

CENTRO UNIVERSITÁRIO SALESIANO DE SÃO PAULO

UNISAL – *CAMPUS* SÃO JOAQUIM

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

RODRIGO RAFAEL DE SOUZA PICARDI

ATIVISMO JUDICIAL: regulação e equilíbrio entre concretização da Constituição e a segurança jurídica

LORENA - SP

2019

RODRIGO RAFAEL DE SOUZA PICARDI

ATIVISMO JUDICIAL: regulação e equilíbrio entre concretização da Constituição e a segurança jurídica

Dissertação de Mestrado apresentada como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, no Centro Universitário Salesiano de São Paulo, na área de Concentração dos Direitos Sociais, Difusos e Coletivos na linha de pesquisa Direitos Sociais, Econômicos e Culturais.

Orientadora: Prof. ^aDr^a Daisy Rafaela da Silva

LORENA

2019

Picardi, Rodrigo Rafael de Souza

ATIVISMO JUDICIÁRIO: Regulação e Equilíbrio entre Concretização da Constituição e a Segurança Jurídica / Rodrigo Rafael de Souza Picardi. -- Lorena, 2019.

141 f.

Orientador (a): Daisy Rafaela da Silva.

Dissertação (Mestrado em Direito) -- FACULDADE SALESIANA DOM BOSCO, Lorena, 2019.

Inclui bibliografia

1. Constitucionalismo. 2. Controle de Constitucionalidade. 3. Ativismo Judicial. 4. Segurança jurídica. I. da Silva, Daisy Rafaela (orient). II. Título. https://app.unisal.br/fichacatalografica/images/pg_0001.jpg

RODRIGO RAFAEL DE SOUZA PICARDI

ATIVISMO JUDICIAL: regulação e equilíbrio entre concretização da Constituição e a segurança jurídica

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo - Unisal como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de Concentração dos Direitos Sociais, Difusos e Coletivos, na linha de pesquisa Direitos Sociais, Econômicos e Culturais.

Aprovado em ___ / ___ / ___

BANCA EXAMINADORA:

Prof.Dr.^a Daisy Rafaela da Silva

Dedico esse trabalho a meus amigos e, especialmente, à minha filha, fonte constante de inspiração e desejo de superação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço antes de tudo a Deus, por tornar todas as outras coisas possíveis.

À minha família por todo o incentivo, suporte para a realização das minhas tarefas e paciência pelas minhas constantes ausências. Especial agradecimento à eterna amiga Nilza, que sempre está pronta para ajudar e por quem tenho muito carinho.

Aos professores e funcionários do Centro Universitário Salesiano de São Paulo – Unisal, cuja dedicação e ensinamentos possibilitaram a conclusão da presente pesquisa, ao professor Dr. Jaime Meira do Nascimento Junior e, especialmente a orientadora de última hora, Dr.^a Daisy Rafaela da Silva.

Agradeço, por fim, aos colegas de mestrado, que se tornaram amigos nesses dois anos de muitas viagens, muitos desafios e muito aprendizado.

Muito obrigado!

RESUMO

O constitucionalismo, especialmente nas últimas décadas tem passado por relevantes transformações. De um lado é observado um alargamento das matérias previstas constitucionalmente o que amplia as possibilidades de intervenção do Poder Judiciário em sede de controle de constitucionalidade, e de outro, tem ganhado força ideais que legitimam uma maior atuação do Poder Judiciário, em sede de concretização de direitos constitucionalmente previstos. Destaca-se, ainda, a importância da atuação do Poder Judiciário, sempre que se verifica a omissão ou a violação de direito por parte de outro poder constitucionalmente estabelecido, seja pela determinação de medida concreta, seja pela interpretação conforme a Constituição Federal de 1988. No entanto, essa atuação deve ser pontual e específica e não desenfreada, como algumas vezes se tem verificado. O que se observa é que cada vez mais o Poder Judiciário é protagonista, o que de certa forma é louvável, no entanto, faz-se necessário o cuidado e limite para tais intervenções. Questões como o equilíbrio entre os Poderes, ou mesmo a reserva do possível e a análise das consequências fáticas das decisões judiciais devem ser discutidas. Em consequência, reações vêm surgindo como forma de limitar essa atuação tida por alguns como exagerada do Poder Judiciário, seja no que se refere à criação de normas que visem à limitação da determinação de políticas públicas, seja pela propositura de Projeto de Lei que vise tipificar o ativismo judicial como crime de responsabilidade. Assim, a presente dissertação busca, por meio de análise e revisão doutrinária, documental e jurisprudencial no que tange o ativismo judicial, nesse novo contexto, bem como a necessidade de regulação e equilíbrio entre a concretização da Constituição e os demais princípios constitucionais, como a segurança jurídica.

