune os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional), e do art. 121, § 2º, inciso I, *in fine*, do Código Penal⁶⁷.

Também é o que se deu no julgamento da ADO 30/DF⁶⁸, no qual o STF, após declarar a inconstitucionalidade por omissão parcial da Lei n. 8.989, de 24.02.1995 (tendo em vista que, ao conceder benefício fiscal às pessoas com deficiência, omitiu-se quanto àquelas com deficiência auditiva), determinou a aplicação de seu art. 1º, inciso IV (com a redação dada pela Lei n. 10.690, de 16.06.2003), às pessoas com deficiência auditiva, enquanto perdurar a omissão legislativa.

Essa nova postura do STF, relativamente à ADO, já era sustentada por parte da doutrina, que defendia uma atuação mais progressista da Corte, tal como se deu em relação ao mandado de injunção.

Nesse sentido, defende Bernardo Seixas que a Corte “interprete o art. 103, 2º, da Constituição Federal de 1988, de forma vanguardista e que *preencha o vazio normativo existente em virtude de mora do legislador*, determinando a concretização de todos os direitos previstos na Constituição

⁶⁷ Sobre o referido julgamento: RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. O controle judicial da inércia legislativa em criminalizar a homotransfobia: análise do julgamento do mandado de injunção 4733 e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26. In: Flavia Piovesan; Ingo Sarlet; Eduardo Biacchi Gomes (Org.). *Controle de constitucionalidade e direitos humanos*. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2020, p. 76-97. Na mesma obra coletiva citada: FERREIRA, Bruno Pastori; SILVEIRA, Daniel Barile da. O poder legislativo do Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade por omissão: uma análise da ADO n. 26, p. 54-75; LEIDENS, Leticia Virgínia; NOSCHANG, Patrícia Grazziotin. Da inconstitucionalidade por omissão no caso da criminalização da homofobia e da transfobia: uma análise crítica da relação entre os poderes do Estado, p. 196-2014.

⁶⁸ ADO 30/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, j. em 24.08.2020, *DJe*-243 divulg. 05.10.2020 public. 06.10.2020.

Federal que ainda dependem de regulamentação infraconstitucional *sem a necessidade de aguardar a atuação do Poder Legislativo*⁶⁹.

Tal atuação do STF, em sede de ADO, também era sugerida por Flavia Piovesan, que, a título de proposição, defendia que o STF fixasse prazo para que o legislador omissor suprisse a omissão inconstitucional, no sentido de conferir efetividade à norma constitucional. Finalizado o prazo, sem qualquer providência adotada, o STF poderia “dispor normativamente da matéria, a título provisório, até que o legislador viesse a elaborar a norma faltante”⁷⁰.

No mesmo sentido é a lição de Dirley da Cunha Júnior, que defende não somente a possibilidade de fixação pelo STF de prazo razoável para o suprimento da omissão, mas também o seguinte:

A depender do caso, expirado esse prazo sem que qualquer providência seja adotada, cumprirá ao Poder Judiciário, se a hipótese for de omissão de medida de índole normativa, dispor normativamente sobre a matéria constante da norma constitucional não regulamentada. (...) cuida-se, aí, de um verdadeiro *efeito de solução*, concebido para ser o único capaz de solucionar o problema da não efetividade das normas constitucionais em razão das omissões do poder público. (destaque no original)⁷¹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para encerrar o presente trabalho, destacamos dois pontos que julgamos interessantes e relevantes.

⁶⁹ SEIXAS, Bernardo Silva de. *Inconstitucionalidade por omissão: a proteção da constituição contra o silêncio do legislador*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 192.

⁷⁰ PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 108-109.

⁷¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 567.

O MI 4733/DF foi impetrado com fundamento na falta de regulamentação do inciso XLI do art. 5º da CF – segundo o qual “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”⁷² – no tocante às discriminações por orientação sexual (homofobia) ou por identidade de gênero (transfobia). A impetrante pedia o reconhecimento de que a homofobia e a transfobia se enquadrariam no conceito de racismo (art. 5º, inciso XLII, CF) ou, subsidiariamente, que fossem entendidas como discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, inciso XLI, CF).

O Plenário do STF, por maioria, conheceu do MI 4733⁷³ e, no mérito, por maioria, julgou-o procedente⁷⁴ para:

1. reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e;
2. aplicar, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei n. 7.716, de 05.01.1989, a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, nos termos do voto do Relator.

Apesar de entendermos que, no MI 4733/DF, não havia em jogo direito subjetivo especificamente consagrado na Constituição cuja fruição estivesse sendo obstada pela ausência de regulamentação legal, mas sim um legítimo e bem articulado movimento em prol de uma legislação criminal ainda

⁷² Note-se que o inciso XLI do art. 5º da CF *não se refere especificamente a um determinado tipo de discriminação*, mas a “qualquer discriminação” que seja “atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Considerando que o racismo já se encontra contemplado no inciso XLII do mesmo artigo, conclui-se que as demais modalidades de discriminação (preconceito) é que estão abrangidas pela disposição do inciso XLI do art. 5º da CF.

⁷³ Vencido o Ministro Marco Aurélio, que não admitia a via mandamental.

⁷⁴ Vencidos, em menor extensão, os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente) e o Ministro Marco Aurélio, que julgava inadequada a via mandamental.

mais rigorosa no tocante à punição de condutas homofóbicas e transfóbicas⁷⁵, o STF, em seu julgamento, passou a admitir que os mandados constitucionais de criminalização (como os constantes dos incisos XLI e XLII do art. 5º da CF) podem, no caso de ausência de regulamentação infraconstitucional, ensejar a impetração de mandado de injunção.

O segundo ponto a ser destacado é que o julgamento das ADO 26/DF e 30/DF parece sinalizar a mudança de entendimento do STF relativamente aos efeitos da decisão que julga precedente referida categoria de ação.

Anteriormente aos mencionados julgamentos, sustentava o STF, numa interpretação literal e restritiva do § 2º do art. 103 da CF, que a procedência da ADO conferia à Corte, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adotasse as medidas necessárias à efetivação do Texto Constitucional.

No entanto, no julgamento das ADO 26/DF e 30/DF, o STF acabou por atuar como “legislador positivo”, pois supriu, com sua decisão, a omissão total (no caso da ADO 26/DF) ou parcial (no caso da ADO 30/DF) do Congresso Nacional.

Pode-se dizer que, tal como se deu com a evolução da jurisprudência da Corte sobre os efeitos do mandado de injunção, o STF *passou a adotar a teoria concretista também no caso da ADO*, já que, ao declarar a situação de inconstitucionalidade por omissão, viabilizou, desde logo, a concretização do preceito constitucional não regulamentado, substituindo-se ao órgão estatal inadimplente.

⁷⁵ MI 4733/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, j. em 23.10.2013, DJe-213 divulg. 25.10.2013 public. 28.10.2013.

REFERÊNCIAS

- ACKEL FILHO, Diomar. *Writs constitucionais*: “habeas corpus”, mandado de segurança, mandado de injunção, “habeas data”. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- BITENCOURT NETO, Eurico. *Mandado de injunção na tutela de direitos sociais*. Salvador: JusPodivm, 2009.
- CHADDAD, Maria Cecília Cury. *A efetividade das normas constitucionais através do mandado de injunção: o controle da omissão parcial*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FERREIRA, Bruno Pastori; SILVEIRA, Daniel Barile da. O poder legislativo do Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade por omissão: uma análise da ADO n. 26. In: PIOVESAN, Flavia; SARLET, Ingo Wolfgang; GOMES, Eduardo Biacchi (coord.). *Controle de constitucionalidade e direitos humanos*. Curitiba: Instituto Memória – Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2020, p. 54-75.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991.
- LEIDENS, Letícia Virgínia; NOSCHANG, Patrícia Grazziotin. Da inconstitucionalidade por omissão no caso da criminalização da homofobia e da transfobia: uma análise crítica da relação entre os poderes do Estado. In: PIOVESAN, Flavia; SARLET, Ingo Wolfgang; GOMES, Eduardo Biacchi (coord.). *Controle de constitucionalidade e direitos humanos*. Curitiba: Instituto Memória – Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2020, p. 196-2014.

- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. t. II. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996.
- PEDRA, Anderson Sant'Ana. *A jurisdição constitucional e a criação do direito na atualidade: condições e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.
- PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. O controle judicial da inércia legislativa em criminalizar a homotransfobia: análise do julgamento do mandado de injunção 4733 e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26. In: Flávia Piovesan; Ingo Sarlet; Eduardo Biacchi Gomes (Org.). *Controle de constitucionalidade e direitos humanos*. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2020, p. 76-97.
- RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. O mandado de injunção e a efetivação dos direitos humanos: análise à luz da jurisprudência do STF. In: VASCONCELOS, Adelson Wagner Sousa de (Org.). *Direitos humanos no contexto atual: desafios em efetivar o positivado*. Jundiaí, SP: Paco Editorial, 2021, p. 27-47.
- RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. A eficácia da decisão que julga precedente ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO): análise à luz da jurisprudência do STF. In: RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes; MARINHO, Daniel Octávio Silva (Org.). *Interpretação e processo constitucional: estudos sobre a efetivação contemporânea de direitos fundamentais*. Londrina, PR: Thoth, 2022, p. 133-144.

SEIXAS, Bernardo Silva de. *Inconstitucionalidade por omissão: a proteção da constituição contra o silêncio do legislador*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

CAPÍTULO 2

A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA E OS DESAFIOS DA IGUALDADE MATERIAL

Flávia Regina Barros Matos

Rosemary Mendes Farias

INTRODUÇÃO

O estudo apresentado aborda a constitucionalidade da Lei Maria da Penha declarada pelo Supremo Tribunal Federal-STF e os desafios da igualdade material. No tocante à constitucionalidade da Lei Maria da Penha frente ao Princípio Constitucional da igualdade não resta dúvida a sua constitucionalidade, entretanto a igualdade material aquela que é percebida e sentida nos espaços públicos e privados, ainda não representa a efetividade plena de igualdade de direitos entre homens e mulheres, a igualdade de gênero almejada e necessária para equilibrar as relações de poder no seio da sociedade e, principalmente, no ambiente doméstico.

Aspectos históricos de construção da sociedade brasileira apoiada em base escravista e de domínio do senhor proprietário de corpos escravos, do destino e das escolhas das mulheres, formam os pilares de sustentação das relações sociais baseadas no patriarcado e no machismo estrutural, que tolhem a participação da mulher nas tomadas de decisões, tanto no campo doméstico como na esfera pública.

Dessa forma buscou-se delinear a seguinte problematização: a lei Maria da Penha consegue promover igualdade material frente aos desafios impostos por uma sociedade de base patriarcal? Para responder essa questão, traçou-se o seguinte objetivo geral: analisar a constitucionalidade da Lei Maria da Penha e

os desafios da igualdade material, nesse sentido procurou-se esquematizar os objetivos específicos: demonstrar a constitucionalidade da Lei Maria da Penha frente aos princípios da igualdade; apresentar as inovações e evolução da Lei Maria da Penha e descrever a efetividade normativa da lei Maria da Penha no ordenamento jurídico.

METODOLOGIA

Do ponto de vista metodológico, a pesquisa mostra-se de cunho qualitativo, pois de acordo com Lakatos e Marconi (2008, p. 269) “a metodologia qualitativa, preocupa-se em analisar e interpretar aspectos mais profundos, descrevendo a complexidade do comportamento humano”. Apesar do estudo não ser de base empírica, pode-se através do pensamento doutrinário entender o comportamento humano histórico que deu sustentação a formação da sociedade brasileira de base escravista e patriarcal e seus efeitos sobre a construção social do machismo estrutural.

Baseia-se, por sua vez, no método indutivo construindo inferências menores e próprias para se construir conclusões mais ampliadas, que segundo Lakatos e Marconi (2008, p. 254) “a indução caracteriza-se principalmente pelo fato de, apoiada nos dados, atingir ideias ou leis”.

No tocante ao nível da pesquisa mostra-se descritiva, pois busca refletir e compreender as variáveis Constitucionalidade da Lei Maria da Penha e a igualdade material, nesse ponto Gil (1999, p. 44) diz que “a pesquisa descritiva tem por objetivo primordial a descrição das características de determinada população ou fenômeno ou o estabelecimento de relações entre variáveis.

Os dados primários foram obtidos através consulta a doutrina, outras pesquisas, sites especializados, jurisprudências e em diversas leis, portanto, no aspecto coleta de dados a pesquisa apresenta-se de forma bibliográfica e documental.

PRINCÍPIO DA IGUALDADE E OS DESAFIOS DA EFETIVAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA

A lei Maria da Penha teve seu marco inicial através da promulgação da Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006 que aferiu proteção jurídica as mulheres ante a crescente violência pautada na questão de gênero. Flavio Martins (2019, p. 523) assinala que “embora não fosse necessário, por conta do princípio da igualdade previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, o constituinte originário entendeu por bem estabelecer um inciso específico para a igualdade de gênero”. Nesse sentido, a Carta Magna é expressa ao afirmar que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Nesse diapasão obtemper-se a necessidade da existência de leis que possam trazer uma igualdade material ente os gêneros com o intuito de respaldar princípios norteadoras da Carta Magna. Destarte o princípio da Igualdade vem garantir que as mulheres possam ante ao de violência a que estão submetidas possam ter seus direitos assegurados ante a evidente diferença entre os gêneros.

Na mesma esteira Maria Berenice Dias (2021, p. 2) corrobora ao afirmar que “a Constituição da República de modo enfático consagra o princípio da igualdade, e explicitamente ressalta a igualdade entre homens e mulheres (CR, art. 5.º, I), inclusive no âmbito das relações familiares (CR, art. 226, § 5.º)”.

Para Alexandre de Moraes (2018, p. 75) a Constituição Federal de 1988 adotou o “princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico”

Convém destacar, no entanto, que a Lei Maria da Penha trouxe à tona divergências quanto a sua constitucionalidade frente ao princípio da igualdade. Destarte, assevera Flávio Martins (2019, p. 523) que:

assim que editada a Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), duas posições logo surgiram: segundo uma posição, a lei, que dá um tratamento diferenciado a homens e mulheres, seria inconstitucional, por violação do art. 5º, I, da Constituição Federal. Não obstante, prevaleceu o entendimento de que a lei é constitucional por dar tratamento desigual aos desiguais, ao implantar um tratamento especial dado à mulher, historicamente a maior vítima da violência doméstica em nosso país. Segundo o STF, “o artigo 1º da Lei n. 11.340/2006 surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem – harmônica com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira. (ADC 19/DF, rel. Min. Marco Aurélio)

Observa-se do pensamento dos autores citados que o princípio da igualdade resguardado na Lei Maria da Penha, traz uma perspectiva de buscar condições e suprir a desigualdade historicamente existente, existe uma assimetria de poder que é alimentada pela objetificação das mulheres e meninas, esses caldo cultural é excludente e tira oportunidades e possibilidades de desenvolvimento da mulher chegando muitas das vezes como mostram as estatísticas níveis elevados de crimes de: ameaça, lesão corporal, violência psicológica, patrimonial moral, sexual e o mais grave das violências o feminicídio, portanto como afirmam os pensadores supra citados, a proteção e garantia dos direitos humanos de mulheres e meninas são tratamento diferenciados e em total harmonia com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e das Convenções Internacionais de Direitos Humanos.

Reforça essa ideia o posicionamento de Flávio Martins, conforme preleciona Martins (2019, p. 960), as mulheres detêm uma desigualdade histórica em relação aos homens, senão vide:

Historicamente, as mulheres sempre tiveram um tratamento desprestigiado, se comparado aos homens. Adquiriram o direito de votar apenas em 1932, através do Código Eleitoral vigente, bem como, na vigência do Código Civil de 1916, tinham um papel inferior numa família notadamente patriarcal.

Flávio Martins (2019, p. 960) com efeito aduz que a “igualdade constitucional entre homem e mulher é uma igualdade material”, nesse sentido, assevera que “homens e mulheres não têm tratamento idêntico por parte do Estado, que poderá dar tratamento diferenciado, na medida em que os gêneros se desiguam.

Portanto, do diálogo com os autores supracitados, compreende-se que esse tratamento diferenciado expresso em leis extravagantes, por exemplo previdenciária e no próprio código penal são intervenções legislativas frutos dos movimentos de mulheres e do feminismo, são as vozes de mulheres ouvidas no legislativo e materializadas em idade diferenciada para aposentadoria entre homens e mulheres e na nova tipificação penal, crime autônomo de feminicídio, dessa forma, não se trata de discriminação ao homem, trata-se de medidas que reconhecem o processo histórico e cultural de discriminação sofrido por mulheres e meninas, são reparos sociais, políticos e jurídicos indispensáveis e necessários que devem avançar na realização ampla da prevenção e proteção dos Direitos Humanos das mulheres, meninas e de quem se identifique como mulher.

Nesse ponto, Alexandre de Moraes (2018, p. 75) é clarividente ao firmar posicionamento no sentido de que “a desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas”. Destarte firma posicionamento acerca de que tratamentos diferenciados são compatíveis e permitidos pela Constituição. Diante disso assevera, ainda, que a correta interpretação do art. 5, I, “torna inaceitável a utilização do *discrimen* sexo, sempre que o mesmo seja eleito com

o propósito de desnivelar materialmente o homem da mulher; aceitando-o, porém, quando a finalidade pretendida for atenuar os desníveis”.

Infere-se do exposto que se faz necessário medidas diferenciadas como forma de se vislumbrar um tratamento mais igualitário entre os gêneros. A Lei Maria da Penha em momento algum pretende discriminar o homem, a Lei Maria da Penha tem o condão de proteger a mulher de condições degradantes que fere a existência digna, visa resguardar e proteger os direitos humanos de mulheres e meninas em face dos desníveis historicamente sedimentados por uma sociedade machista, patriarcal que se alimenta e retroalimenta de comportamentos discriminatórios.

A efetividade da lei maria da penha e o acesso à ordem jurídica pela lente de gênero feminino

É direito fundamental garantir a todos os brasileiros e estrangeiros acesso à justiça nos termos do Art 5º XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil, para Silva (2007, p. 131) “o princípio da proteção judiciária constitui, em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos” nas ideias de Silva (2007) o acesso à justiça permite ao jurisdicionado a apreciação do caso concreta da lesão ou ameaça de direitos, no pensamento de Rocha apud Silva (2007, p. 132) destaca-se que:

A apreciação não é mera referência constitucional, é direito fundamental individual e coletivo, a apreciação da lesão ou ameaça a direito alegada pela pessoa e encaminhada ao Poder Judiciário não se aperfeiçoa pela única repetição de uma decisão, independentemente do exame e julgamento de razões e fundamentos alegados pela parte.

A Lei Maria da Penha nasce no ordenamento interno, após o travamento de batalhas jurídicas no país para punição do crime cometido pelo

marido em face da farmacêutica bioquímica Maria da penha Fernandes, alvejada dentro de sua própria casa em quanto dormia com tiros de espingarda nas costas, Maria da Penha ficou paraplégica aos 38 anos, crime ocorrido em 1983, diversas organizações e movimentos se articularam para criação de uma lei de prevenção, proteção e punição de agressores de mulher, esse movimento expressa a força da sociedade civil organizada e dos movimentos feministas no país para que o Estado Brasileiro punisse o agressor de Maria da Penha Fernandes, pela morosidade em fazer justiça, o Brasil foi formalmente denunciado à Comissão Ibero-americana de Direitos Humanos-CIDH durante a Convenção de Belém do Pará em 1994.

O Estado brasileiro na busca de proteger os direitos da mulher e mitigar a desigualdade de gênero histórica, prejudicial não só as mulheres, mas ao desenvolvimento de toda a sociedade, internalizou através do Decreto n° 89.460 de 1984 a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres- CEDAW¹.

De acordo com Campos (2011) no ano 2000, um consórcio de Organizações não-Governamentais (ONG's) formados pela CEPIA-Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação, CLADEM (Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher), THEMIS Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, CEFEMEA (Centro Feminista de Estudos e Assessoria), AGENDE (Ações em Gênero Cidadania e Desenvolvimento), ADVOCACI Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos e CEDIM (Conselho Estadual pelos Direitos da Mulher) apresentou um anteprojeto de lei relativo ao combate à violência cometida contra as mulheres.

¹ A CEDAW, sigla em inglês para “Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher” importante marco legislativo internacional de proteção aos Direitos das mulheres, expressa o resultado conjunto de várias nações em busca da eliminação de toda forma de discriminação contra mulheres e meninas.

Em 2006 foi promulgado a Lei 13.140, uma inovação legislativa e reconhecida internacionalmente por Lei Maria da Penha, a lei cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, através de mecanismos de prevenção, proteção e punição e dialoga com os fundamentos da Constituição Federal do Brasil, que tem o princípio da dignidade da pessoa humana como regra de ouro, sendo inaceitável qualquer forma de discriminação, nesse ponto § 8º do art. 226 da Carta Magna brasileira, impõe ao Estado o combate a todas as formas de violência no âmbito familiar.

A Lei Maria da Penha importante marco legislativo nacional e elogiada internacionalmente tem por escopo contribuir com a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, a Lei descreve as categorias de violência que variam desde a psicológica, física, moral, sexual até a patrimonial, em muitos casos essa violência atinge o grau máximo de letalidade, por isso no caminho dessa igualdade material de gênero feminino a Lei Maria da Penha provocou alterações no Código de Processo Penal, no Código Penal e a Lei de Execução Penal. De acordo com Strack (2011, p. 100) “a feitura de uma lei que garante um agir rápido do Estado em face da violência doméstica é uma exigência constitucional”.

O Estado Democrático de Direito na doutrina de Silva (2007, p. 23) “destina-se a assegurar o exercício de determinados valores supremos”, que para Silva (2007) a intencionalidade dogmática-constitucional de assegurar o exercício de direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos, tem segundo Silva (2007, p. 23) “o efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdos específicos”. Essa compreensão apresentada pelo autor nos leva a refletir sobre a efetividade da igualdade formal, espinhal dorsal para o exercício pleno dos direitos fundamentais.

A igualdade segundo Silva (2007, p. 23) “é expressamente enunciada no texto Constitucional e seu conteúdo expressa uma vinculação universal dos valores do argumento”, “homens e mulheres são iguais em direito e obrigações” nos termos da Constituição Brasileira, buscar a efetividade da igualdade de gênero é uma aspiração e luta contra a discriminação e preconceito que se expressam em várias formas de violência contra mulheres e meninas, Silva (2007) o texto constitucional enuncia vários dispositivos de enfrentamento ao preconceito.

A igualdade material de gênero busca simetria de poder através da ocupação da mulher nos espaços políticos, jurídicos, sociais e econômicos, segundo Silva (2004, p. 223) “o sexo feminino esteve sempre inferiorizado na ordem jurídica, e só mais recentemente vem ele, a duras penas, conquistando ‘posição de paridade, na vida social e jurídica, à do homem”.

Nesse contexto é importante a compreensão do que seja gênero. O que vem a ser gênero? Entender a concepção de gênero trazida na LMP é compreender a aplicação e interpretação qualificada da LMP, nesse ponto Campos (2011, p. 2) reflete sobre a questão de gênero demonstrando alguns diálogos:

A constituição dessa percepção social da diferença da diferença de gênero dá-se, conforme Harding (1996), através de três processos distintos assim identificados: simbolismo de gênero, estrutura de gênero e identidade de gênero. Esses processos não são isolados e interagem entre si. O simbolismo de gênero configura a atribuição de metáforas dualistas de gênero a diversas dicotomias percebidas, mas não necessariamente relacionadas ao sexo. A estrutura de gênero refere-se à divisão do trabalho de acordo com o gênero e a identidade de gênero diz respeito à construção da subjetividade. Essas dimensões de gênero propostas por Harding são similares à concepção de Scott (1990), para quem o “gênero tanto é um elemento constitutivo das relações sociais fundadas sobre as

diferenças percebidas entre os sexos, quanto uma maneira primária de significar relações de poder.

Os diálogos citados por Harding e Scott apud Campos (2011, p. 2) contribuem trazendo a construção de distintos processos de identificação da questão de gênero em relação à perspectiva social, esses processos distintos se amoldam na estrutura social e são identificados nas tensões que nascem a partir da cultura do machismo embricado nas estruturas sociais e institucionais, essa visão já percebida por Scott apud Campos reflete na constituição e interação das relações sociais, políticas, ambientais e econômicas sendo a base originária da assimetria de poder e do desequilíbrio da igualdade de gênero.

A busca pela igualdade material expressa na lei Maria da Penha em seu bojo busca contribuir para o empoderamento feminino garantindo proteção Estatal contra ações e atitudes discriminatórias contra às mulheres, meninas e quem se identifica como mulher, essa proteção vai desde a esfera física, resguardando o bem da vida contra homicídios, graus diversos de lesão, abusos e importunações sexuais, bem como em relação à danos psicológicos, morais ou patrimonial, a estratégia prevista no dispositivo das medidas protetivas de urgência, são intervenções do Estado contra a desigualdade de gênero, e quando o Estado age de forma preventiva ou punitiva, busca construir a igualdade material, entretanto muito ainda pode ser feito, pois a discriminação contra à mulher vem aumentando, principalmente durante o isolamento social em virtude da pandemia do COVID-19.

Força assecuratória da lei Maria da Penha através das medidas protetivas de urgência

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226, estabelece o dever do estado de proteger a família e ainda o §8º dispõe que “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”.

A promoção da cidadania de mulheres e meninas através de políticas públicas permanentes, efetivas e eficientes e de ações do poder judiciário, Ministério Público e Defensorias Públicas integradas em prol da proteção integral da vida de mulheres e meninas serão salvaguardas da dignidade de mulheres e meninas, eixo central dos Direitos Humanos, o Estado e toda a sociedade devem reunir esforços para proteger e coibir todas as formas de violência contra mulheres e meninas. Nesse sentido:

o estado social no Brasil aí está para produzir as condições e os pressupostos reais e fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais. Não há para tanto outro caminho senão reconhecer o estado atual de dependência do indivíduo em relação às prestações do Estado e fazer com que este último cumpra a tarefa igualitária e distributivista, sem a qual não haverá democracia nem liberdade. (BONAVIDES, 2006, p. 378-379 apud Vidal, 2010)

No pensamento de Perlingeiro e Lavigne (2011) as medidas protetivas de urgência foram estrategicamente construídas e seu conteúdo guarda perfeito alinhamento com o regramento Constitucional e com as normas internacionais de proteção aos Direitos Humanos e de eliminação a todas as formas de discriminação contra a mulher, nesse ponto Perlingeiro e Lavigne (2011, p. 290):

é necessário reconhecer o papel social e a condição de cada indivíduo, visando superar a subordinação. Isso significaria tratar as reivindicações por reconhecimento como reivindicações por justiça – no sentido amplo do termo –, fazendo do sujeito falsamente reconhecido um membro integral da sociedade, capaz de participar, com os outros, efetivamente, *como igual*. Grifo nosso.

De acordo com Perlingeiro e Lavigne (2011, p. 291) “às medidas protetivas de urgência, há o escopo específico de proteger a mulher em situação de violência doméstica e familiar em caso de risco iminente à sua integridade pessoal”.

As medidas protetivas de urgência são concedidas pelo poder judiciário em 48 horas e têm por finalidade dar resposta para a sociedade que o Estado está atento à discriminação em relação às mulheres e meninas, historicamente colocadas em posição de desigualdade social, portanto as medidas protetivas são ações satisfativas de igualdade material, essas medidas protetivas de urgência podem afastar o agressor das vítimas e são fixadas tanto em relação ao agressor quanto em relação às vítimas.

O Conselho Nacional de Justiça-CNJ em recente normatização, Lei nº 14.149 de 2021, implantou em todo o país o Formulário Nacional de Avaliação de Risco (FNAV) de mulheres em situação de violência doméstica e familiar, o mapa de risco é composto por questionário de 27 perguntas que busca identificar o risco ao qual a mulher está sujeita, avalia a gravidade de risco, as condições físicas e emocionais da mulher, em conjunto com outras medidas o Mapa de risco evita a revitimização, uma vez que as informações podem ser acessadas pelo Ministério Público, Defensoria pública, poder judiciário e toda rede de apoio (Brasil, 2021).

Inovações e evolução da lei Maria da Penha na busca da igualdade material de gênero

A evolução dessa lei vem aprimorando ganhos significativos nessa batalha de violência histórica cotidiana da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher trazendo inovações a Lei Maria da Penha, as quais vem tornando-se mais abrangente no amparo à mulher e rigorosa aos agressores gradativamente, como medidas impostas de distanciamento da vítima e de seus

parentes, a prisão dos agressores, o crime de descumprimento de medidas protetivas.

Violência contra mulheres tornou-se agravante para aumento de pena, sem direito à substituição por pena alternativa de multa e cesta básica, assistência econômica no caso da vítima ser dependente do agressor, o agressor não precisa ser necessariamente homem, basta uma relação íntima de afeto entre as partes, pode ser a mãe por exemplo, também não precisa dividir o mesmo teto, contudo a vítima obrigatoriamente deve ser mulher, cisgênero, transexual ou transgêneros.

Sua evolução gradativa fez surgir caminhos para que fosse criada a Lei 13.104/15, lei do Femicídio² a fim de punir com penas mais gravosas a escalada de violência praticada contra a mulher que ceifa em muitos casos a própria vida das mulheres (Brasil, 2015).

Em 2017 foi publicada a Lei 13.505/17, estabelecendo que mulheres em situação de violência devem ser atendidas, preferencialmente, por policiais e peritas do sexo feminino, estendendo aos seus familiares, resguardando a vítima e testemunhas de ter contato com seus supostos agressores e investigados. Essa lei disciplina no âmbito das políticas públicas de combate à violência contra mulher a criação de Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher, Núcleos Investigativos de Femicídio e de equipes especializadas para o atendimento e a investigação das violências graves contra a mulher (Brasil, 2017).

No ano de 2018, veio a Lei nº 13.641/18 criminalizando a conduta do agente que descumprir a medida protetiva, um tipo penal específico para essa conduta e a Lei 13.772/18 que resguarda a intimidade da mulher, sua violação

² Entende-se por Femicídio o assassinato da mulher por questão de gênero. O feminicídio ocorre quando o crime envolve violência doméstica e familiar; ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Art. 121, §2º-A, incisos I e II, do Código Penal.

não autorizada de cenas de nudez ou de ato sexual configura violência doméstica e familiar, assim como criminaliza quem divulgada sem autorização cena de nudez, ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo ou privado. (Brasil, 2018).

Importante inovação foi a sanção da Lei nº13.827/2019 , que permite a aplicação de medidas protetivas no âmbito da Lei Maria da Penha por Delegado de Polícia ou por policiais em situações específicas e das Lei nº 13.836/2019 que torna obrigatória a inclusão de informação, nos boletins de ocorrência, quando a mulher vítima de agressão ou violência doméstica for pessoa com deficiência; a Lei nº 13.871/2019 cria a obrigatoriedade do agressor ressarcir o Estado, através do Sistema Único de Saúde (SUS), pelos custos decorrentes do atendimento de mulheres vítima de violência doméstica e familiar.

Destaque para proteção expressa na Lei nº 13.880/2019, que veio instituir a obrigatoriedade de apreensão de arma de fogo sob posse de agressor em casos de violência doméstica e familiar, evitando que o agressor a utilize para qualquer finalidade e que a arma possa ser periciada e utilizada como prova no processo (Brasil, 2019).

A Lei nº 13.882/2019 trouxe a prioridade para matricular os dependentes da mulher vítima de violência doméstica e familiar em instituição de educação básica mais próxima de seu domicílio, ou transferi-los para instituições mais próximas. No caso da Lei nº 13.894 de 2019 apresenta importante contribuição a efetivação dos direitos das mulheres, pois “prever a competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para a ação de divórcio, separação, anulação de casamento ou dissolução de união estável nos casos de violência e para tornar obrigatória a informação às vítimas acerca da possibilidade de os serviços de assistência judiciária ajuizarem as ações mencionadas” (Brasil, 2019).

O STJ³ e os Tribunais, vêm balizando com maestria essa luta em defesa dos direitos das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, embora algumas decisões sejam conflitantes, impingindo conflitos jurisprudenciais frente a aplicação efetiva das leis, é necessário que os julgadores e os operadores do Direito interpretem as leis e normas de proteção aos Direitos Humanos das mulheres pela lente de gênero, do contrário o poder judiciário incorrerá em injustiça e violência institucional, o poder judiciário é a *Ultima ratio* e não pode falhar na proteção da mulher e na punição de agressores, promover a uniformização de jurisprudência através da lente de gênero garantirá segurança jurídica ao sistema judiciário e para toda sociedade.

A contribuição da Lei nº 13.984/2020 é um avanço importantíssimo, pois acrescenta no rol das medidas protetivas para o agressor frequentar centro de educação e de reabilitação e acompanhamento psicossocial (Brasil, 2020).

Uma das mais recentes alterações legislativas é a criminalização do stalking ou crime de perseguição, disposto pela Lei nº 14.132 de 2021, disciplinado que é crime *“perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade”*. A pena é de 6 meses a 2 anos de reclusão e multa, podendo ser aumentada, quando o crime é praticado contra mulher por razões do sexo feminino, nos termos do §2º-A do art. 121 do Código Penal (Brasil, 1940, 2021).

Importante ressaltar que as modificações são continuadas, vários Projetos de lei tramitam no Congresso nacional para promover conquistas por maiores garantias e proteção, beneficiando essa luta histórica importante e considerada uma das maiores leis protetivas do território brasileiro, inclusive

³ Superior Tribunal de Justiça

reconhecida como uma das melhores leis do mundo na proteção à mulher pela ONU (Organização das Nações Unidas).

A busca por efetivação dos direitos das mulheres é contínua e o poder legislativo está atento as necessidades de prevenir, proteger e punir os agressores, vários Projetos de lei tramitam no Congresso nacional para promover conquistas por maiores garantias e proteção à mulher. Dentre os muitos projetos de Lei, vale ressaltar o PL nº 5.214 de 2020 para impedir que agressores condenados por violência contra a mulher assumam cargos e empregos públicos, tal restrição vale para administração direta e indireta e empresas públicas, constituindo mais um importante mecanismo para coibir novos crimes.

Essa proposta assemelha-se a outras que já vigoram em alguns Estados Brasileiros, a exemplo do Rio Grande do Norte, vigorando desde novembro de 2020, lei que proíbe o agressor condenado por esse tipo de violência ser nomeado para cargo comissionado da administração pública (Brasil, 2020).

A sociedade e as instituições precisam estar atentas às situações recorrentes de discriminações pelas quais as mulheres vivenciam, como no trabalho e espaços culturais ocupados por homens; outros amparos são buscados no sentido de tornar isonômica a situação social da mulher nestes locais que embora pouco divulgado, mas visivelmente, constante e continuado casos de assédio moral e sexual ocorrem em grande maioria com a vítima sendo a mulher no mundo. Necessário se faz promover a inserção da mulher nas variadas ocupações no trabalho, tanto quanto nos espaços culturalmente ocupados por homens.

No atual cenário de pandemia da Covid 19 vivenciado mundialmente, estudos vêm noticiando o agravamento dos crimes de violência doméstica acentuados pelo convívio mais próximo proporcionado pelo isolamento social "casos de feminicídio crescem 22% em 12 Estados durante pandemia: números

da violência contra a mulher caíram em apenas três estados", quais sejam, Espírito Santo, Rio de Janeiro e Minas Gerais, conforme matéria publicada no site da Agência Brasil, essas estatísticas mostram que as inovações legislativas isoladamente não são suficientes, a assimetria de poder que desvaloriza o feminino cria a percepção negativa de dominação do ser feminino, procura naturalizar as mais variadas formas de violências contra mulheres, meninas e de quem se identifique como mulher, um verdadeiro atraso cultural, político, social e institucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil e doutos doutrinadores percorridos ao longo da pesquisa, vem evidenciar a necessidade de abordagens de gênero através da ciência, leis, doutrina e de efetivas políticas públicas em prol da salvaguarda dos Direitos Humanos de gênero feminino.

Diante da conjuntura sócio-histórico é viável e importância a aplicabilidade da Lei Maria da Penha, uma lei protetiva e constitucional que promove o surgimento de outras leis, como a lei do feminicídio e alterações no Código Penal. Garantir os Direitos Fundamentais e o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana é assegurar efetivamente os direitos humanos de gênero feminino em cada caso concreto, protegendo as vítimas do doloroso processo de revitimização, de modo a alcançar todas as mulheres que sejam vítimas de violência, bem como promover a redução de conflitos, garantindo a mulher proteção e uma vida livre de violências, em paz, com respeito e dignidade.