Palavras chave: Ativismo Judicial; Segurança jurídica; Direitos Sociais; Concretização;.

ABSTRACT

Constitutionalism, especially in the last decades, has undergone relevant transformations. On the one hand, there is an enlargement of the constitutionally foreseen material, which extends the possibility of intervention by the Judiciary in the control of constitutionality, and on the other hand, it has gained strength, ideals that legitimize a greater performance of the Judiciary in the realization of rights constitutionally foreseen. It is also important to emphasize the importance and relevance of the judiciary, whenever there is an omission or violation of law by another constitutionally established power, either by the determination of a concrete measure or by the interpretation according to the constitution. However, this action must be punctual and specific and not unbridled, as has sometimes been verified. What is observed is that more and more the Judiciary Power has gained prominence, which in a way is praiseworthy, nevertheless, care and limit for such interventions is necessary. As a consequence, reactions have been emerging as a way of limiting this action by some as an exaggeration of the Judiciary, be it in relation to the creation of norms that aim at limiting the determination of public policies, or by the existence of a Bill that intends to typify judicial activism as a crime of responsibility. Thus, this dissertation seeks, through a doctrinal and jurisprudential analysis, to analyze judicial activism in this new context, as well as the need for regulation and balance between the implementation of the Constitution and other constitutional principles, such as legal certainty.

Keywords: Judicial Activism; Legal certainty;. Social rights; realization of rights

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. CONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS.....	14
2.1 Do Constitucionalismo.....	14
2.2 Dos direitos constitucionalmente protegidos.....	19
2.3 Da constitucionalização dos direitos.....	25
3 CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	31
3.1 Concretização da constituição e hermenêutica jurídica.....	31
3.2 O Ativismo Judicial.....	40
3.3 Da Segurança Jurídica	47
4 RESPOSTA DO JUDICIÁRIO EM FACE A DEMANDAS SOCIAIS.....	56
4.1 Aborto.....	56
4.2 União homoafetiva.....	63
4.3 Audiência de custódia.....	67
4.4 Paternidade Sócio Afetiva.....	73
4.5 Transgênero.....	83
4.6. Políticas Públicas.....	90
5. MEDIDAS DO PODER LEGISLATIVO EM FACE DO ATIVISMO JUDICIAL.....	95
5.1 Lei Federal 13.655/2018 e Políticas Públicas.....	96
5.2 Projeto de Lei Federal 4.754/2016.....	100
CONCLUSÃO.....	104
REFERÊNCIAS.....	109
ANEXO A –Provimento 73 CNJ.....	115
ANEXO B – Provimento N° 63 CNJ.....	121
ANEXO C –Resolução N° 213 CNJ.....	129

1. INTRODUÇÃO

O direito é uma ciência social em constante evolução. Afinal, a pessoa humana, e a sociedade se transformam cotidianamente e essas modificações têm de ser acompanhadas pelas leis que regem a vida em sociedade. É certo que os julgadores desempenham importante papel neste progresso. Da mesma forma, como humanos que são, por mais objetividade que busquem empregar em suas decisões, invariavelmente conceitos, valores e crenças que se encontram impregnadas em seu ser influirão, em maior ou menor medida, nas decisões que forem proferidas.

Assim, invariavelmente, as alterações vivenciadas pela sociedade influenciarão na função de dizer o direito, bem como na interpretação das leis. Exemplos são vários, nos quais as mudanças ocorridas na sociedade fizeram com que fossem necessárias releituras de termos legais e até mesmo sua posterior revogação, por contrariarem os anseios sociais da atualidade.

De certo, muitas vezes, a criação de leis ou alteração legislativa é precedida de inúmeras críticas doutrinárias e até mesmo decisões da jurisprudência. No entanto, a ordem natural das coisas é a separação de poderes em um Estado Democrático de Direito.