Para que possa ocorrer uma profunda mudança cultural, faz-se necessário a sensibilização e participação da sociedade em proteger, denunciar e erradicar o desrespeito a dignidade da mulher, nesse sentido a disseminação de mecanismos de canais de denúncias como o número 180 da central de

atendimento à mulher⁴, X vermelho na palma da mão⁵, o botão do pânico do APP “Salve Maria”⁶, são referências à solicitação de proteção disponibilizados pelo Estado. Esses instrumentos de política pública protetiva necessitam ser monitorados e disponibilizados relatórios de sua efetividade para que a sociedade os reconheça e os utilize no combate à violência doméstica, assim, “não se cale, denuncie”.

Denunciar é a forma de buscar a igualdade material é evidenciar a existência da desigualdade que assola essa celeuma, ferindo o princípio da igualdade em todos os aspectos fundamentais percorridos. Necessariamente, para que a isonomia seja evidenciada e a igualdade efetivada na sociedade em todos os âmbitos, amparando a mulher desde o nascimento, e em todas as circunstâncias da vida, para que possa assumir e construir com autonomia, independência e responsabilidade sua autodeterminação e sobretudo ser respeitada em suas escolhas familiares, profissionais e afetivas.

Destarte, o princípio da igualdade material na prática poderá ser alcançado com medidas de proteção em leis, como a Lei Maria da Penha que vem influenciado alterações no ordenamento jurídico e nas políticas públicas de proteção as mulheres e meninas, medidas integradas entre os poderes executivo, legislativo e judiciário são necessárias para que a objetividade da Lei Maria da Penha: proteção, prevenção e punição de agressores, seja

⁴ A Central de Atendimento à Mulher é um serviço criado para o combate à violência contra a mulher e oferece três tipos de atendimento: registros de denúncias, orientações para vítimas de violência e informações sobre leis e campanhas. Disponível em <https://www.gov.br/pt-br/servicos/denunciar-e-buscar-ajuda-a-vitimas-de-violencia-contra-mulheres>.

⁵ Campanha promovida pelo Conselho Nacional de Justiça e pela Associação dos Magistrados Brasileiros quer incentivar as vítimas de violência doméstica a denunciarem agressões nas farmácias. Disponível em <https://www.abcdabc.com.br/brasil-mundo/noticia/x-vermelho-palma-mao-vitimas-podem-denunciar-violencia-domestica-farmacias-102659>

⁶ Aplicativo do google store usada no Piauí como ferramenta de denúncia a violência doméstica criada pela Secretaria de Estado da Segurança Pública (SSP/PI) e a Agência de Tecnologia da Informação (ATI). Disponível em http://www.ssp.pi.gov.br/download/201812/SSP11_be52c4a779.pdf

materializada em ações concretas, também é desejável o monitoramento das políticas públicas integradas entre os poderes como forma de garantir uma rede de apoio estruturada e humanizada, Defensorias Públicas, Ministério Público e o poder judiciário capacitado e sensibilizado para as demandas de gênero feminino, de modo a promover os Direitos Humanos de gênero feminino, como prerrogativa que deve ser assegurada, protegida, implantada e monitorada por toda sociedade e organismos nacionais e internacionais.

Desse diálogo construtivo em torno das garantias fundamentais de proteção aos Direitos Humanos das mulheres, meninas e de quem se identifique como mulher e com respostas integradas e sistematizadas com toda a rede de apoio, irão sendo construídos novos arranjos sociais, políticos e jurídicos que atuarão de forma eficaz no rompimento do ciclo vicioso do patriarcado que tanto assombra as democracias e o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BOND, Letycia. *Casos de feminicídio crescem 22% em 12 estados durante a pandemia*: número da violência contra a mulher caíram em apenas três estados. Agência Brasil, 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-06/casos-de-feminicidio-crescem-22-em-12-estados-durante-pandemia>. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em: 19.05.2021.

BRASIL. *Decreto Lei i no 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 08 out. 2021.

- BRASIL. *Decreto nº 89.460, 20 de março de 1984*. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, 1979. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-89460-20-marco-1984-439601-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 08 out. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 19 de mai. de 2021.
- BRASIL. *Lei nº 14.149, de 5 de maio de 2021*. Institui o Formulário Nacional de Avaliação de Risco, a ser aplicado à mulher vítima de violência doméstica e familiar. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.149-de-5-de-maio-de-2021-318198245>. Acesso em 18 de mai. de 2021.
- BRASIL. *Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015*. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm. Acesso em: 08 out. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 13.505, de 8 de novembro de 2017*. Acrescenta dispositivos à Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para dispor sobre o direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar de ter atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado, preferencialmente, por servidores do sexo

feminino. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13505.htm. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.641, de 3 de abril de 2018*. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13641.htm. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.772, de 19 de dezembro de 2018*. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para reconhecer que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar e para criminalizar o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13772.htm. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.827, de 13 de maio de 2019*. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para autorizar, nas hipóteses que especifica, a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes, e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça.

BRASIL. *Lei nº 13.836, de 4 de junho de 2019*. Acrescenta dispositivo ao art. 12 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, para tornar obrigatória a informação sobre a condição de pessoa com deficiência da mulher vítima de agressão doméstica ou familiar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13836.htm. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.871, de 17 de setembro de 2019*. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para dispor sobre a responsabilidade do agressor pelo ressarcimento dos custos

relacionados aos serviços de saúde prestados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) às vítimas de violência doméstica e familiar e aos dispositivos de segurança por elas utilizados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13871.htm. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.880, de 8 de outubro de 2019*. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para prever a apreensão de arma de fogo sob posse de agressor em casos de violência doméstica, na forma em que especifica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13880.htm. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.882, de 8 de outubro de 2019*. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para garantir a matrícula dos dependentes da mulher vítima de violência doméstica e familiar em instituição de educação básica mais próxima de seu domicílio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13882.htm. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.894, de 29 de outubro de 2019*. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para prever a competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para a ação de divórcio, separação, anulação de casamento ou dissolução de união estável nos casos de violência e para tornar obrigatória a informação às vítimas acerca da possibilidade de os serviços de assistência judiciária ajuizarem as ações mencionadas; e altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para prever a competência do foro do domicílio da vítima de violência doméstica e familiar para a ação de divórcio, separação judicial, anulação de casamento e reconhecimento da união estável a ser dissolvida, para determinar a intervenção obrigatória do Ministério Público nas ações de família em que figure como parte vítima de violência doméstica e familiar, e para estabelecer a prioridade de tramitação dos procedimentos judiciais em que figure como parte vítima de violência doméstica e familiar. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13894.htm. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.984, de 3 de abril de 2020*. Altera o art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para estabelecer como medidas protetivas de urgência frequência do agressor a centro de educação e de reabilitação e acompanhamento psicossocial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13984.htm. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. *Lei nº 14.132, de 31 de março de 2021*. Acrescenta o art. 147-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o crime de perseguição; e revoga o art. 65 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14132.htm. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. *Projeto de lei nº 5.214 de 19 de novembro de 2020*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2265454>. Acessado em: Acesso em: 08 out. 2021.

CAMPOS, Carmen Hein de (org). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Juspodivm, 2021.

GIL, Carlos Antonio. *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*. 5ª ed. São Paulo: Atlas S.A, 1999.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia Científica*. 5ª ed. São Paulo: Atlas S.A, 2008.

LAVIGNE, Rosane M. Reis; PERLINGEIRO, Cecília. Carmen Hein de (org). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

- NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007.
- STRECK, Lênio Luiz; CAMPOS, Carmen Hein de (org). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAPÍTULO 3

DESATIVAÇÃO DE CONTAS COMERCIAIS DE MANEIRA UNILATERAL PELO INSTAGRAM - CONFIGURA ABUSO DE PODER?

Giovanna Quercia Dias

Adriano Fernandes Ferreira

INTRODUÇÃO

Indubitavelmente, após o advento da internet, a comunicação tornou-se mais rápida e dinâmica, proporcionando inúmeras mudanças no comportamento da sociedade. Esta, por sua vez, encontra-se envolta nesse “universo virtual”, onde operações bancárias, transações econômicas, marketing e contas comerciais são apenas alguns das várias ferramentas disponibilizadas para uso dentro desse universo.

Nesta perspectiva, o Instagram é uma criação concebida puramente para o universo móvel. Os usuários dessa rede social entendem o magnetismo que essa ferramenta digital gera. O conceito é simples e genial ao mesmo tempo, pois faz com que pessoas se comuniquem por meio de imagens.

Com isso, milhares de oportunidades financeiras surgiram, dando maior poder de comercialização e divulgação dos negócios por conta dos influenciadores virtuais, que souberam adaptar o seu conhecimento ao universo de possibilidades trazido pelo Instagram.

Contudo, existem situações em que o usuário fica refém das normas impostas pela plataforma sem possibilidade de negociação, abrindo espaço para o abuso por parte dos gestores das redes sociais. Tal fato ocorre no momento da criação da conta nestas mídias sociais. Neste sentido, a desativação de contas

comerciais de maneira unilateral pelo Instagram, configura-se como abuso de poder?

Buscando respostas ao questionamento supracitado, o objetivo geral deste trabalho é analisar a ocorrência de abuso de poder diante da desativação de contas comerciais da plataforma Instagram, de maneira unilateral. Em relação aos objetivos específicos são: contextualizar a história das redes sociais junto à ampliação de possibilidades comerciais; bem como, pontuar os principais aspectos da legislação vigente acerca do abuso de poder no campo virtual, além de identificar os possíveis danos irreparáveis causados pela desativação unilateral sem justificativa.

Entende-se que este trabalho se torna importante nos contextos científico, social e acadêmico, por considerar questões referentes ao Direito do Consumidor no que concerne a possibilidade de abuso de poder no âmbito das redes sociais, especificamente no Instagram. Por entender que tais aspectos são de extrema importância na atualidade, pois é a partir do estudo e da análise de todos esses conhecimentos, que os profissionais e colaboradores da área de Direito, poderão crescer e desenvolver-se efetivamente, tendo aqui nesta obra, mais uma fonte segura para pesquisa.

UM OLHAR SOBRE O CENÁRIO ATUAL DAS RELAÇÕES COMERCIAIS ENTRE O CONSUMIDOR E AS REDES SOCIAIS

Sabe-se que com o advento da Internet e conseqüentemente, das redes sociais, o cenário global se transformou por completo. A facilidade de acesso de informações e as relações pessoais e de consumo, chegaram a um patamar jamais visto antes. Além de trazer facilidades para as relações interpessoais, que com o surgimento da Internet se pôde interligar pessoas do mundo inteiro, a economia também sofreu o impacto da era virtual, através do comércio

eletrônico e das redes sociais, que movimentam bilhões de reais ao ano, e a tendência é que esses números só aumentem.

Atualmente, o mundo inteiro, sofreu os impactos do surgimento do vírus da Covid-19, um vírus contagioso e mortal, que resultou no confinamento da população em suas residências, objetivando-se o controle do contágio da população. A quarentena medida tomada pela Organização Mundial de Saúde, trouxe um profundo impacto em todos os setores, sobretudo nas grandes, médias e pequenas empresas, que tiveram de buscar alternativas no universo online para sobreviver.

Dessa forma, o mundo online e as redes sociais, que já atuavam de maneira expressiva na compra e venda de produtos, após a pandemia, cresceram ainda mais, como a solução e sobrevivência de muitos negócios. As pequenas e médias empresas (PMEs) tiveram um desempenho histórico no e-commerce em 2021.

De acordo com um levantamento da startup Nuvemshop, que ajuda lojistas a migrarem para o online, esses negócios movimentaram cerca de 2,3 bilhões de reais em vendas digitais no último ano, uma alta de 77% em comparação ao volume de 2020.

Além das empresas e prestadores de serviços que utilizam as redes sociais como meio de trabalho, nasceu com o aquecimento da era digital, uma nova profissão, o influenciador digital. Os influenciadores digitais são formadores de opinião, pessoas capazes de influenciar sua audiência em vários aspectos, inclusive, a comprar.

Com um elevado número de seguidores, que podem ser milhares ou até milhões, o influenciador é uma das peças-chaves do marketing digital. Contratados por pequenas, médias e até grandes empresas, como a Coca-cola e Unilever, através da sua opinião, um influenciador pode alavancar as vendas de um determinado produto ou serviço.

Segundo uma pesquisa realizada pela CMO Survey, o trabalho com influenciadores digitais foi buscado por 74,3% das empresas entrevistadas, além disso, o levantamento da CMO Survey, indicou que, dentre as empresas que buscaram parcerias com influenciadores, 82,4% citaram a melhora da imagem da empresa e o engajamento com o cliente.

O trabalho como influenciador não é uma simples ocupação ou *hobby*, é tratado com seriedade, pois se tornou a principal ou única fonte de renda daqueles se dedicam à produção de conteúdo nas redes. Um influenciador digital, na maioria dos casos, é uma pessoa jurídica, que possui CNPJ e emite notas fiscais pelos seus serviços de publicidade.

Diante deste cenário, pode a plataforma Instagram desativar as contas comerciais supracitadas, sem nenhuma justificativa ou motivação? É visível o prejuízo que tal atitude causaria para essas contas, uma vez que não se trata da simples perda de fotos e memórias compartilhadas, mas perda de dinheiro e contratos, que dependem do público engajado que estava ali concentrado.

A REPERCUSSÃO DA INTERNET NO DIREITO BRASILEIRO

De acordo com Turner (2015, p. 61), “no Brasil a internet surgiu no final da década de 80, quando as universidades brasileiras começaram a compartilhar algumas informações com os Estados Unidos”. Entretanto, foi a partir de 1989, quando se fundou a Rede Nacional de Ensino e Pesquisa (RNP), que o projeto de divulgação e acesso ganhou força, ou seja, o intuito principal era difundir a tecnologia da internet pelo Brasil e facilitar a troca de informações e pesquisas. (VIANA, 2013, p. 79).

Conforme Souza Neto (2016, p. 81), no ano de 1997, criaram-se as "redes locais de conexão" expandindo, dessa forma, o acesso a todo território nacional. Em 2011, segundo os dados do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC), aproximadamente 80% (oitenta por

cento) da população teve acesso à internet, ou seja, isso corresponde a cerca de 60 milhões de computadores em uso. (AZEVEDO, 2014, p. 112).

Dentro desta perspectiva, por volta do ano de 2014, foi aprovado no Congresso Nacional e no Senado, e sancionado pela presidente Dilma Rousseff, o Marco Civil da Internet, após longo período de debates e tramitação. (VAINZOF, 2014, p. 58).

Um dos principais pontos da lei é a implantação no Brasil do princípio da "neutralidade da rede", ou seja, com isso tornou-se proibida que as empresas oferecessem acesso à rede (operadoras de telefonia, por exemplo) e viessem a cobrar pelo tipo de conteúdo que o internauta (assinante) acessasse. (LIMA, 2014, p. 88).

Para Wendt (2016, p. 109), nos últimos anos, tem-se visto uma nova fase acerca do uso da internet, verifica-se que os produtos, ferramentas, recursos disponíveis vieram facilitar e dar maior rapidez a forma de se comunicar, interagir, compartilhar entre as pessoas, influenciando e promovendo significativas mudanças em vários setores da sociedade.

Porém, mesmo diante desse avanço tecnológico, as regras impostas pela administração de uma determinada rede social deixa o consumidor refém das políticas internas adotadas pelas mesmas e que corroboram para tomada de medidas prejudiciais para quem faz uso das redes sociais com a finalidade comercial, estabelecendo relação econômica e financeira, com diversas pessoas e empresas.

A criação e a difusão da internet ao redor do globo, incontestavelmente, transformaram as relações sociais, mudando o modo de pensar e agir de toda a sociedade, sendo impossível no dia de hoje pensar em um mundo desconectado, pois a internet tem participação em diversos momentos da vida social, como meio de pesquisa, informação, entretenimento e trabalho. (BORGES, 2017, p. 59).

De acordo com o Facebook, companhia que detém os direitos comerciais sobre o Instagram, são basicamente quatro fatores que dão uma freada para que o acesso a rede alcance o mundo em sua totalidade, sendo eles a disponibilidade, que se trata da infraestrutura necessária para fornecer o acesso; a acessibilidade, que diz respeito ao custo para se ter acesso a internet; a relevância, que é sobre a motivação das pessoas para se conectar; e a facilidade, que trata da capacidade para acessar, que inclui habilidades e aceitação cultural. Mas atualmente há a tendência para quebrar as barreiras e disseminar o acesso ao mundo digital para todos os povos.

As transformações causadas pela internet são dinâmicas, e hoje se pode falar de uma sociedade que vive a Era Digital, onde tudo pode ser realizado através da internet, criando assim um mundo virtual que funciona em concomitância ao mundo real. (ARAÚJO, 2017, p. 18).

Também é vivenciado atualmente um tempo em que pessoas se sustentam expondo suas vidas na internet, produzindo conteúdo sem compromisso com grandes empresas, fazendo fama no mundo digital e ganhando dinheiro para influenciar pessoas a adquirir produtos de diversas marcas que têm investido nesse mercado. (CORONADO, 2017).

E muitos desses fenômenos ganharam mais força com a disseminação das redes sociais, uma das atividades mais populares na internet, que agrupa diversos tipos de pessoas, do mundo inteiro em um mesmo espaço dentro da rede, sendo o Facebook o maior expoente, possuindo quase um terço da população mundial cadastrada no site.

As redes sociais possibilitam o acesso imediato a todo tipo de conteúdo, seja ele informativo, cultural, educativo ou meramente para lazer. E propicia a comunicação imediata e em todo o tempo com qualquer pessoa do mundo conectada à rede. Indubitavelmente, as redes sociais são uns dos principais

fatores que fomentam a necessidade dos indivíduos de se manter conectados (BORGES, 2017).

A explosão dessas relações faz nascer um direito essencialmente digital. Os avanços da tecnologia e do ciberespaço como vistos anteriormente, criaram formas de interações sociais entre pessoas, empresas, organizações e o Estado. Vivemos uma era em que está consolidado o chamado mundo digital e é natural que eventuais conflitos surjam nesse novo contexto estabelecido pelo desenvolvimento da internet. (ARAÚJO, 2017, p. 19).

Nesse sentido, o Direito deve acompanhar o desenvolvimento da sociedade, para garantir a ordem do convívio social no ambiente virtual, seguindo essa conjuntura tem origem o Direito Digital, também chamado de Direito Eletrônico ou Direito da Informática. Conforme elucida Diniz (2017):

[...] é uma nova disciplina jurídica que consiste na incidência de normas jurídicas aplicáveis ao chamado ciberespaço, num reconhecimento de que a legislação e a doutrina jurídicas tradicionais são insuficientes para regular as relações no mundo virtual, os quais desafiam novas perguntas e novas respostas, num ambiente desprovido das conhecidas fronteiras espaço-tempo. Esta nova disciplina representa uma renovação no modo de compreender o próprio Direito, a partir de novos paradigmas e novas visões construídas no campo filosófico, científico, social e cultural. (DINIZ, 2017, p. 83)

Nessa perspectiva, o Direito Eletrônico é essencialmente multidisciplinar, possuindo reflexos em todos os ramos do Direito, e é globalizado, pois o mundo virtual proporciona o contato entre diferentes povos e culturas, dificultando a demarcação de um território nesse espaço. (PURKYT, 2018).

Em síntese, o Direito aplicado à internet, vem para agir em questões diversas originadas no universo digital, desde as mais simples às mais complexas, estabelecendo uma interpretação mais dinâmica aos conflitos

inerentes a sociedade presente no ciberespaço. Para garantir o desenvolvimento próspero da internet, o Direito deve ser pensado e praticado em preceitos modernos. Assim, o Direito Digital trata-se de um aperfeiçoamento do ordenamento jurídico em vigor, ao promover a extensão de diversos ramos do sistema jurídico atual.

O Brasil optou pelo avanço na criação de uma legislação de caráter geral quanto o tratamento de dados de usuários. E essa conclusão se chega a partir do conhecimento de que, a datar de agosto de 2020, entrará em vigor a Lei nº 13.709 de 2018, conhecida como “Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais”. Trata-se de marco legal constituído com o objetivo de mitigar os riscos relacionados ao tratamento indevido ou abusivo de dados.

Além disso, é objetivo da lei a criação de um ambiente próspero de negócios e tecnologias, com a garantia de que haverá a segurança jurídica. A LGPD terá impacto em negócios de empresas brasileiras, assim como de empresas nacionais ou estrangeiras que possuam negócio no Brasil ou prestem serviço para esse mercado, independentemente de sua sede. (DANIEL, 2019, p. 03).

Nesse sentido, consolida-se uma tendência que se inicia antes mesmo do advento da internet, pois desde 1970 há as primeiras leis europeias sobre a segurança da informação. No Brasil, o início das discussões se dá em 2009, para que, em 2014, seja aprovado o Marco Civil da Internet, com o envio da proposta de lei da LGPD em 2016 e sua consequente aprovação em 2018, para a posterior alteração experimentada em 2019. (LIMA, 2014, p. 06).

Enquanto o Marco Civil da Internet permite apenas o tratamento de dados pessoais, mediante a obtenção do consentimento do titular dos dados, a LGPD estabelece dez hipóteses para o tratamento de dados. Isso inclui, além do consentimento, o interesse legítimo do controlador ou de terceiros, a necessidade de cumprimento de contrato ou de obrigação legal ou regulatória.

A LGPD estabelece regras específicas para a obtenção do consentimento, que poderá ser nulo caso se trate de uma autorização genérica ou se baseado em informações com conteúdo enganoso ou abusivo. O tratamento de dados pessoais apontados como públicos devem considerar a finalidade originária, a boa-fé e o interesse público que justificaram a disponibilização de tais dados. DANIEL (2019, p. 4).

É importante entender a legislação em vigor, uma vez que Brasil, que já possui em seu ordenamento pátrio, no qual se destaca a Constituição da República Federativa datada de 1988, a proteção jurídica aos direitos do consumidor, enquadrados entre os direitos fundamentais, aprovou uma legislação específica sobre o armazenamento, uso e compartilhamento de dados pessoais. Ou seja, reconheceu-se a privacidade e a proteção aos dados pessoais como direitos fundamentais, essenciais para a dignidade da pessoa humana. E tais direitos foram consolidados a partir da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que entrará em vigor a partir de meados de 2020.

Com base em princípios que vedam a discriminação, protegem e instituem instrumentos de garantia à segurança dos dados pessoais, o Brasil avança para a consolidação de direitos fundamentais. Mais do que isso, estipula uma legislação que reconheça a aplicação desses direitos fundamentais a relações privadas, em consonância com o mais moderno entendimento sobre a aplicação dos direitos humanos mais básicos e essenciais em relações entre indivíduos e empresas.

A configuração do abuso de poder junto ao direito do consumidor

Conforme elucida Lopes Silva (2018, p. 44), a sociedade da informação surgiu a partir da facilitação no desempenho de atividades cotidianas proporcionadas pelo uso de ferramentas informatizadas. Mais do que isso: esses mecanismos eletrônicos guarnecem inúmeros bens jurídicos de suma

importância para o ser humano, a exemplo da saúde, intimidade, segurança, liberdade entre muitos outros. (CONTE E SANTOS, 2018, p. 89).

Desse modo, a sociedade se vê vinculada às tecnologias da informação, tendo, a criminalidade, passado por esse mesmo processo. Aparecem os crimes virtuais e, com eles, novos bens jurídicos, aos qual a ordem constitucional precisa proteger. Há um impacto da sociedade da informação na ordem constitucional, o que gera consequências na esfera penal. (SILVA, 2017, p. 101).

Neste sentido, como reflexo de tal impacto, a Constituição, enquanto mecanismo regulador de toda a ordem política e jurídica do Estado, acabou abarcando a responsabilidade de dar contornos jurídicos à nova realidade social, cultural e econômica que surgia, uma vez que eles afrontam o principal princípio constitucional, que é o da Dignidade da Pessoa Humana.

A dignidade da pessoa humana busca entre outras coisas a proporcionar a proteção do cidadão contra qualquer tipo de humilhação ou situação vexatória, dando oportunidade para o mesmo se desenvolver e crescer pessoalmente (JESUS, 2017, p. 60).

Assim, encaixando os direitos fundamentais violados na internet, na dimensão subjetiva, pode-se dizer que, quando um indivíduo tem, por exemplo, seus dados pessoais violados e transmitidos a terceiros sem prévio consentimento, este poderá utilizar-se de seu direito subjetivo para acionar o poder do Estado para resolver tal lide, podendo ser nas esferas cível e penal. (VAINZOF, 2014, p. 63).

O princípio da Legalidade, para o direito penal é fundamental para a aplicação da lei penal na sociedade. Tal princípio faz parte de uma concepção minimalista, do Direito Penal do Equilíbrio, que remete ao fato do direito ter que ser equilibrado, não tender a ir para lados extremos demais para não comprometer a seriedade e a eficácia da aplicação da lei penal, ou seja, numa

análise comparativa, pode-se afirmar que o princípio da legalidade ocupa lugar de destaque em uma concepção minimalista, voltada para o Direito Penal do Equilíbrio”. (MACHADO, 2014, p. 141).

Outro princípio constitucional do Direito Penal é o princípio da anterioridade da Lei penal, enunciado no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal e no artigo 1º do Código Penal. Para que haja crime e a ele seja cominada uma pena, primeiro se faz necessário que o fato tenha sido praticado em momento posterior à criação da norma incriminadora. (JESUS, 2017, p. 87).

Além disso, verifica-se um enorme contrassenso no sentido de que a determinada rede social venha a investir em recursos tecnológicos, desenvolvendo novas ferramentas, aumentando as habilidades de uso da mesma, com a finalidade de incentivo e exploração com publicidade pelos usuários, os chamados "influenciadores digitais", com o objetivo de aumentar sua própria receita, e ao mesmo tempo exclui sem razoável motivo uma conta que se destina à exploração que ela própria incentiva. Segundo Silva (2017):

No mais das vezes, a exclusão é imotivada. O usuário é excluído sem sequer ser ouvido. Em conduta arbitrária, a conta é desativada sem qualquer oportunidade ao contraditório e à ampla defesa, subtraindo a pessoa de importante atividade digital. O STF reconhece a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, é possível aplicar-se plenamente as liberdades individuais nas relações privadas, mormente quando se trata de relação em que uma das partes assume condição de supremacia em detrimento da outra. (SILVA, 2017)

O princípio da territorialidade versa sobre um dos maiores desafios para inibir o abuso de poder no meio virtual, por possuir, a internet, caráter global. Nesse sentido, o artigo 5º do Código Penal Brasileiro dispõe que aos crimes cometidos em território brasileiro aplicam-se a lei brasileira. (BRASIL, 2014).

Com relação aos crimes cometidos pela internet, aplica-se a lei brasileira quando o site utilizado for brasileiro. Contudo, uma exceção a este dispositivo é o princípio da extraterritorialidade, contido no artigo 7º do mesmo diploma legal. Assim, estando o agente localizado fora do país, aplica-se a lei brasileira nos casos do supracitado artigo ou nos casos em que houver acordo ou tratado nesse sentido.

Em relação às redes sociais, especificamente, ao Instagram, é importante salientar que quando o usuário vai em busca dos serviços por ele disponibilizados, se depara com um contrato, o qual regula a relação jurídica em as partes. Onde todo e qualquer inscrito deve ler e aceitar as respectivas determinações da rede social a fim de utilizarem os seus serviços e ferramentas.

Evidente que diante do cenário exposto anteriormente, caracterizado pelo avanço tecnológico e a presença da pandemia por coronavírus, muitas pessoas ao ficarem na quarentena, recorreram ao uso das redes sociais, como forma de ganhar e fazer entrar dinheiro em suas contas, desconsiderando, ou por mera negligência, ou de forma consciente, das regras impostas pelo Instagram mediante a assinatura virtual do contrato de uso.

Nesse sentido, vale ressaltar que a presente relação jurídica tem natureza eminentemente consumerista, regida *in tontum* pelo Código de Defesa do Consumidor - ou seja, os usuários das redes sociais têm proteção diferenciada no ordenamento jurídico. De acordo com Borges (2017):

Consumidor, à luz do artigo 2º da lei 8.078/90, é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final. Já o fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (art. 4º da lei 8.078/90). Então pode-se concluir que o Instagram presta serviços de site de montagem,

criação e divulgação de imagens, além da troca de mensagens pela internet e que tem em seus usuários como destinatários finais. (BORGES, 2017, p. 62)

Assim sendo, a relação entre usuário e rede social possui seus amparos legais diante do contexto do código do consumidor, em razão da facilidade da democratização e compartilhamento das informações, de conhecimento e interesses entre as pessoas, além de fomentar o networking e ser uma ferramenta que auxilia as empresas em processos de seleção.

Nesse sentido, pode-se dizer que a rede social pode dar voz às pessoas, dando mais importância a opinião pública. Com isso a relevância das redes sociais para as empresas também está cada vez mais evidente. Com tanta gente disposta a gastar parte do seu tempo visitando os perfis mais interessantes, as empresas ganham novas oportunidades de negócios.

Conquistar e engajar as pessoas para que elas se interajam com uma marca pode não ser tarefa fácil, mas aumenta o leque de possibilidade para as organizações. Os clientes já fornecem suas informações nos cadastros das redes. Utilizando esses dados, as empresas podem entender melhor seu público, diminuir despesas com marketing e gerar mídia espontânea (ou seja, outras pessoas podem compartilhar conteúdos interessantes de marcas sem receberem nada por isso). Dentro da esfera do Direito do Consumidor o abuso de poder se qualifica quando, segundo elucida Araújo (2017):

Faz referência, no campo da administração pública, ao comportamento irregular intrusivo ou omissivo de autoridade, que ordena arbitrariamente, ou executa medida que ignora a observância das formalidades legais. Temos ainda expressões similares, como por exemplo, o abuso de poder econômico, onde uma corporação dotada de vasto recurso financeiro faz valer sobre um governo ou coletividade os seus interesses. (ARAÚJO, 2017)

Conforme o autor, ao fazer uso de uma determinada rede social, concordando com a sua política de uso, o usuário cede a plataforma virtual o direito de ela agir da maneira que lhe aprouver, no que diz respeito a desativação injustificada da conta do dele (usuário), porém, em se tratando de uma conta utilizada com fins comerciais, essa tomada de decisão por parte da administração da rede social, pode vir a gerar inúmeras consequências negativas e danosas ao cliente, inclusive perda de contratos e dinheiro, os quais eram realizados e mantidos pelo usuário mediante ao uso da rede social.

A desativação unilateral pelo Instagram e o abuso de poder

De acordo com Mannarino (2015, p. 71), “Instagram é uma rede social *online* de compartilhamento de fotos e vídeos entre seus usuários”, assim, a ela permite aplicar filtros digitais e compartilhá-los em uma variedade de serviços de redes sociais, como Facebook, Twitter, Tumblr e Flickr.

O Instagram foi criado por Kevin Systrom e Mike Krieger e lançado em outubro de 2010. O serviço rapidamente ganhou popularidade, com mais de 100 milhões de usuários ativos em abril de 2012, conforme Castells (2013):

O Instagram, como aplicativo e rede social, teve recentemente o seu conteúdo expandido para além destes sistemas móveis estando agora disponível também em computadores pessoais, nomeadamente com sistema operativo Windows. (CASTELLS, 2013, p. 62)

Para o autor, quando a aplicação de fotografia Instagram ficou disponível para Android, o seu uso e popularidade aumentaram consideravelmente. Tal fato foi possível através de uma aplicação para Windows designada Instagrille, que foi desenvolvida pela empresa Sweet Labs que tem como objetivo a criação de software e aplicações em HTML5 através da aplicação designada Pokki.

No Brasil, o Instagram é bastante popular entre os brasileiros que têm acesso à internet. Desde 2015, a presença de brasileiros na plataforma é maior do que a média global - naquele ano, 55% dos usuários de internet estavam presentes na rede social de fotografias, mais do que a média global de 32%. Em 2016, esse número subiu para 75%, mais do que os 42% da média global do mesmo ano, de acordo com Souza Neto (2016):

Segundo especialistas, um dos motivos para a grande presença de brasileiros em mídias sociais e aplicativos como o Instagram é a combinação de um país bastante social com uma crescente penetração de smartphones no Brasil. Curiosamente, não se trata apenas de uma rede social utilizada pelos jovens - 57% dos usuários brasileiros de internet na faixa dos 55 aos 65 anos também usam o Instagram. (SOUZA NETO, 2016, p. 54)

Neste sentido, e de acordo com o autor acima, o crescimento acelerado do Instagram é um dos fatores que mais impressionam entre as redes sociais atualmente. A rede conta atualmente com 800 mil usuários em todo o mundo e, no Brasil, 80,2% das marcas investem na rede, segundo a Social Media Trends 2021.

O aumento no uso, tanto por parte dos usuários quanto das empresas, faz com que muitos apostem que ela será a grande rede de sucesso dos próximos anos, desbancando até mesmo seu grande irmão, o Facebook.

Cada vez mais investindo em novos recursos e novos formatos de anúncio, a rede vem promovendo uma maior proximidade entre seguidores e, também, o engajamento deles com as marcas. De fato, o Instagram atualmente é a rede social com mais engajamento.

Neste aspecto, tal acontecimento se torna muito valioso, uma vez que a influência nesses pequenos nichos é ainda maior, aumentando a sensação de proximidade e tendo maior credibilidade de prova social.

Nas redes sociais, vemos a produção audiovisual sendo cada vez mais valorizada. Ela aproxima marcas e público, torna a comunicação mais fácil para todos e ainda tem o grande diferencial de permitir um contato mais próximo com a geração Z.

Um dos formatos de vídeo que apresenta maior crescimento são os vídeos ao vivo, justamente por representarem tudo que apresentamos anteriormente, mas com uma autenticidade ainda maior — afinal de contas, não há edição.

No Instagram isso deve ser usado de forma estratégica pelas marcas. Seus seguidores recebem uma notificação toda vez que você inicia um vídeo ao vivo. Ou seja: é uma ótima forma de estar sempre presente por ali. O aplicativo tornou-se uma das principais redes sociais do mundo, uma vez que cada rede social tem um propósito para os negócios, dependendo do perfil de público e das oportunidades que oferece. No caso do Instagram, o propósito principal é o engajamento por meio dos formatos preferidos do público: fotos e vídeos.

Portanto, já dá para entender que o Instagram não é só um aplicativo, nem só uma rede social: ele é também uma plataforma de negócios completa para as empresas. Dessa forma, o Instagram se transformou em uma plataforma de negócios para as empresas, que ganharam o direito de criar anúncios segmentados para a base de usuários da rede. O Instagram tem algumas características muito particulares, que o diferenciam de outras redes sociais, segundo afirma Turner (2016, p. 89), são elas:

- a) Visual: A regra “uma imagem vale mais que mil palavras” vale mesmo para o Instagram! Isso porque ele é uma rede social essencialmente visual. O texto entra em segundo plano para complementar a imagem, que deve ser encantadora para os seguidores.
- b) Criativo: A criatividade aparece nos filtros das fotos, nos emojis, num ângulo diferente, na maneira de contar uma história. O Instagram estimula os conteúdos mais criativos!

- c) Interativo: Você pode interagir por meio de curtidas, comentários, marcações e mensagens diretas, além de explorar novos conteúdos pelas hashtags e por geolocalização.
- d) Móvel: As publicações são feitas, principalmente, em smartphones, que estão sempre junto das pessoas no dia a dia. Mas vale saber: já existem formas eficientes de publicar na rede via desktop.
- e) Atualizado: O Instagram passa por atualizações constantes para melhorar a experiência dos usuários e das empresas na rede. (TURNER, 2015, p. 89).