No sistema constitucional vigente no Brasil, a alteração de paradigmas sociais, morais ou religiosos que passem a gerar uma incompatibilidade entre o texto legal expresso e os valores e preceitos existentes em dado momento histórico, devem ensejar a alteração do texto legal por parte do poder constitucionalmente incumbido da função de legislar.

É certo que tal alteração pode e normalmente será precedida de discussões doutrinárias e até mesmo de decisões judiciais em sentido contrário ao estabelecido formalmente na lei. No entanto, a função de suprimir ou alterar o texto legal escrito é do Poder Legislativo, o que não pode ser esquecido.

No entanto, a história recente no Brasil tem nos mostrado, baseando-nos em doutrinas que fundamentam a maior participação do Poder Judiciário, por meio do ativismo judicial, inúmeras situações de verdadeira subversão à ordem constitucionalmente estabelecida.

Neste sentido, com base em análise doutrinária e jurisprudencial, pretende o presente trabalho analisar a necessária regulação e equilíbrio que deve haver entre a busca pela concretização da Constituição Federal de 1988, por meio do ativismo judicial e a segurança jurídica.

É certo que, desde o advento da Constituição de 1988 vem o Poder Judiciário tomando novos papéis, com verdadeira dilação da jurisdição constitucional, especialmente no que se refere ao controle de constitucionalidade. Correntes importantes, como a neoconstitucionalista, vêm ganhando força, elevando a um novo patamar a hermenêutica constitucional.

Não se olvida ser atribuição do Poder Judiciário interpretar as leis ou mesmo, em sendo o caso, proceder o controle abstrato de constitucionalidade que lhe permite, inclusive realizar a interpretação da lei conforme a constituição. No entanto, como será demonstrado no presente trabalho, não raras vezes o Poder Judiciário tem extrapolado suas competências constitucionais para verdadeiramente dizer o direito, criando normas até então inexistentes ou mesmo interpretando norma em sentido diametralmente oposto ao que se encontra no texto legal.

Daí nasce um grande dilema entre os Poderes, na medida em que cada vez mais tem-se o estabelecimento de tensão entre Legislativo e Judiciário. No entanto, o problema não para aí. Se, por um lado, há situações nas quais verifica-se verdadeira tensão entre as funções de julgar e legislar, o que seria considerado por alguns interferência do Judiciário em matéria que lhe seria estranha, situação semelhante também se verifica no que se refere ao Poder Executivo, no âmbito da execução de políticas públicas.

É certo, ainda, que o robustecimento da Constituição, que passou a prever inúmeros direitos e garantias fundamentais, ampliou consideravelmente o âmbito de atuação do Poder Judiciário, seja no que se refere à possibilidade de interpretação de normas infraconstitucionais, conforme à Constituição, seja na determinação de políticas públicas que visem à observância de garantias fundamentais.

No entanto, é necessário que haja uma compatibilização entre o efetivo exercício do Poder Judiciário e o respeito às funções e atribuições também constitucionalmente previstas para os demais Poderes que compõem o sistema de tripartição de competências, previsto constitucionalmente, resguardando, assim, a segurança jurídica, princípio basilar do Estado de direito.

Alguns dizem que o Poder Judiciário, raras vezes, não tem feito mal-uso de importantes princípios do constitucionalismo moderno, chegando a aplicá-los, muitas vezes, contra regras legais expressas e que, portanto, teria se tornado em um verdadeiro “super-poder”.

Verifica-se, assim, a relevância e atualidade da discussão, na medida em que por mais relevantes e nobres sejam os argumentos trazidos pelas modernas teorias constitucionalistas, estas não podem justificar o desrespeito ao princípio basilar do sistema constitucional nacional, que consiste na repartição tríplice dos poderes ou mesmo da segurança jurídica, inerentes ao Estado democrático de direito.

Desta forma, a presente dissertação, por meio de uma análise doutrinária e jurisprudencial, iniciará a abordagem do tema ora exposto com uma breve noção de Constitucionalismo. Para tanto, serão abordados também os direitos constitucionalmente protegidos e a tendência de constitucionalização de direitos, o que, em última análise, acaba por ampliar as hipóteses em que se faz possível a atuação do Poder Judiciário, seja para a determinação de execução de políticas públicas, seja para a interpretação de normas conforme à Constituição.