Em se tratando das funcionalidades, o Instagram oferece, segundo Coronado (2017):

- a) Publicação de fotos, vídeos e carrossel: A essência do Instagram é o compartilhamento de fotos. Porém, em 2013, ele passou a permitir vídeos (de até 1min) e, em 2017, carrosséis de imagens (de até 10 fotos ou vídeos).
- b) Filtros e edições: Ao publicar fotos ou vídeos, você poderá aplicar filtros e fazer edições que tornarão as imagens muito mais atrativas. Atualmente, 40 filtros estão disponíveis.
- c) Geolocalização: O Instagram também permite que você adicione a localização de uma publicação.
- d) Marcações: Se outras pessoas aparecem na sua foto, você pode marcá-las no post. Essa publicação, então, aparecerá também no perfil delas, em uma aba específica.
- e) Compartilhamento: No momento de publicar, é possível compartilhar o post no seu perfil em outras redes, como Facebook, Twitter e Tumblr.
- f) Stories: As Stories foram lançadas em 2016, inspiradas no sucesso do concorrente Snapchat. São publicações que duram apenas 24h e podem ser personalizadas com frases, filtros, emojis, máscaras e figurinhas sobre as imagens. Também permite fazer transmissões ao vivo.
- g) Salvar: Caso você veja um post que precisa ser guardado ou merece ser lembrado daqui a um tempo, você pode salvá-lo, e ele aparecerá na aba “Salvos”.

- h) Explorar: Na aba de pesquisa, é possível buscar por perfis, hashtags e locais, assim como receber sugestões do Instagram sobre posts de quem você ainda não segue.
- i) Instagram Direct: Esse é o recurso de inbox do Instagram, para enviar mensagens diretas a algum perfil.
- j) Instagram Ads: Para perfis de negócios, o Instagram permite a criação de anúncios. Em breve vamos ver todos os detalhes sobre isso.
- k) Essas são as principais funcionalidades que podem ser úteis para a sua empresa. Mas fique sempre de olho na rede para não perder nenhuma novidade, pois as atualizações são constantes. (CORONADO, 2017).

Borges (2017) chama a atenção que conforme se observa nos Termos de Uso e Política do Instagram, a desativação de conta é possível, mas, só se o usuário violar grave ou continuamente os termos. A desativação sem apuração prévia e sem direito de defesa atende, apenas, aos interesses do Instagram, que busca se proteger de processos judiciais caso demore a remover conteúdo inapropriado. É o verdadeiro "*in dubio, retire-se do ar*". (CONTE, 2018).

Assim sendo, uma única ofensa é incapaz de violar os termos de uso. Pelo contrário, o que se observa é que a empresa ré violou o seu próprio contrato de adesão. Trata-se de conduta abusiva e arbitrária, protegida pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 6, inciso IV). (BRASIL, 1997).

Para Lopes Silva (2018), os meios digitais oferecem enorme poder às empresas, que detém quase que o monopólio das publicações modernas na rede. Deve haver equilíbrio nessa relação jurídica, sob pena de se criar uma arbitrariedade privada semelhante aos regimes absolutistas no mundo virtual.

De acordo com Viana (2013), devido processo legal deve ser respeitado, com garantia ao contraditório e, ampla defesa. Não existe penalidade sem observância dessas garantias - e a total indiferença das plataformas, que não interagem com o autor, encaminhando-lhe respostas padrão - denota o total

descomprometimento do Instagram com a justiça na rede e se constituem em inaceitável demonstração de poder.

Essa interpretação é confirmada pelo Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014), o qual, em seu art. 20, exige a prévia comunicação, bem como o exercício dessas faculdades, para a legalidade da conduta do prestador. Assim, a exclusão das redes sociais deve: indicar qual seria o termo de conduta violado; conceder direito de defesa, antes ou após a penalidade, se houver urgência; ser proporcional e derivar da reiteração nas condutas, com alertas prévios à exclusão, pois a reiteração é necessária para que o autor da ofensa promova a adequação do seu comportamento.

Desta maneira, infere-se que é corolário da boa-fé nesta relação e finalmente, enquanto aplicável o Código de Defesa do Consumidor, tanto a aplicação da penalidade quanto a postura do Instagram após o autor reiteradamente buscar esclarecimentos mostram o quanto a plataforma ignora o apelo dos consumidores, em atitude que merece ampla reprimenda.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do tema abordado no presente artigo “a desativação de contas comerciais de maneira unilateral pelo Instagram, configura-se como abuso de poder?” inferiu-se que as redes sociais estão presentes no seio da sociedade, tornando a comunicação mais dinâmica. Essa dinâmica possibilita que a troca de informações ocorra de maneira rápida, porém, nem sempre confiável, uma vez que nem sempre a fonte da “postagem” trabalha de forma isenta, bem como a política de uso adotada pelas redes venham ao encontro das necessidades dos consumidores.

Sendo assim, o surgimento das redes sociais vem impactando de maneira determinante no comportamento da sociedade, uma vez que, o

processo de comunicação se faz de forma quase instantânea, possibilitando aos mesmos o conhecimento e a troca de informações em tempo real.

Percebeu-se no transcorrer deste trabalho o quanto são relevantes os estudos que foram realizados até aqui acerca da análise do crescimento do Instagram, bem como, a compreensão das diversas mídias e redes sociais existentes que contribuem para uma comunicação rápida e dinâmica, além da análise da desativação não justificada por parte da plataforma digital em questão.

Esta ideia formada ao longo da elaboração deste trabalho permitiu que abrissemos horizontes para um novo entendimento de tais conceitos, antes visto por nós com certo desconhecimento. Entende-se o quanto é preciso aprender em qualquer profissão, mesmo depois de termos completado nossa formação teórica, quão grande é a parte da nossa vida profissional em que passamos aprendendo habilidades específicas, e quão valiosas, em todas as circunstâncias da vida é o conhecimento das pessoas, das condições locais e de certas circunstâncias especiais.

Entender e compreender os direitos do consumidor é entender como se dão as relações contratuais exercidas e mantidas no meio virtual, uma vez que esta é uma realidade cada vez mais presente na vida de milhões de brasileiros, e que precisam ser orientados, esclarecidos acerca dos direitos e deveres ao usar uma determinada rede social.

Ao concluir este trabalho nos sentimos bastantes felizes por perceber as mudanças que o mesmo proporcionou em nosso modo de pensar e na maneira de avaliar as coisas ao nosso redor, verificar o quanto a sociedade já progrediu em termos de aprendizagem, mas que ainda resta uma longa estrada, haja vista que o conhecimento se faz de maneira contínua.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, M. B. *Comércio Eletrônico; Marco Civil da Internet; Direito Digital*. Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, 2017.
- AZEVEDO, R. B. *O combate à criminalidade Cibernética no Brasil: Parâmetros objetivos de tipicidade*. Revista Jurídica Consulex ano XV, 2014.
- BORGES, R. C. B. *Direitos de personalidade e autonomia da vontade*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Decreto Presidencial nº 2.181, de 20 de março de 1997, Brasília, DF, 1997.
- BRASIL. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 30 de out. de 2020.
- CASTELLS, Manuel. *A Galáxia da Internet: Reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.
- CONTE, C. P.; SANTOS, C. A. A. C. *Desafios do Direito Penal no Mundo Globalizado: A aplicação da Lei Penal no espaço*. Revista de Direito de Informática e Telecomunicações. ISSN 1983-392X, 2018.
- CORONADO, R. *Influenciador digital: o que é e como classificá-lo?* 2017. Disponível em: <https://www.influency.me/blog/influenciador-digital/>. Acesso em: 09 de março de 2022.
- DANIEL, P. *Conhecendo a Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil – LGPD*. São Paulo: DANIEL, 2019.
- DINIZ, M. H. *Curso de direito civil brasileiro*. 1º volume: teoria geral do direito civil. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- FERREIRA, I. S. *Direito & Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes*. 6ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2017.
- JESUS, D. E. *Direito penal – Parte Geral*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva: 2017.

- LIMA, S. P. *Crimes virtuais: uma análise da eficácia da legislação brasileira e o desafio do direito penal na atualidade*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVII, n.128, set. 2014.
- LOPES SILVA, R. de C. *Direito Penal e Sistema Informático*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- MACHADO, L. A. *Crimes cibernéticos*. In: DireitoNet, 20 de nov. 2014, disponível em <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8772/Crimes-ciberneticos>>. Acesso em: 14 de mar. de 2022.
- MANNARINO, M. V. R. *O papel da web jornal: veículo de comunicação e sistema de informação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015.
- PURKYT, P. *Do que trata Lei de Proteção de Dados Pessoais?* 2018. Disponível em: <http://www.purkytveneziani.com.br/lei-de-protecao-de-dados-pessoais>. Acesso em: 09 de março de 2022.
- SILVA, V. A. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Editora Malheiros, 2017.
- SOUZA NETO, P. A. *Crimes de Informática*. [S.L]: Universidade do Vale do Itajaí, 2016.
- TURNER, D.; MUÑOZ, J. *Para os filhos dos filhos de nossos filhos: uma visão da sociedade internet*. São Paulo: Summus, 2015.
- VAINZOF, R. *Segurança no ambiente eletrônico*. Revista Jurídica Consulex. Ed. Consulex. Ano XV. nº 343, maio 2014.
- VIANA, T.; MACHADO, F. *Crimes Informáticos*. Belo Horizonte: Atlas, 2013.
- WENDT, E.; JORGE, H. V. N. *Crimes Cibernéticos*. São Paulo: BRASPORT, 2016.

CAPÍTULO 4

A CONVENÇÃO DE HAIA DE 1980 E A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DO RESP 1.351.325

Isabella Victória Aranha Ribeiro

Regina Aquino Marques de Souza

Adriano Fernandes Ferreira

INTRODUÇÃO

A intensificação do processo de globalização, experimentada pela comunidade internacional nas últimas décadas, culminou no fenômeno denominado internacionalização da família¹. Esse fenômeno consubstancia-se na formação de laços familiares oriundos da união de indivíduos de diferentes nacionalidades.

No entanto, com o crescimento dos vínculos internacionais entre cidadãos de diversas nacionalidades, conseqüentemente, os conflitos familiares também aumentaram. Esse é o principal motivo que desencadeia os casos de sequestro internacional de crianças. Isto é, os menores, frutos da aludida união, não raro, são vítimas de um deslocamento ilegal de seu país e/ou sua retenção indevida em outro local que não o da sua residência habitual², condutas estas

¹ CARVALHO, Dimas Messias. *Adoção, guarda e convivência familiar*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 51.

² STF (Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção da Haia de 1980). *Convenção Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças*, 2006. p. 1. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>>.

normalmente perpetradas por um dos genitores, sem o consentimento do outro.

O assunto se tornou uma grande preocupação para os Estados, que começaram a discutir e regular a situação. Vale dizer que, é necessária uma cooperação entre os Estados para aplicar as normas internacionais e as normas de direito interno visando assegurar os direitos fundamentais de todos os envolvidos, quais sejam, os menores e seus genitores.

Nesse sentido, a Convenção sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças (Convenção de Haia de 1980) teve grande influência sobre a problemática, tendo em vista que, anteriormente, as decisões judiciais eram ineficientes e por vezes não existiam normas específicas que regulamentassem os casos. A Convenção de 1980 foi a primeira que se preocupou, em maior grau, com a proteção dos direitos fundamentais do menor, debatendo as graves consequências que essa situação pode acarretar à vida da criança.

Diante da relevância e atualidade do tema, este trabalho visa estudar o sequestro internacional de crianças, analisando a aplicação da Convenção sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças (Convenção de Haia de 1980) no ordenamento jurídico brasileiro, analisando, notadamente, a aplicabilidade das exceções previstas em seus dispositivos, bem como os direitos fundamentais que visam ser assegurados, no caso objeto do REsp 1351325 – RJ, um caso emblemático da controvérsia, demonstrando a necessidade de análise em âmbito jurídico e social.

A CONVENÇÃO DE HAIA DE 1980 E A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Conferência de Haia

A Conferência de Haia é uma organização mundial intergovernamental permanente, criada em 1983 visando unificar as normas e os procedimentos referentes ao direito internacional privado.

Atualmente, é composta por 75 Estados-Membros, visando trabalhar para uma progressiva redução das diferenças entre os sistemas jurídicos de cada país, adotando, para tanto, uma série de regras e tratados de direito internacional privado.

A organização fica localizada em Haia, centro da justiça internacional, suas atividades são preparadas por comissões especiais ou por grupos de trabalho que se reúnem várias vezes ao ano no “palácio da paz de Haia”. Os idiomas de trabalho da organização são o francês e o inglês. Transformada em um centro de cooperação jurídica internacional e de cooperação administrativa na área de direito privado, seu objetivo é reforçar a segurança jurídica entre os países.

O sequestro internacional de menores

O sequestro internacional de menores, é o ato de transferência ou retenção ilícita da criança em país diferente daquele em que a criança detinha residência habitual, sem o consentimento de um dos genitores, responsáveis legais ou autorização judicial.

O sequestro internacional de menores tem por consequência o afastamento do menor de seu local de convivência, da escola, dos amigos e parentes, levando-o para um lugar novo, onde, na maioria das vezes, não possui

vínculos, a não ser com o sequestrador familiar, implicando, assim, graves problemas no desenvolvimento de sua personalidade³. Infelizmente, os casos aumentam diariamente. Segundo a Secretaria Especial de Direitos Humanos, a cada três dias uma criança é vítima de sequestro internacional, no Brasil⁴.

É necessário esclarecer que, embora o Brasil tenha adotado a tradução da Convenção de Haia de 1980 para “sequestro internacional”, a expressão sequestro não está relacionada ao tipo penal. Não há punições na esfera penal ao genitor abductor, sendo o caso analisado somente na esfera cível.

O art. 3º da Convenção de Haia de 1980, define as situações em que a retirada ou retenção de uma criança é considerada ilícita. Vejamos:

- a) Artigo 3º - A transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando:
- b) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção; e
- c) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou em conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido.
- d) O direito de guarda referido na alínea a) pode resultar de uma atribuição de pleno direito, de uma decisão judicial ou administrativa ou de um acordo vigente segundo o direito desse Estado.

³ LOPES, Rosanne Christine da Silva Bastos. Sequestro internacional de crianças: análise e estudo do caso do menino Sean. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) – Centro Universitário Uniceub. Brasília, 2010. Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/123456789/223>>.

⁴ SEDH. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Brasil tem um sequestro internacional de criança a cada 3 dias. Revista Veja, 2016. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/brasil-tem-um-sequestro-internacional-de-crianca-a-cada-3-dias/>>.

Conforme o Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção de Haia de 1980, o artigo 3º é, sem dúvida alguma, o núcleo central do dispositivo, ao enumerar os casos em que a retenção ou remoção é considerada ilícita, autorizando sua aplicação. Da análise do supratranscrito dispositivo, extrai-se que são necessárias duas circunstâncias para que incida a regra ali contida: violação ao direito de guarda (elemento jurídico) e ao exercício deste direito, no momento da transferência ou da retenção do menor (elemento fático).

Nesse sentido, vale mencionar que, até 1980, ano da aprovação da Convenção de Haia, os obstáculos para resgatar uma criança sequestrada eram praticamente impossíveis. Primeiramente, porque para localizar a criança, cujo paradeiro era desconhecido, exigia-se um longo processo de investigação no qual a parte não tinha o apoio das autoridades do local onde acreditava estar a criança.

Em seguida, ao se localizá-la, o interessado haveria de ingressar no juízo local, que iniciaria um processo para averiguar o estado em que se encontrava a criança, que, com o decorrer dos anos, acabava por decidir pela não devolução, por mais irregular que tivesse sido o seu deslocamento. (DOLINGER, 2005).

Com o advento da Convenção, cabe ao Poder judiciário analisar se estão presentes os requisitos para aplicação do tratado. Analisará a presença ou não de ilicitude na transferência ou retenção, pela verificação de quem é o detentor do direito de guarda para os fins da Convenção e se a permanência da criança no Brasil foi ou não autorizada.

Nesse sentido, a Convenção se mostra como um mecanismo indispensável de cooperação internacional entre os países, visando garantir os direitos fundamentais dos envolvidos.

Objetivos e aplicação da Convenção de Haia

A Convenção sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças foi aprovada na 14ª sessão da conferência de Haia, no dia 24 de outubro de 1980, por voto unânime dos estados presentes. É cediço que se tornou instrumento eficaz e amplamente difundido no mundo, tendo sido aprovada no Brasil pelo Decreto-Legislativo nº 79/1999 e promulgada pelo Decreto nº 3.413/2000.

A Convenção de 1980 visa proteger os menores do sequestro internacional e sua retenção em um Estado distinto de sua residência habitual, restituindo o status quo do momento anterior à retenção ilícita (ALBUQUERQUE, MARIA, 2015, p. 7). É importante mencionar que, em meados de 1970, a Conferência de Haia iniciou um estudo referente aos sequestros de crianças, quando a maioria dos casos era relacionado à retirada ilegal da criança pelo pai, insatisfeito com decisões que beneficiavam somente a genitora da criança.

Nessa época, a maioria dos problemas nos casos de sequestro decorriam da Convenção de Haia de 1961, porque a competência era atribuída pelas autoridades do país da residência do menor e o interesse da criança acabava por vezes sendo relativizado de acordo com a legislação, o que beneficiava apenas o sequestrador.

Em decorrência disso, os Estados passaram a ter uma preocupação maior com a realidade dos sequestros, resultando nas discussões e negociações que culminaram na Convenção de Haia de 1980.

Em seu art. 1º, a Convenção expõe de forma muito clara seus objetivos, sendo eles: a) assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente, e b) fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante.

Assim, verifica-se que o referido ajuste internacional tem como escopo possibilitar o retorno, ao Estado de residência habitual, de menores ilicitamente transferidos ou retidos e, com isto, garantir o respeito ao direito de fruição do adequado convívio familiar, com restauração dos vínculos de guarda e de visita, sem, contudo, perder de vista o melhor interesse da criança.

Nesse sentido, esclarecedora a lição de Jacob Dolinger⁵:

(...) a base filosófica da convenção é que devemos nos capacitar para ver o problema da criança de pais separados de maneira objetiva, abandonando a tendência de pensar que é sempre no interesse da criança ser criada em nosso país e não alhures. (...) a atitude de tentar sempre manter a criança em nossa jurisdição, como se fosse invariavelmente o melhor para a sua educação, principalmente quando tem nossa nacionalidade, tem sido cognominada de 'chauvinismo nacionalista' ou até 'narcisismo nacionalista.

Além disso, no que tange à natureza da Convenção, pode-se dizer que não é de lei aplicável ou de reconhecimento de decisões, mas de cooperação, de forma que não segue o modelo tradicional e preocupa-se com as questões da lei aplicável.

Nesse ponto, merece destaque a ponderação do Grupo Permanente de Estudo sobre a Convenção de Haia de 1980, criado em 2006, no âmbito da Suprema Corte Brasileira:

O compromisso assumido pelos Estados-partes, nesse tratado multilateral, foi estabelecer um regime internacional de cooperação, envolvendo autoridades judiciais e administrativas, com o objetivo de localizar a criança, avaliar a situação em que se encontra e, só então, restituí-la, se for o caso, ao seu país de origem. Busca-se, a todas as luzes, apenas e tão-somente atender ao bem-estar e ao interesse do menor.

⁵ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: A Criança no Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 255.

Por fim, com base na cooperação, entende-se que os Estados devem tomar todas as medidas necessárias para assegurar o cumprimento dos objetivos da Convenção de forma célere, visando sempre resguardar o melhor interesse do menor.

As exceções previstas nos arts. 12 e 13 da Convenção

A Convenção de Haia de 1980 não assegura em todos os casos o retorno da criança, de forma que, em consonância com sua norma preambular, indica os mecanismos para alcançar seus objetivos e elenca, expressamente, hipóteses de exceção, visando a garantir a segurança e o bem-estar dos menores, consoante disposições contidas em seus artigos 12 e 13.

Ocorre que as referidas exceções, porquanto contrárias à regra de devolução do menor ao país de sua residência habitual, devem ser interpretadas de forma restritiva, de modo a não inviabilizarem os próprios objetivos da Convenção, prejudicando, com isto, sua efetividade no ordenamento jurídico dos Estados.

Nesse sentido, segundo Natalia Martins Camba, o caráter restritivo das exceções deve prevalecer para uma correta aplicação da Convenção, veja-se:

O manejo equivocado – em especial, demasiadamente ampliativo – das hipóteses de exceção, levará, no limite, a não aplicação do tratado (ineficácia social) a nenhum caso – situação que, além de contrariar o melhor interesse da criança, poderá gerar consequências afetas a responsabilidade internacional do Estado descumpridor.

A primeira exceção está prevista no art. 12 da Convenção, que possui o seguinte teor:

Artigo 12 - Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3 e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção

indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o retorno imediato da criança.

A autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de 1 ano referido no parágrafo anterior, deverá ordenar o retorno da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio.

Quando a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido tiver razões para crer que a criança tenha sido levada para outro Estado, poderá suspender o processo ou rejeitar o pedido para o retorno da criança.

Analisando-se o comando legal supra, percebe-se que a exceção nele contida é aplicável apenas na hipótese de já ter transcorrido lapso temporal superior a 1 (um) ano, entre a data de transferência ou retenção e a data do início do processo administrativo ou judicial.

Nota-se que a situação excepcional se encontra prevista no segundo parágrafo do artigo, enquanto o primeiro estabelece a regra geral, qual seja, o retorno imediato caso o procedimento administrativo ou judicial tenha se iniciado em prazo inferior a 1 (um) ano do ato ilícito, não se cogitando, ali, de qualquer adaptação do menor. Esta última situação é a chamada “retenção nova”.

Assim, pelo art. 12, só são eficazes argumentos quanto à ambientação da criança ao novo meio na hipótese em que tenha decorrido período menor que um ano entre a data, no caso, da retenção indevida do menor e a formulação do pleito de providência administrativa ou judicial para seu imediato retorno.

Percebe-se que, nesse caso, procura-se preservar o bem-estar do menor, que depois de algum tempo já está adaptado à nova vida no Estado requerido, ressaltando-se que é necessária a comprovação do tempo decorrido e das condições de adaptação do menor à sua nova vida.

A segunda exceção está prevista no art. 13 da Convenção, sendo a previsão da alínea “b” a alegação mais comumente utilizada pelo genitor abductor para que a criança não retorne à residência habitual. Em seu teor, traz as seguintes hipóteses:

Artigo 13 - Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retorno provar:

- a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou
- b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.

Sendo assim, percebe-se que o artigo 13, trata-se, pois, do risco de gravame à criança, devendo este ser entendido como ameaça nos casos de devolução desta a famílias desestabilizadas, a ambientes sociais ou nacionais perigosos, países em convulsão, entre outros. Sobre a problemática, é a lição de Jacob Dolinger⁶:

O dispositivo fala em “grave risco” de que a criança fique exposta a “dano físico ou psicológico” se devolvida à jurisdição de sua residência habitual anterior, o que deve ser entendido como uma medida de caráter humanitário, visando a evitar que a criança seja enviada a uma família perigosa ou abusiva, a um ambiente social ou nacional perigoso, como um país em plena convulsão. O importante é que a criança tenha sido retirada de seu habitat devido ao perigo em que se encontrava e não por causa de amarguras ou do ódio de um genitor.

⁶ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: A Criança no Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 256-257.

Inferese daí que a disposição do art. 13, “b”, da Convenção diz respeito a situações efetivamente caóticas, verificadas no domínio do Estado requerente, dentre as quais se pode mencionar, exemplificativamente, hipóteses de conflitos armados, epidemias incontroláveis, rigoroso desabastecimento de alimentos, entre outros cenários que fugissem ao controle das próprias autoridades competentes do Estado de residência habitual do menor.

Sendo assim, percebe-se que esta exceção cuida da análise das condições do exercício da guarda pelo progenitor requerente e a existência de um grave risco para a criança caso seja restituída ao Estado de sua residência habitual. A condição da letra (a) envolve a comprovação da situação jurídica da criança, segundo o direito de sua residência habitual, ao passo que a letra (b) novamente exige prova firme do alegado, utilizando, inclusive, informações fornecidas pela autoridade central. Outra questão que precisa ser comprovada adequadamente diz respeito à manifestação do menor, se tal for possível, a respeito de sua permanência no Estado requerido.

DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS DO MENOR

Princípio do melhor interesse da criança

O princípio do melhor interesse da criança é um tema extremamente relevante em que se baseia a maioria das decisões proferidas a respeito do menor.

Para análise da aplicabilidade, faz-se necessário utilizar a origem do seu conceito. Nesse sentido, Camila Colucci⁷, 2014, explica:

⁷ COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. *Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro*. Tese de Mestrado da Universidade de São Paulo – USP, 2014. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-25022015-083746/pt-br.php>>.

A origem do melhor interesse da criança adveio do instituto inglês *parens patriae* que tinha por objetivo a proteção de pessoas incapazes e de seus bens. Com sua divisão entre proteção dos loucos e proteção infantil, esta última evoluiu para o princípio do *best interest of child*.

O princípio em questão não possui previsão expressa na Constituição Federal ou no Estatuto da Criança e do Adolescente. Entende-se que decorre de uma interpretação hermenêutica, e, está implícito e inserido nos direitos fundamentais previstos pela Constituição no que se refere às crianças.

Nesse sentido, vale ressaltar que esse instituto tem força de princípio pois está previsto na Constituição Federal⁸ de 1988, em seu art. 227, caput, aduz sobre os deveres que a família tem para com o menor e adolescente, vejamos:

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.

Esse princípio configura um dos principais objetivos da Convenção de Haia de 1980, de forma que há previsão expressa no preâmbulo do dispositivo, conforme segue:

Os Estados signatários da presente Convenção, firmemente convictos de que os interesses da criança são de primordial importância em todas as questões relativas à sua guarda; desejando proteger a criança, no plano internacional, dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou de retenção ilícitas e estabelecer procedimentos que garantam o retorno imediato da

⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

criança ao Estado de sua residência habitual, bem como assegurar a proteção do direito de visita; decidiram concluir uma Convenção para esse efeito e acordaram nas seguintes disposições.

O princípio em questão, como exposto, está inserido no ordenamento jurídico baseando a grande maioria das decisões do judiciário, especialmente quando se trata sobre as situações de sequestro internacional de crianças. Apesar da previsão expressa na Convenção de Haia de 1980, bem como regulamentação pela legislação interna, observa-se bastante a falta de interpretação social que melhor interesse carrega em sua essência, de forma que esse direito será analisado no caso objeto do REsp 1351315.

A APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DE HAIA DE 1980 AO CASO OBJETO DO RESP 1351315

O caso objeto do RESP 1351315

Com intuito de se observar a aplicação da Convenção de Haia no território brasileiro, analisar-se-á o caso presente no REsp 1351315 – RJ, no qual o menor, detentor de dupla cidadania, foi trazido para o Brasil pelos seus pais, durante suas férias, em dezembro de 2009 e não retornou mais à Itália.

O menor, nascido em 11 de abril de 2008, na cidade de Nova Friburgo, Rio de Janeiro, é filho de mãe brasileira e pai italiano, com residência habitual em Palermo, na Itália. A vinda da criança para passar as férias no Brasil, em dezembro de 2009, foi acordada entre os pais, que possuíam guarda compartilhada.

No entanto, de forma unilateral, a mãe decidiu permanecer no Brasil, informando ao seu companheiro que não mais retornariam à Itália, deixando o hotel, onde estavam hospedados. Em ação que tramitou junto à Vara de

Família da Comarca de Nova Friburgo/Rio de Janeiro requereu a guarda do menor, sendo este juízo incompetente para processar e julgar o feito.

Por sua vez, o pai obteve, entre abril e maio de 2010, procedimento administrativo deflagrado em seu favor ante Autoridade Central Federal Brasileira. Nesse enleio, a União, no exercício de auxílio direto, prestado em cooperação jurídica internacional, propôs, em novembro de 2010, ação ordinária de busca, apreensão e restituição do menor na 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Nova Friburgo/RJ.

Nesse ínterim, a genitora, dentre suas alegações, invocou as exceções contidas nos artigos 12 e 13, alínea 'b', da Convenção de Haia (1980), assim como pleiteou a produção de prova pericial atinente às condições psíquicossociais do menor.

Em conformidade com a decisão de piso, ao proferir o Acórdão, o Colegiado refutou as argumentações da genitora, concluindo que o caso narrado apresenta os contornos da retenção ilícita prevista no art. 3º, da Convenção, razão pela qual interpôs o aludido recurso especial.

Aplicabilidade do art. 3 da Convenção de Haia

De acordo com a decisão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), a situação descrita se enquadra como sequestro internacional de criança em razão da violação do art. 3º da Convenção. Ou seja, a família, que tinha domicílio legal na cidade de Palermo, na Itália, realizou uma viagem de férias ao Brasil, porém, a mãe do menor comunicou seu desejo de permanecer com o filho no país. Frente à discordância do genitor, com quem possuía guarda compartilhada, a permanência desautorizada da criança configura a retenção ilícita que dispõe o artigo terceiro do texto internacional.

Nos termos desse dispositivo, verifica-se que o deslocamento ilegal do menor de seu país e/ou sua retenção indevida em outro local, que não o da sua

residência habitual corresponde ao fenômeno do sequestro internacional de crianças.

Assim, os fatos se amoldam perfeitamente à disciplina do referido art. 3º da Convenção de Haia. É importante mencionar, que o referido artigo não dispõe a exigência de dolo na conduta do genitor abductor ao violar o direito de guarda. Para aplicar a Convenção, faz-se necessário unicamente a verificação objetiva de que ocorreu a violação do direito exercido anteriormente à remoção ou retenção. Logo, não é requisito que a intenção tenha ocorrido de forma dirigida.

Não aplicabilidade das exceções: necessidade de resguardar os direitos fundamentais

Em análise das argumentações trazidas pela genitora, vislumbra-se a tentativa de amoldar os fatos às exceções presentes nos artigos 12 e 13, alínea 'b', da Convenção de Haia.

Ao alegar ofensa ao artigo 12 da Convenção sobre Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, a mãe aduz a elaboração de laudo técnico, realizado em fevereiro de 2011, pela Defensoria Pública da União, no qual se constatou que o menor estava bem adaptado ao Brasil e à família materna.

Ressalta-se que, desde o início dos trâmites processuais, a genitora pleiteia pela necessidade de prova pericial, todavia nas duas instâncias lhe foi indeferido. No entanto, apesar do laudo não ter sido objeto de impugnação por parte do genitor, o tribunal superior não o considerou em virtude da súmula 7, do STJ (impossibilidade de reexame probatório), assim como firmou o entendimento de que esse artigo que trata sobre a possibilidade de integração da criança ao seu novo meio só tem aplicabilidade na hipótese em que a retenção ilícita e data de início do procedimento administrativo ou judicial que visa o retorno do menor tenha período superior a um ano.

No caso narrado, o pai da criança tomou providências administrativas e diplomáticas pertinentes à repatriação de forma célere, agindo dentro do tempo limite de um ano (entre abril e maio de 2010), sendo essa a justificativa apresentada pelo tribunal.

Assim sendo, os julgadores se pautaram no tempo-limite (prazo de 1 ano fixado no artigo) para verificar se analisariam ou não se a criança já está adaptada ao novo meio, desconsiderando os direitos do menor.

Nesse mesmo sentido, elenca-se no acórdão do STJ as possíveis situações em que a mãe conseguiria a permanência da criança, destacando dentre os exemplos citados: o pedido de retorno da criança em conformidade com o art. 12, destoando dos princípios fundamentais do Estado requerido (Brasil) com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

Ora, destaca a possibilidade de exceção mesmo em consonância com o artigo 12, contrariando o fundamento anterior referente à integração da criança ao novo meio só poder ser analisada após expirado o período de um ano.

Noutro giro, pertinente à exceção prevista no artigo 13, alínea 'b', da referida Convenção, a decisão do tribunal superior faz questão de salientar que sua interpretação é restritiva. Isto implica na necessidade de comprovar a existência de uma conjuntura instável, com famílias desestruturadas, ambientes sociais ou nacionais perigosos, países em convulsão.

Isto é, exige-se, para se adequar a este dispositivo é necessário conjunto probatório indicando situação realmente caótica como conflitos armados, epidemias incontroláveis, rigoroso desabastecimento de alimentos, não possuindo o Estado de residência habitual da criança controle.

Considerando essas circunstâncias, abstrai-se que no REsp 1351315 - RJ atendeu rispidamente as orientações da Convenção de Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, desconsiderando que por se

tratar de uma criança, as circunstâncias peculiares dos fatos são relevantes e que seus interesses e direitos devem se sobrepor-se a outros bens e interesses juridicamente tutelados.

Os contornos da situação fática demonstram que a criança ficou em último plano, tendo todas as instâncias se atentado tão somente à letra da lei. Por exemplo, em nenhum momento do trâmite se visualiza a partir de que momento o menor passou a residir na Itália nem apreciou o laudo exposto pela genitora de fevereiro de 2011 (14 meses após a vinda ao Brasil).

A aplicação da Convenção de Haia é, indubitavelmente, crucial para resolução de litígios envolvendo menores em âmbito internacional, no entanto, não há como dissociar do direito internacional as peculiaridades de cada caso. No caso analisado, desprezou-se um dos vieses apresentados pela própria Convenção, qual seja: o interesse prevalente do menor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou analisar os principais aspectos previstos na Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças e a necessidade de garantia dos direitos fundamentais, evidenciando a integração desses dispositivos legais com o ordenamento jurídico brasileiro, analisando o caso objeto do REsp 1.351.325.

Após análise dos dispositivos, conclui-se que o principal direito fundamental a ser resguardado é o direito do menor, consagrado no princípio do melhor interesse da criança e na sua dignidade como ser humano, respaldado não só pela Convenção de Haia de 1980, como pela Constituição Brasileira de 1988 e demais mecanismos legais.

No entanto, embora o Estado brasileiro, tanto na esfera jurídica quanto na administrativa e na legislativa, tenha se estruturado a fim de promover a

melhor resposta à comunidade internacional acerca da controvérsia em questão, percebe-se que muitas vezes o direito do menor continua sendo relativizado.

Essa situação foi analisada à luz do REsp 1.351.325. Da análise do caso, concluiu-se que a Corte brasileira aplicou rigorosamente o que estava previsto na Convenção, reconhecendo a incidência do art. 3º do referido dispositivo. No entanto, ao rejeitar as exceções alegadas pela genitora, sob um prisma extremamente legalista, o direito do menor ficou em último plano, tendo em vista que as circunstâncias peculiares do caso e o interesse da criança não foram devidamente analisados.

De fato, a situação do sequestro internacional de crianças é complexa e requer sempre uma análise pormenorizada dos tribunais. O caso em comento é elucidativo, ao ilustrar como os tribunais pátrios vêm interpretando os dispositivos da Convenção, de modo a ponderar critérios objetivos, tais como os de cunho temporal, e subjetivos, como o melhor interesse do menor.

Vale mencionar que, não há uma uniformidade na doutrina e na jurisprudência. Ainda existem decisões contraditórias por parte de um mesmo Estado, apontando que o assunto precisa ser debatido e que os Estados devem se empenhar para garantir o principal objetivo da Convenção, que é proteger os interesses da criança, visando efetivar os mecanismos do direito internacional privado e assegurar os direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 ago. 2021.

BRASIL. *Decreto n. 1.212, de 3 de agosto de 1994*. Promulga a Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores, adotada em Montevideú, em 15 de julho de 1989. Diário Oficial da União, 4

ago. 1994. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d1212.htm>. Acesso em: 10 fev. 2022.

BRASIL. *Decreto n. 3. 413, de 14 de abril de 2000*. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Diário Oficial da União, 17 abr. 2000. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm>. Acesso em: 10 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1351325 – RJ 2012/0227705-3*, Relator: Ministro Humberto Martins. DJ, 16 dez. 2013. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32866933&num_registro=201202277053&data=20131216&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 07 jun. 2020.

CARVALHO, Dimas Messias. *Adoção, guarda e convivência familiar*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 51.

COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. *Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro*. Tese de Mestrado da Universidade de São Paulo – USP, 2014. Disponível em:
<<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-25022015-083746/pt-br.php>>. Acesso em: 20 jan. 2022.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: A Criança no Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LOPES, Rosanne Christine da Silva Bastos. *Sequestro internacional de crianças: análise e estudo do caso do menino Sean*. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) – Centro Universitário Uniceub. Brasília, 2010. Disponível em:
<<https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/123456789/223>>. Acesso em: 20 fev. 2022.

- STF (Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção da Haia de 1980). *Convenção Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2017.
- SEDH. Secretaria Especial de Direitos Humanos. *Brasil tem um sequestro internacional de criança a cada 3 dias*. Revista Veja, 2016. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/brasil-tem-um-sequestro-internacional-de-crianca-a-cada-3-dias/>>. Acesso em: 12 fev. 2022.