Na sequência, será abordado o tema da concretização da Constituição, iniciando pela hermenêutica jurídica, passando pelo cada vez mais frequente ativismo judicial, no intuito de analisar até que ponto as novas correntes trazidas pelo neoconstitucionalismo podem ou não, afetar a segurança jurídica que se espera em um Estado Democrático de Direito.

No capítulo seguinte, traz-se a discussão de casos difíceis, situações nas quais o Poder Judiciário foi chamado a atuar e o fez de forma mais proativa.

No último capítulo, são apresentadas reações do Poder Legislativo na tentativa de limitar o excesso de intervenção do Judiciário em outras funções de Estado, seja por meio da edição da Lei Federal 13.655/2018, que, de certa forma, tenta frear ou limitar o excesso de ativismo judicial em sede de políticas públicas, seja por meio do Projeto de Lei Federal 4.754/2016, que tenta criar uma nova espécie de crime de responsabilidade consistente no ativismo do Poder Judiciário.

Não se ouvide, aqui, a importante função do Poder Judiciário, bem como a sua atribuição no que se refere ao controle de constitucionalidade das leis, mesmo que, por meio da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, que

consiste em uma decisão, pela qual é determinada que a aplicação da lei é feita em determinado sentido.

Da mesma forma, não se desconhece a importância do papel do Poder Judiciário, no que se refere aos direitos e garantias fundamentais. Afinal, conforme estabelece o § 1º do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, as normas que definem direitos e garantias fundamentais são de aplicação imediata. Assim, descumprido pelo Poder Público, determinada norma garantidora de direito e garantia fundamental, é legítima a interferência do Poder Judiciário, de modo que sejam respeitados os ditames da Constituição.

No entanto, apesar de reconhecer a importância do Poder Judiciário, seja no que se refere ao controle da constitucionalidade das leis, seja no que tange à garantia da observância das regras atinentes aos Direitos e Garantias Constitucionais, é necessário ter em mente que essa atuação de um poder, em atribuições precipuamente conferidas a outros poderes, deve ser limitada e circunstancial, afinal um governo de juízes não é o que se espera num Estado democrático de direito.

Assim, a prerrogativa de controle de constitucionalidade deve ser utilizada apenas em casos estritamente necessários e não de forma usual e reiterada, como temos presenciado na atualidade e será demonstrada nos capítulos em que se seguem.

2 CONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS

O homem é um ser gregário que desde os primórdios se agrupa em sociedade. Primeiro a família, as cidades, o Estado. Quanto maior o agrupamento, mais complexas as relações existentes e mais heterogêneas as pessoas que fazem parte do agrupamento.

Por esta razão, necessária se faz a regulamentação, a ordenação de regras para viabilizar o convívio social. A existência de regras acompanha o desenvolvimento do indivíduo como ser social.

No entanto, a despeito de as regras fundamentais da sociedade remontarem a própria noção da existência de sociedade, foi apenas na era moderna, que se passou a desenvolver o Constitucionalismo como matéria autônoma, sendo este responsável pela disciplina e regulamentação das normas fundamentais da sociedade, ocupando o topo da pirâmide normativa de determinada sociedade.

Assim, para que seja possível analisar os limites de atuação do Poder Judiciário para a concretização da Constituição necessário se faz, previamente analisar o surgimento e evolução do Constitucionalismo e das normas constitucionais.

2.1 Do Constitucionalismo

O Estado, como realidade social que o é, apresenta-se como a atual etapa de um longo processo de integração vivenciado pelo ser humano no decorrer do tempo. Dos núcleos familiares vai-se às vilas, que por sua vez transforma-se em polis, até se chegar ao estado moderno. E a cada transformação, a cada nova agregação, mais complexa e heterogênea se mostra a sociedade (REALE, 2000, p. 19).

É da natureza do ser humano viver em sociedade, fazer parte de um agrupamento social, contribuir para a sociedade e, por outro lado, se beneficiar desta (CUNHA, 2018, p. 58). No entanto, também é na natureza humana manter sua individualidade frente ao todo de modo que o agrupamento social formado pela sociabilidade humana, contará com ideias, pensamentos, posições diversas, decorrentes da individualidade de cada um.