CAPÍTULO 5

O JUIZ CONVENCIONAL E A IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: UMA ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DA OBRA DE JEFF KING

Túlio Macedo Rosa e Silva

Karla de Siqueira Cavalcanti Azevedo

Suzy Oliveira Ribeiro

INTRODUÇÃO

O presente estudo propõe empreender uma reflexão acerca da função do juiz na efetivação dos direitos sociais no Estado Democrático de Direito. É possível constatar que o modelo de intervenção judicial praticado no Brasil não convive com as diretrizes constitucionais inerentes ao referido modelo de Estado, em que o juiz deve funcionar como garantidor da segurança social.

No espaço de duas décadas, os direitos sociais emergiram das sombras e margens do discurso e da jurisprudência dos direitos humanos para reivindicar um lugar cada vez mais central no ordenamento jurídico. Em diferentes países, o Poder Judiciário atua para proteger uma ampla gama de direitos sociais contra a violação e omissão do Estado e, cada vez mais, de atores não estatais. A amplitude das decisões é vasta. Os tribunais ordenaram a reconexão do abastecimento de água, a suspensão dos despejos forçados, o fornecimento de tratamentos médicos, o restabelecimento dos benefícios da previdência social, a matrícula de crianças e minorias pobres nas escolas, o desenvolvimento e melhoria de programas estatais para lidar com os sem-teto, endemias e fome (TREVISAM; KNOER, 2016).

Nesse contexto, considera-se que é dever do Estado promover um padrão mínimo de igualdade material entre cidadãos, pelo menos no que diz respeito à igualdade de oportunidades. A par de todo um desenvolvimento histórico, os direitos humanos fundamentais derivam da necessidade de proteção do homem em relação ao poder político em um primeiro estágio para, a seguir, adicionar-se o caráter de tutela do homem frente ao próprio homem por meio de prestações do Estado, em favor da sua autorrealização e sociabilidade em relação aos demais membros da comunidade (BOTELHO, 2011).

No entanto, a garantia e efetivação dos direitos fundamentais decorre de um conjunto de ideais e valores construídos e sedimentados no interior de uma dada ordem jurídico-social e em determinado tempo, destacando-se a ideia de justiça a correlacionar os valores, liberdade e igualdade em defesa do ser humano (TREVISAM; KNOER, 2016).

Para King (2012, p. 14), os direitos sociais são direitos humanos e apresentam quatro particularidades que justificam o apontamento: dignidade, liberdade, utilitarismo e concepções da cidadania social. O diferencial destes direitos em relação aos da liberdade é o seu caráter predominantemente positivo, pois o Estado deve intervir em favor de todos os membros da sociedade e não se manter inerte diante dos privilégios de poucos. Desse modo, conforme o autor, surge o Estado social de direito, o qual consagra a liberdade e a igualdade material para todos os membros da sociedade. Ou seja, os bens sociais devem ser acessíveis a qualquer indivíduo e à comunidade como um todo, principalmente em relação aos direitos sociais essenciais à dignidade do homem, tais como a educação, saúde, alimentação, moradia, entre outros.

Sendo assim, a partir da perspectiva da reserva do possível como um limite externo à implementação de um direito social, observa-se que apenas por meio da aplicação concreta da norma constitucional torna-se viável o

dimensionamento do impacto do financeiramente possível e, conseqüentemente, permite-se indicar a prestação a ser realizada pelo Estado. Para garantir o cumprimento dos direitos sociais e de um mínimo para os cidadãos, o Estado deve ser obrigado a: tomar medidas rápidas, com o máximo de recursos disponíveis, para garantir o mínimo social para todos; e dar efeito imediato, tanto executivo quanto legislativo, para que as necessidades mínimas sejam atendidas, bem como ouvir e responder às denúncias de descumprimento do mínimo social (SANTOS, 2019).

Jeff King (2012, p. 15) entende que a inserção dos direitos sociais em textos constitucionais não implica automaticamente em maior proteção e cita a existência de casos em que países constitucionalizaram direitos sociais e não conseguiram reduzir as desigualdades, bem como casos de países que não os incluíram na Constituição e ter uma boa proteção desses direitos. Desse modo, não se pode negar a existência da reserva do possível como uma restrição ao direito social, bem como, que tal limitação não se mostra absoluta, pois é superável juridicamente por meio de diversos fatores.

Dessa forma, o objetivo do presente estudo é analisar, a partir da perspectiva das funções do juiz, sobretudo quanto ao exercício da jurisdição convencional, se a ele compete implementar os direitos sociais fundamentais.

DIREITOS SOCIAIS ENQUANTO MANIFESTAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os direitos fundamentais derivam da necessidade de proteção do homem em relação ao poder político em um primeiro estágio para, a seguir, adicionar-se o caráter de tutela do homem frente ao próprio homem por meio de prestações do Estado, em favor da sua autorrealização e sociabilidade em relação aos demais membros da comunidade (BITENCOURT NETO, 2010).

Os direitos fundamentais são todos aqueles constitucionalmente assegurados que visam proteger, assegurar, implementar ou promover a dignidade da pessoa humana, consistindo estes, para os jusnaturalistas, em uma evolução do direito natural, partindo do princípio de que os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, absolutos e imutáveis, em que o direito natural seria o direito inerente à natureza do homem em qualquer tempo e/ou lugar (JORGE NETO, 2008).

Deve-se ter em consideração, porém, que as limitações impostas pela falta de recursos financeiros não podem ensejar um esvaziamento do conteúdo do mínimo existencial, principalmente quando ligado ao núcleo essencial da dignidade. (BOTELHO, 2011).

Quanto aos direitos sociais, para Piovesan (2015), o termo refere-se a um grupo de direitos cujo objetivo é proteger e avançar no exercício das necessidades humanas básicas e assegurar condições materiais para uma vida com dignidade.

A identificação de um mínimo em direitos sociais com o mínimo existencial, conforme assevera Novais (2010), trata-se de um artifício último na forma de uma garantia intransponível em favor de determinadas pessoas, por não possuírem o básico para uma vida digna.

Conforme assinala Canotilho (2008), os direitos sociais, econômicos e culturais sempre trouxeram uma premente necessidade financeira para a sua efetivação. Por sua vez, Leite (2014), aponta que os direitos subjetivos a serem exigidos do Estado encontram-se no “âmbito do possível e do adequado”, o que acarreta a ausência de um status jurídico-constitucional destes direitos. Assim, entende o citado constitucionalista português que a reserva do possível passa a ser um dos pontos centrais da dogmática dos direitos sociais a partir dos anos setenta, quando da sua construção pela doutrina alemã.

Para Figueiredo e Sarlet (2010), ocorre que este entendimento original é modificado no decorrer do tempo e, segundo a atual jurisprudência constitucional e a maior parte da doutrina alemã, o financeiramente possível pode ser sintetizado na noção de que os direitos sociais prestacionais estariam submetidos a duas condições: a disponibilidade financeira estatal para a sua implementação, bem como o controle dessas verbas públicas sob a esfera discricionária das decisões políticas, por meio do governo e do parlamento, utilizando-se o orçamento público.

Sob a influência da dogmática constitucional alemã, Sarlet (2012), compreende a reserva do possível como um dos principais limites à efetivação dos direitos fundamentais sociais, a qual possuiria para o referido autor uma tríplice dimensão em contraste com a maior parte dos doutrinadores que defende o caráter duplo do conceito. Desta maneira, observa-se com certo consenso, que uma das faces do financeiramente possível estaria atrelada ao viés econômico dos direitos sociais prestacionais.

Portanto, por necessitarem predominantemente de uma ação positiva do Estado no fornecimento de bens materiais e serviços, coloca-se a questão da disponibilidade fática dos recursos financeiros aptos a realizar tais direitos, o que passou a ser denominado como limite/dimensão fática da reserva do possível.

Todavia, tal constatação permite uma mitigação da força do argumento do financeiramente possível em favor da realização dos direitos sociais, uma vez que também os direitos de liberdade demandam recursos e, mesmo assim, são realizados em grande parte sem maiores questionamentos.

A teoria da eficácia das normas de direitos humanos fundamentais e o seu conflito com a normatividade de Konrad Hesse

Segundo Barroso (2018, p. 44), Constituição é “(...) um instrumento do processo civilizatório”, cuja finalidade é “(...) conservar as conquistas incorporadas ao patrimônio da humanidade e avançar na direção de valores e bens jurídicos socialmente desejáveis e ainda não alcançados”, bem como que referida matéria tem possibilidades e limites, tendo em vista que nela “se expressa a tensão entre norma e a realidade social”.

Assim, ao analisar a teoria da eficácia das normas e, considerando a tensão existente entre norma e realidade social, não se pode dispensar o olhar de Hesse (1991) acerca do tema.

Hesse (1991, p. 1) se posiciona como opositor da tese defendida por Lassale (2016), em que sustenta que o poder da força está sempre superior à força das normas jurídicas, classificando a Constituição como real ou jurídica, além de asseverar que quando a Constituição não é o reflexo dos fatores reais de poder ela é, apenas, um pedaço de papel.

Contrapondo a tese supracitada, sustenta primordialmente em sua obra que a Constituição não traduz uma projeção dos fatores reais de poder e, graças ao seu elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social, sendo a expressão do ser e do dever-se (1991, p. 10), além da concepção de “vontade de Constituição”, que se baseia em três vertentes: i) na compreensão da necessidade e do valor da ordem normativa inquebrável; com o fito de evitar arbitrariedades; ii) no entendimento acerca a ordem constituída sendo esta legítima, apesar de ainda assim necessitar ser legitimada de tempos em tempos; (iii) e que a referida ordem não será eficaz sem o concurso da vontade humana (1991, p. 7).

Ao tratar da eficácia e da força da Constituição, assevera que esta se encontra “na natureza das coisas, impulsionando-as, conduzindo-as e transformando-se, assim, em força ativa” (1959, p. 8).

Assim, a norma constitucional procura construir o futuro com base na natureza singular do presente, tendo em vista que a Constituição não cria nada que já não esteja na natureza individual do presente, do que está acontecendo no momento e ela se alimenta dessa realidade.

Hesse (1991, p. 8) questiona se ao lado das forças políticas, econômicas e sociais haveria uma força determinante do direito constitucional, uma força eminentemente normativa.

Porém, ao tratar da referida força normativa, a define como preceito ligado à soberania da Carta Política como lei fundamental de um Estado, então, sendo a norma Constitucional tão forte e eficaz, de acordo com o texto, sua eficácia será plena?

Ao tratar dos pressupostos de eficácia da Constituição, defende que quanto maior a essência e natureza singular do presente, maior o desenvolvimento de sua força normativa, o que faz com que ela incorpore o estado espiritual do seu tempo. Além disso, uma constituição não depende apenas de seu conteúdo, mas de sua práxis, além de ser fundamental entender o que a Constituição quis ou pretende, salientando que é extremamente perigosa qualquer tendência de revisar a Constituição com base na necessidade política, pois esta não representa a natureza singular do presente, por ela é efêmera, ela se modifica (1959, p. 8).

Assim, no entendimento de Hesse (1991), em virtude de a Constituição jurídica se enquadrar nos requisitos de eficácia, competência do Direito Constitucional, o realce das condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, para preservar a vontade de constituição, entende-se que as Constituições jurídicas são de

eficácia plena com aplicabilidade imediata, não dependendo das aspirações de outras normas.

No Brasil, a teoria da aplicabilidade das normas constitucionais, elaborada por SILVA (2008), é a mais utilizada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, fazendo-se necessária a apresentação de uma breve distinção entre eficácia e aplicabilidade das normas de acordo com o autor.

Silva (s.d., p. 1) assevera que “não há norma constitucional alguma destituída de eficácia” pois “todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando, sempre, numa inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da Constituição a que aderem e a ordenação instaurada”.

Desse modo, o autor classifica as normas quanto ao grau de aplicabilidade e eficácia, porém, importa destacar que sua obra trabalha a definição de eficácia social, que se entende como uma norma obedecida e aplicada, e de eficácia jurídica, como sendo “a capacidade de atingir objetivos previamente fixados por lei” (SILVA, s. d., p. 3), é a ideia de alcance dos objetivos do legislador.

Silva (s. d., p. 2) define as normas constitucionais como sendo todas as regras que integram a constituição rígida, sejam estas materiais ou formais, inclusive as disposições de conteúdo constitucional apartados da Carta Magna e, ao caracterizá-las quanto à sua eficácia e aplicabilidade, adota a tríplice característica de eficácia plena, contida e limitada ou reduzida.

Assim, as normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que, com a entrada em vigor de uma Constituição, produzem ou têm capacidade de produzirem todos os efeitos a que se dispõem, em conformidade com o que almejou o legislador constituinte, tendo sua aplicabilidade direta, imediata e integral e, conforme Barbosa (1933, p. 492) é uma norma autoaplicável.

Enquanto isso, as normas de eficácia contida, apesar de sua aplicabilidade imediata, seus efeitos decorrem de normas integradoras. O

legislador estabeleceu regras gerais, porém, deixou margem para a atuação restritiva para a atuação restritiva do poder público e, desse modo, sua aplicabilidade é direta, imediata, mas não integral.

Em se tratando das normas de eficácia limitada ou reduzida, diferente das anteriormente citadas - com sua entrada em vigor - não produzem seus efeitos essenciais por vontade do legislador, em virtude de seu não estabelecimento, sendo necessária sua regulamentação pelo legislador ordinário ou outros órgãos do Estado e, nas palavras do autor (AC, p. 5) “estabelecem apenas uma finalidade, um princípio, mas não impõem propriamente ao legislador a tarefa de atuá-las, mas requerem uma política pertinente à satisfação dos fins positivos nelas indicados”, tendo, portanto, sua aplicabilidade de forma indireta, mediata e reduzida.

No que concerne à eficácia dos direitos fundamentais, defende Sarlet (2012, p. 378-379) que tais direitos podem ser classificados em dois tipos, sendo os direitos de defesa e os direitos de prestação. No primeiro grupo, em regra, espera-se uma abstenção por parte do Estado (direitos de liberdade), com aplicabilidade imediata, porém, ao tratar do segundo grupo (direitos sociais de natureza prestacional), que necessitam de um comportamento ativo dos destinatários, bem como as próprias particularidades para a sua efetivação, levam boa parte da doutrina a negar-lhe aplicabilidade imediata e, conseqüentemente, plena eficácia.

Realizadas essas primeiras considerações, nos próximos itens será estudada a relação entre os direitos sociais e as políticas públicas responsáveis por sua efetivação.

Os direitos sociais e a implementação por meio de políticas públicas sociais

Diferentemente do que acontece com os direitos de primeira geração, os direitos sociais, em regra de eficácia programada, dependem da construção de políticas públicas para organizar a sua implementação. Porém, na falta delas, a implementação sofre um deslocamento do Executivo e Legislativo, para o Judiciário.

Bucci (2013, p. 19), divide as políticas públicas em políticas de Estado e políticas de governo e explica que: “no entanto, há políticas cujo horizonte temporal é medido em décadas – são as chamadas políticas de Estado –, e há outras que se realizam como parte de um programa maior, são as ditas políticas de governo”.

A política pública, assim sendo, aparece como um plano ou um projeto de materialização de um direito fundamental; observe-se que, no sentido da inclusão social, a intenção do Estado é envolver a população por meio de suas políticas públicas, consolidando e garantindo o direito fundamental à igualdade da pessoa com deficiência (DANTAS, 2016, p. 40).

À racionalização técnica das políticas públicas surge, pois, necessária uma lei para atuação do poder público, decorrente do princípio da legalidade: para a materialização de um direito fundamental, de inclusão e não exclusão.

Nesse sentido, observa-se a necessidade de coesão existente entre o Estado e a norma jurídica, no sentido de sua implantação social, com vistas a garantir efetividade e corresponder à aspiração social como objetivos estabelecidos pela Constituição de 1988 (NISHIYAMA, 2016).

O Estado não pode se furtar da sua figura de garantir/prover direitos consagrados, mas também não pode se manter burocrático, inacessível, afastado e indiferente às questões sociais. A gestão do Estado deve ser o instrumento para a satisfação social e não o sistema que move a Administração.

As políticas públicas devem ser políticas de Estado e não de governo, fazendo com que o Estado promova o desenvolvimento humano e social por um período que não se conecta com o de determinado governo (NISHIYAMA, 2016).

A implementação concreta dos direitos fundamentais depende, portanto, de uma coordenada atuação estatal. Ao conjunto dessas ações, levadas planejadamente a efeito pelo Poder Público com vistas a cumprir esse seu papel constitucional e institucional, pode se denominar políticas públicas. Bucci (1996), qualifica essas ações de acordo com a relevância social e política que elas ostentam.

O Estado possui responsabilidades de garantir os direitos humanos sociais dos cidadãos, desde o nascimento até a morte, e essa atribuição não está necessariamente vinculada a um tipo específico de Estado de bem-estar. Essa tutela é complexa, envolvendo a colaboração de diversos poderes e a realização de ações nas esferas legislativa, administrativa/executiva, judicial e constitucional (KING, 2012, p. 42).

Nessa medida, considerando que os tribunais lidam com normas vagas, quando há adjudicação de direitos sociais, os juízes devem se preocupar em verificar se as justificativas do Estado na construção da política pública são aceitáveis e não se a política em si está correta. Apesar de todas as considerações feitas sobre as possíveis abordagens interpretativas dos direitos sociais, Jeff King entende que há necessidade de uma teoria distinta da restrição judicial (KING, 2012, p. 97).

O Estado possui a incumbência constitucional de regulação e intervenção em diversos campos, como, por exemplo, na Economia, nas Finanças Públicas, na Ciência e Tecnologia, no Mercado Exterior e nos fundamentais direitos à segurança, à saúde e tantos outros de interesse da sociedade, passando o interesse social a interesse público (nesse caso, o interesse social qualificado pela presença do Estado) (SALLES, 2003).

Sempre que o Estado atua em determinado campo visando cumprir sua missão constitucional, fala-se em política pública – política econômica, política social, política de segurança, política de previdência, e assim por diante. A implementação das políticas públicas representa, destarte, atuação incisiva e estreita do Estado para que sejam atingidos objetivos constitucionais (NISHIYAMA, 2016).