Como se percebe, a despeito da sociabilidade humana, da necessidade de se agregar, os indivíduos permanecem com sua individualidade com seus pensamentos, suas ideias e desejos, que muitas vezes apresentam-se como contrapostos, por isso, desde que se forme a sociedade, necessário se faz a existência de regras, do direito, como se observa:

Ubi societas ibi jus (onde houver sociedade haverá direito), disse Aristóteles há 2.500 anos. Tal afirmação ainda é plenamente verdadeira. Vivendo em sociedade, o homem pode ficar privado do conforto material e das utilidades que a tecnologia oferece, como energia elétrica, automóvel e mesmo educação escolar ou emprego fixo. Com alguma dificuldade ele viverá. Sem um mínimo de ordem, porém, ou aquilo que Jeremias Bentham denominava mínimo ético de convivência, a vida não seria possível nem por um instante. A insegurança, a incerteza e os abusos destruiriam a sociedade quase na rapidez de um terremoto (ACQUAVIVA, 2010, p. 17).

O Estado, como etapa contemporânea do agrupamento humano, para a sua existência necessita de regras de conduta, e do Direito para possibilitar a existência pacífica dos indivíduos e, em última análise do próprio agrupamento social. Afinal, o Estado é ao mesmo tempo unidade e multiplicidade (REALE, 2000, p. 19), unidade na medida em que deve fornecer a integração harmônica da sociedade e multiplicidade, na medida em que deve, dentro do possível, compatibilizar ideias muitas vezes contraditórias ou antagônicas.

O conceito de Estado, sua formação, características e princípios vem sendo trabalhado no decorrer da história. Desde Aristóteles, passando por Santo Tomás (REALE, 2000, p. 56) e vários outros desde a antiguidade estabeleceram princípios de uma teoria que estabeleça as características essenciais do Estado.

Afinal, a comunidade estatal se apresenta como verdadeiro conjunto de indivíduos que tem as suas condutas coordenadas de acordo com o fim almejado por tal sociedade (ZIPPELIUS, 2016, p. 99), necessita de regras, que de certa forma poderiam ser entendidas com uma constituição de convivência.

Assim, Constituição seria o conjunto de regras tidas como fundamentais por determinada sociedade, isto porque a

Constituição em sentido material é o conjunto das regras jurídicas fundamentais em conformidade com as quais os seres humanos convivem como comunidade estatal, quer estas regras estejam ou não consignadas por escrito. Como ordem vinculativamente aceita, estas regras têm uma componente normativa, e, como ordem realizada na vida, têm simultaneamente uma componente factual, que costuma ser especialmente expressão das correlações de forças políticas. (ZIPPELIUS, 2016, p. 104)

Como se observa, a existência de regras básicas, fundamentais das sociedades é contemporânea ao próprio surgimento dos agrupamentos sociais. Desta forma, ao se analisar de forma ampla, pode-se reconhecer a existência de constituição, mesmo na antiguidade, como se observa:

Em um sentido mais amplo de constituição, torna-se possível identificar a presença na Antiguidade de um regime que disciplinava o exercício do poder, caracterizando-se, segundo Maurizio Fioravanti (2001, p. 30-31), a noção de constituição como um grande projeto de conciliação social e política, não se revestindo de caráter unilateral, mas resultando da aptidão da comunidade de manter-se organizada e disciplinada de forma duradoura e harmônica, conforme se dera na polis grega e na res publica romana, detendo a condição de uma ordem política ideal. (DANTAS, 2009, p. 44)

Assim, é que a despeito de o termo constitucionalismo ser relativamente recente este remonta a uma ideia remota, como se vê:

Platão já preconizava a ideia de um Estado constitucional. Concebia o primado da lei como a garantia dos governados. Seu pensamento fazia sentido, porque é na constituição — lei das leis por excelência — que se exterioriza a ideia de constitucionalismo (BULOS, 2018, p. 64).

No entanto, a despeito de formas pretéritas de constitucionalismo, este somente adquiriu consistência como movimento jurídico, cultural e político, no final do século XVIII, que coincidiu a adoção de certos princípios que passaram a ser utilizados por grande partes dos Estados (BULOS, 2018, p. 71). Por esta razão, em atenção ao objeto da presente dissertação, o estudo se resumirá ao Direito Constitucional da era moderna e contemporânea.

O constitucionalismo, como hoje estudado, surge no final da era Moderna para o início da Contemporânea. Ademais, é importante destacar que vários são os constitucionalismos ou movimentos Constitucionais (TAVARES, 2012, p. 24), dos quais cabem destaque o inglês, o norte-americano e o francês.

Tem-se assim, no constitucionalismo o ponto de partida para o estudo do Direito Constitucional. Tal nomenclatura, contudo, pode ser empregada em diferentes sentidos. Pode ser vista, inicialmente, como um movimento político-social que objetivava limitar o poder arbitrário do governante. Outro significado é aquele que se relacionada à existência de cartas constitucionais escritas. A terceira acepção, por sua vez, é aquela que leva em consideração os propósitos primordiais de um Estado. Por fim, constitucionalismo pode também ser entendido como a

evolução de determinado Estado, dentro do critério histórico-constitucional (TAVARES, 2012, p. 24).

Canotilho, ao tratar a constituição como organização, por meio de um documento escrito, de forma racional e sistemática da comunidade política, esclarece que:

A ideia da organização constitucional do Estado começou a ganhar vulto no século XVIII com o chamado movimento constitucional, impulsionado pelas revoluções americana e francesa. No entanto, costuma recorrer-se ao processo de sedimentação do constitucionalismo britânico para se apontar uma espécie de pré-história constitucional. Alguns autores marcam o início desta pré-história no século XIII (1215), data em que os barões do Reino de Inglaterra impuseram a João Sem Terra a Magna Carta (Magna Charta Libertatum). Não se trata ainda de uma verdadeira declaração de direitos, mas da resolução do problema do domínio estadual de acordo com as estruturas feudais da época. Em 1628, a Petition of Right, não obstante o seu carácter meramente declaratório, é já uma tentativa de tomada de posição do Parlamento sobre os princípios fundamentais das liberdades civis. (CANOTILHO, 1993, p. 61)

E mais à frente, na análise das ideias precursoras da atual noção de constituição Canotilho, aduz:

No século XVII, surgem os célebres covenants, ou seja, contratos entre os colonos fixados no continente americano e a mãe pátria, (chartered colonies) neles se estabelecendo os direitos e obrigações recíprocas. A Fundamental Orders of Connecticut (1639) são o mais antigo destes convénios e neles se detecta a ideia de constituição como instrumento ordenador da sociedade política.

A primeira tentativa de constituição escrita verificou-se ainda na Inglaterra com o Agreement of the People (1647-1649) e a ele está associado o movimento dos levellers¹⁷ O Instrument of Government (1653) de Cromwell é considerado como a primeira verdadeira constituição escrita, aproximando-se das fórmulas constitucionais autoritárias da época contemporânea (CANOTILHO, 1993, p. 61)

Desta forma, pode-se dizer que a origem do constitucionalismo se deu com as constituições rígidas e escritas de 1787, após a independência das 13 colônias nos Estados Unidos da América e da França, em 1791, que decorreu da Revolução Francesa (MORAES, 2017, p. 01).

Os traços marcantes de tais diplomas constitucionais são a organização do estado, tendo como base a limitação do poder estatal, com previsão de direitos e garantias do cidadão frente ao poder de império do Estado (MORAES, 2017, p. 01). Assim, no nascedouro do constitucionalismo moderno, este se voltava quase exclusivamente à disciplina de regras básicas para a organização do Estado, à forma do exercício do poder, bem como de sua transmissão e, especialmente, à

limitação do poder do Estado frente ao cidadão, por meio da enumeração de direitos e garantias individuais.