É vasta gama dos campos em que o Estado deve atuar em termos de políticas públicas – e, claro, empregar meios e recursos aptos e suficientes para tal atuação. Essa multiplicidade causa uma crise absolutamente compreensível, já que, sendo escassos os recursos e enorme a demanda, os resultados das políticas públicas não chegam a todos.

Diante disso, as ações a elas voltadas são, normalmente, tomadas no ambiente político, em que as escolhas, sendo da essência da política, são feitas com mais facilidade. A verdade é que o planejamento da execução de políticas públicas, a cabo do Executivo, pode ser avaliado por meio de sua segmentação em fases sequenciais.

O JUIZ E A JURISDIÇÃO CONVENCIONAL

A implementação dos direitos sociais por meio do exercício da jurisdição

O magistrado, no exercício de suas funções, desempenha o papel de juiz constitucional/convencional, enquanto aplicador da norma constitucional e da norma de direitos humanos internacional, motivo pelo qual, a ele compete, dentre outras atribuições, efetivar os direitos sociais, caso sejam submetidos à sua análise, uma vez que, segundo Konrad Hesse, toda norma constitucional e norma de direitos humanos descrita em tratado internacional possui normatividade.

A partir da colocação da reserva do possível como um limite externo à implementação de um direito social, observa-se que apenas por meio da aplicação concreta da norma jurídico-constitucional torna-se viável o dimensionamento do impacto do financeiramente possível e, conseqüentemente, permite-se indicar a prestação a ser realizada pelo Estado (DANTAS, 2016).

O papel do Poder Executivo na implementação dos direitos sociais é limitado pela ação legislativa, uma vez que a alocação do orçamento é decidida pelo legislativo; a criação das entidades que integram a Administração indireta requer a edição de lei, quer criando, no caso das autarquias, quer autorizando a sua criação, em relação a outras entidades; a instituição de impostos que financiam as atividades do estado e assim por diante (RISSI, 2017).

Mas essa dependência não é absoluta, pois a gestão dos recursos é feita pelo Poder Executivo, logo, há certa discricionariedade e atuação dentro dos parâmetros estabelecidos. A atividade executiva é a atividade de executar, ou seja, colocar em prática o que foi definido pelo legislador de forma abstrata.

Ao considerar o argumento da reserva do possível como uma condição da realidade e um limite externo (restrição) aos direitos sociais a prestações, torna-se possível mitigar seus efeitos e maximizar a implementação das prestações sociais.

O custo para a realização dos direitos sociais, assim, não deve ser considerado como um empecilho para a implementação de prestações sociais essenciais ao bem-estar do cidadão, pois também os direitos de liberdade possuem um custo correlato para a sua concretização (RISSI, 2017).

De fato, a questão dos custos dos direitos sociais diferencia-se somente em decorrência da maior aceitação estatal e social na implementação dos direitos de liberdade, o que não é considerado na mesma medida em relação aos direitos sociais a prestações.

Portanto, a realização de todo e qualquer direito, independentemente de ser social ou não, envolve uma despesa para o Estado, pois o direito de propriedade, por exemplo, depende da estrutura cartorária e de segurança para a sua preservação, como também o direito de sufrágio somente é garantido pela organização estatal das eleições, assim como o direito à saúde se concretiza por meio do fornecimento de medicamentos e da disponibilização de serviços clínicos (VALLE, 2009).

Não há dúvidas, porém, que também os direitos e as garantias individuais, de certo modo, constituem direitos positivos, a exigir para sua realização um conjunto de medidas positivas por parte do Estado, que abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para sua implementação e proteção.

Tendo em vista os fins propostos pelo Estado Democrático de Direito e os mecanismos de participação popular previstos na Constituição - entre os quais se destaca a ação civil pública - a determinação do Poder Judiciário para que o administrador implemente políticas públicas que concretizem os direitos sociais, ou corrigi-lo, não viola o princípio da separação de poderes, nem constitui um exercício exagerado de ativismo judicial prejudicial, mas apenas a resposta que o Judiciário é obrigado a dar à sociedade - considerando sua posição inalienável de Poder do Estado - em cumprimento com o direito fundamental de amplo acesso à Jurisdição (MARTINS, 2009).

Na aplicação dos direitos sociais, o juiz pode adotar as medidas necessárias ao bom emprego dos direitos sociais face às situações que despontam durante o exercício da função jurisdicional. Os juízes podem até contrariar dispositivos infraconstitucionais, supostamente inconstitucionais, ao apontar fundamento e justificativa para o cumprimento da norma superior, a Constituição (KELBERT, 2011).

Dessa forma, o Poder Judiciário, na sua função de intérprete e defensor da Constituição não pode eximir-se da devida disposição jurisdicional, sob a invocação de dogmas extremos e nem sempre válidos, traduzidos nos argumentos de que a norma invocada é programática, os recursos do Estado são limitados ou o exercício da jurisdição constitui descumprimento inadmissível para o princípio da separação dos poderes do Estado.

A eleição de prioridades é o principal instrumento de realocação de recursos públicos. Devido à natureza fundamental das prestações concedidas ao abrigo dos direitos sociais, importa ter presente que a sua não prestação à população pode causar, em alguns casos, danos irreparáveis ao cidadão. É necessário, portanto, realocar recursos de outras áreas para a efetivação dos direitos sociais.

Críticas à implementação de direitos sociais a partir de Jeff King

Anderson¹ (2003, p. 2), ensina que as “políticas públicas são aquelas desenvolvidas por órgãos e autoridades governamentais. (Atores e fatores não governamentais podem, é claro, influenciar o desenvolvimento de políticas públicas.)”. É o que ensina Derani (2002, p. 239), quando afirma que:

As políticas são chamadas de públicas, quando essas ações são comandadas pelos agentes estatais e destinadas a alterar as relações existentes. São políticas públicas, porque são manifestações das relações de forças sociais refletidas nas instituições estatais e atuam sobre campos institucionais diversos, para produzir efeitos modificadores na vida social. São políticas públicas, porque empreendidas pelos agentes públicos competentes, destinadas a alterar as relações sociais estabelecidas.

¹ Public policies are those developed by governmental bodies and officials. (Nongovernmental actors and factors may of course influence public-policy development.).

Assim, resta evidenciado que a competência para formulação e desenvolvimento das políticas públicas necessárias para garantia dos direitos sociais cabe ao Poder Legislativo, por elaboração de leis, e ao Poder Executivo, por meio da definição de prioridades e escolha dos meios para sua realização, sem isso implicar na desqualificação dos direitos sociais como fundamentais.

Ao Poder Judiciário, quando provocado, é permitido verificar se as ações dos demais poderes se adequam ou não aos comandos constitucionais.

Com efeito, insta ressaltar ainda que, no julgamento da ADPF nº 45 MC/DF, o Supremo Tribunal Federal, ao discorrer sobre a legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, entendeu serem estes possíveis somente diante de injustificável inércia estatal ou de abusividade governamental. Nesse sentido, confira-se parte do voto do Relator, Min. Celso de Mello:

[...] Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Enquanto isso, a lei da Ação Popular abriu ao Judiciário brasileiro a apreciação do mérito do ato administrativo, pelo menos nos casos do arts. 4º, II, b e V, b, da Lei nº 4.717/65, em que se elevou a lesão à condição de causa de nulidade do ato, sem necessidade do requisito da ilegalidade. Todavia, Grinover (2010, p. 31) leciona que “por intermédio de uma demanda individual, podem ser protegidos direitos e interesses coletivos lato sensu”.

Ocorre que, conforme o julgado sobredito, há casos em que a ineficiência, a ausência de recursos ou a desorganização e/ ou burocratização da administração, levam à falha do poder público na concretização dos direitos sociais, porém, quais os limites e critérios para a intervenção do Judiciário na efetivação desses direitos?

King (2012), ao tratar sobre os direitos sociais, aborda os aspectos que devem ser adotados pelos tribunais ao analisarem demandas de judicialização de direitos sociais, defendendo, primordialmente, uma teoria de restrição judicial e o incrementalismo.

No que se refere à constitucionalização dos direitos sociais, o autor declara não restar dúvida quanto à sua importância, apesar de salientar que alguns países têm os direitos constitucionalizados, porém, não necessariamente efetivados, bem como há países com excelente cobertura de tais direitos, apesar de ausentes em seu texto maior (KING, 2012, p. 1-14).

Ao abordar as questões brasileiras em sua obra (KING, 2012, p. 82-83), o autor relata um estudo sobre os impactos dos litígios sociais e que os movimentos sociais encontram, assim, medidas de dignidade para a população, pois os litígios favorecem as classes marginalizadas, bem como que os tribunais forneceram uma voz institucional para os pobres na Hungria, no sul da África, Índia e países da América Latina.

Entretanto, apresenta tendências alarmantes uma vez que os juízes desconsideram as questões orçamentárias ao analisar os pleitos referentes ao

fornecimento de medicamentos, além de que a judicialização leva o Estado a alocar mais recurso para a área da saúde, altamente demandada nesses casos, muitas vezes por pessoas com condições que custear seus próprios tratamentos (KING, 2012, p. 83-84).

Apesar de interessante o posicionamento do autor, questões mais específicas do ordenamento jurídico pátrio levariam uma nova ponderação desse entendimento no âmbito brasileiro. Neste ponto, por exemplo, o princípio da universalidade do Sistema Único de Saúde, é, sem dúvida, primordial para uma reanálise desse parecer, uma vez que, no Brasil, o direito à saúde é um direito social constitucionalmente protegido, sendo dever do Estado garanti-lo, por meio de formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos, bem como no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Sobre a teoria da contenção/restrrição judicial para direitos constitucionais sociais (KING, 2012, p. 119-250), os métodos focam na comparação das vantagens e desvantagens do processo judicial como um mecanismo para resolver problemas. Os mecanismos dão ênfase ao problema da incerteza e falibilidade judicial, ao impacto das decisões judiciais e aos direitos como objeto de ponderação.

Em se tratando do incrementalismo judicial, o autor (KING, 2012, 289-325) defende que esta seria a melhor resposta. Primeiro, no que se refere a exigência prática ou de gestão de questões muito complexas, devem ser tratadas em parte e não de forma integral. Segundo, os tribunais nem acidentalmente, tampouco propositalmente, devem impedir a realização dos direitos sociais por outros órgãos do governo, no caso, os juízes deveriam, ao decidir direitos constitucionais sociais vagos sob condições de incerteza: (i) evitar impacto vinculante significativo nacional, ou (ii) tomar decisões em

espaços estreitos e particularizados, ou (iii) ao tomar decisões em casos grandes com repercussões importantes para um grande número de cidadãos, decidir de maneira que preserve a flexibilidade.

Assim, entende-se que direitos sociais constitucionais são um meio importante para proteção dos direitos humanos e, na visão do autor, a melhor forma de garantir esse resultado, em países que têm as condições políticas diversas, é que tribunais apliquem tais direitos de forma incrementalista.

Trazendo para a temática nacional, entende-se a possibilidade de falibilidade do sistema Judiciário, porém, este não deixa de ser um instrumento para a efetivação de direitos sociais. No que tange ao incrementalismo, é aceitável a fragmentação nas análises, tendo em vista a complexidade de tais demandas, a necessidade de expertise, flexibilidade, cooperação entre os órgãos, bem como os quesitos apresentados a serem praticados pelos juízes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em relação aos direitos sociais e à necessidade de elaboração de políticas públicas definidoras das diretrizes a serem adotadas para a sua efetivação, a obra de Jeff King passa a discutir não somente a constitucionalização dos direitos sociais, mas a sua implementação, as incertezas quanto à falibilidade judicial e os impactos das decisões que, no caso brasileiro, causam desordenação tanto do orçamento público, quanto aos aspectos administrativos para efetivação de decisões judiciais complexas.

Logo, é possível identificar que, de acordo com a obra de Jeff King, os direitos sociais constituem um mecanismo importante para proteção dos direitos humanos e, assim, é necessário que os tribunais apliquem tais direitos de maneira incrementalista. Dessa forma, os juízes devem, ao revisar políticas públicas, utilizar contenções capazes de manter um espaço substancial para adaptação futura.

Não cabe, portanto, aos magistrados a decisão de como deve ser realizada a alocação de recursos públicos para a concretização de determinada política pública responsável pela garantia de um direito social.

REFERÊNCIAS

- ANDERSON, James E. *Public policymaking: An introduction*. Boston: Houghton. 2003. p. 2. Disponível em: <http://www.kropffpolisci.com/public.policy.anderson.pdf>. Acesso em 03 jan. 2022.
- BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. Vol. II - Arts. 16 a 40: Do Poder Legislativo. São Paulo: Saraiva & Cia., 1933.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- BRASIL. *Lei nº 8.088, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF.
- BITENCOURT NETO, Eurico. *O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Administrativo*, v. 13, p. 135-136, 1996.
- BOTELHO, Ramon Fagundes. *Judicialização do Direito à Saúde*. Curitiba: Juruá, 2011.
- CARVALHO, Edson Ferreira de. *Meio ambiente e direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2008.
- DANTAS, Lucas Emanuel Ricci. *Políticas Públicas e Direito - A Inclusão da Pessoa com Deficiência*. Curitiba: Juruá, 2016.

- DERANI, Cristiane. *Privatização e Serviços Públicos: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito. V. 7. N. 7. 2010. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/RFD/article/view/1964>>. Acesso em 03 jan. 2021.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991.
- JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Salvador: Jus Podivm, 2008.
- KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do Possível e a Efetividade dos Direitos Sociais no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- KING, Jeff. *Judging Social Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Prefácio e organização Aurélio Wander Bastos; Epílogo: Rosalina Corrêa de Araújo. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2016.
- LEITE, Carlos Alexandre Amorim. *Direito Fundamental à Saúde - Efetividade, Reserva do Possível e o mínimo Existencial*. Curitiba: Juruá, 2014.

- MARTINS, Francisco Jório Bezerra. *A implementação dos direitos sociais, em virtude do princípio da reserva do possível, analisados sob a ótica da eficácia da norma constitucional*. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2397.pdf. Acesso em: 24 dez. 2021.
- NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *Proteção Jurídica das Pessoas com Deficiência nas Relações de Consumo* - Prefácio de Luiz Alberto David Araujo. Curitiba: Juruá, 2016.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- RISSI, Rosmar. *Teoria do Mínimo Existencial*. Curitiba: Juruá, 2017.
- SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo Civil e Interesse Público – O processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003.
- SANTOS, João Paulo Marques dos. *Afinal, o controle de convencionalidade existe ou não no Brasil?*. Congresso Interdisciplinar de Direitos Humanos: Rio de Janeiro, 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria Editora do Advogado. 2012.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed. 2. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. s. d. Disponível em: <https://arquivos.integrawebsites.com.br/66582/bc2c06fb00ef651400fb18045b1797b3.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2021.

TREVISAM, Elisaide; KNOERR, Fernando Gustavo. *Direitos sociais e políticas públicas*. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SOBRE AS AUTORAS E OS AUTORES

Flávia Regina Barros Matos é administradora e advogada – Pós-Graduada em Gestão empresarial pela UESPI – Universidade Estadual do Piauí com Graduação em Administração de Empresas pela AESPI – Associação de Ensino Superior do Piauí. Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho pela GAMA FILHO – RJ com graduação em direito pela UNESC – Universidade São Gabriel. E-mail: flaviaregina.adv@gmail.com. Link de acesso ao Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9854117291114432>.

Giovanna Quercia Dias é bacharelada da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas - UFAM.

Isabella Victória Aranha Ribeiro é graduanda em Direito pela UFAM. Participante do Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos e Fundamentais e Políticas Públicas. E-mail para contato: isabellav.aranha@gmail.com. Link de acesso ao Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4231663047766818>.

Karla de Siqueira Cavalcanti Azevedo é mestranda em direito ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas - UEA. Especialista em Direito Civil e Processual Civil - CIESA e em Direito Público pela UEA. Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Nilton Lins. Advogada e Coordenadora Trabalhista do Escritório Jurídico Azevedo, Feitosa & Advogados Associados. <http://lattes.cnpq.br/4501356105438135>.

Regina Aquino Marques de Souza é graduanda em direito pela UFAM. Participante do Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos e

Fundamentais e Políticas Públicas. E-mail para contato: reginaaquino.2001@gmail.com. Link de acesso ao Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0051527807745698>.

Rosemary Mendes Farias é professora do Instituto Federal do Piauí, Contadora, Advogada – Graduado Faculdade Estácio. Pós-graduando em Direito Constitucional e Administrativo. Mestra em administração de empresas-UFPB. Link de acesso ao Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3102652210731397>. E-mail: fariasrose@uol.com.br; Líder do Núcleo de Pesquisa Interdisciplinar em conflitualidade, violência de gênero e Direitos Humanos-NUPICOVDH do IFPI.

Suzy Oliveira Ribeiro é mestranda em direito ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas - UEA. Especialista em Direito Sanitário pela Fundação Oswaldo Cruz - Fiocruz. Bacharela em direito pela Faculdade Martha Falcão. Advogada e Assessora Parlamentar na Câmara Municipal de Manaus. <http://lattes.cnpq.br/0097047713838670>.

Túlio Macedo Rosa e Silva é doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Adjunto da Escola de Direito da Universidade do Estado do Amazonas. Juiz do Trabalho. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6808991461851262>.

SOBRE OS ORGANIZADORES

Adriano Fernandes Ferreira é professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (UFAM) e do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDir) da UFAM. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade Castilha la Mancha. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela. E-mail para contato: adrianoferreira@ufam.edu.br Link de acesso ao Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6730830854361639>

Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho é professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (UFAM) e do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDir) da UFAM. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Diretor-Geral da Escola Superior de Advocacia do Amazonas (ESA-OAB/AM). Procurador do Estado do Amazonas. Advogado. E-mail para contato: prof.calberto@hotmail.com Link de acesso ao Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0223032178530323>

Carla Vidal Gontijo Almeida é professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (UFAM) e do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDir) da UFAM. Mestre em Administração pela Fundação Pedro Leopoldo, Pedro Leopoldo/Minas Gerais. Doutora em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC

MINAS. Foi Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da UFAM e Membro/Conselheira no CONSEPE Conselho de Ensino Pesquisa e Extensão da UFAM (2020/2022). Link de acesso ao Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7316819797841294>