A Constituição, desta forma, ocupa o topo de uma verdadeira pirâmide normativa, sendo a fonte de validade das demais normas do sistema jurídico. A ordem jurídica se apresenta como uma construção escalonada de normas de diferentes níveis ou camadas de normas jurídicas (KELSEN, 1998, p. 155). A unidade do direito vem justamente da conexão existente entre as diferentes camadas como bem esclarece Kelsen:

A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora. (KELSEN, 1998, p. 155)

Como documento de cunho político que é, a Constituição é impregnada de uma carga ideológica, na medida em que representa o modo peculiar de organização da sociedade, defendido por aqueles que a editaram. (FILHO, 2009, p. 06)

As constituições norte-americana, de 1787 e a francesa, de 1791, decorrentes das ideias trazidas pelo iluminismo, tinham como principal objetivo a contraposição ao poder absoluto do monarca até então vigente, passando a ver o povo como o legítimo titular do poder do Estado (BULOS, 2018, p. 72). Assim, o constitucionalismo moderno representou uma verdadeira aproximação dos fundamentos éticos ao direito, introduzindo a noção de legitimidade.

Tal fase corresponde ao liberalismo clássico, no qual se tem como pontos vetores da organização estatal a proteção da propriedade privada, a abstenção do estado sobre os direitos do particular, a proteção do indivíduo e o individualismo. Pode-se dizer que o núcleo básico das constituições neste momento era formado por “normas de repartição e limitação do poder, aí abrangida a proteção dos direitos individuais em face do Estado.” (BARROSO, 2018, p. 67)

Assim, observa-se que em primeiro momento o Estado de Direito Constitucional moderno, pautado por ideais liberais, voltou-se primordialmente à limitação do exercício do Poder por parte de seu titular. No entanto, essa concepção excessivamente liberal presente nesta fase, acabou por gerar situações de extrema

concentração de renda de uns, e miséria e exclusão social de outros. Justamente por isso, viu-se ser necessária a interferência estatal para a limitação do uso abusivo do poder econômico, incluindo regras de caráter social como forma, inclusive, de preservação do sistema (DANTAS, 2009, p. 171).

Desta forma, pelo que se observa, falar em constituição ou em constitucionalismo é, em verdade, se falar de direitos. É se falar naqueles direitos que são tidos primordiais, fundamentais para o cidadão e devem ser, portanto, tutelados, regulamentados pelo texto constitucional.

Se nos primórdios das constituições modernas, o foco era a garantia do indivíduo frente ao Poder do Estado, tutelando, portanto, a liberdade e a propriedade do indivíduo, no decorrer do tempo tal acepção foi sofrendo mudanças como pode ser observado, razão pela qual afigura-se relevante estudar a evolução pela qual passou e continua a passar a noção de direitos fundamentais.

2.2 Direitos Constitucionalmente Protegidos

A história da humanidade é marcada por avanços e retrocessos, assim como pela constante existência de lutas entre as classes sociais existentes, em busca da limitação do poder daqueles que o detêm. Nesse contexto, como não poderia deixar de ser, o reconhecimento dos direitos fundamentais é uma consequência direta da evolução da vida em sociedade e até mesmo de revoluções que marcaram a trajetória da humanidade.

Assim, verifica-se de um lado uma dificuldade jurídico-política para a criação e proteção da tutela dos direitos do homem e de outro constata-se a existência de dificuldades relacionadas ao conteúdo de tais direitos (BOBBIO, 1992, p. 41).

Isto se dá porque, em regra, a classe dominante não quer ver limitados os seus poderes, enquanto as classes menos favorecidas almejam o reconhecimento de seus direitos e garantias básicas, ao lado da limitação dos poderes das classes mais favorecidas. É o que se deu, a título de exemplo, na França em 1791, onde por meio da Constituição limitou-se os poderes reais e estabeleceu o princípio da separação dos poderes (BULOS, 2018, p. 72). Assim, é em decorrência desse ambiente de tensão que se tem, na maioria das vezes, o reconhecimento de direitos e garantias fundamentais.

Séculos de história revelam situações nas quais, em épocas remotas, já era possível cogitar da inclusão de determinados direitos entre aqueles considerados fundamentais. No entanto, somente no século XVIII, pelas declarações de direitos na França e nos Estados Unidos, verifica-se de forma mais nítida o reconhecimento de tais direitos, como se depreende a seguir:

Os direitos individuais, entendidos como inerentes ao homem e oponíveis ao Estado, surgiram em fins do século XVIII, com as declarações de direitos na França e nos Estados Unidos. A origem dos direitos individuais, para Alexandre de Moraes, “pode ser apontada no antigo Egito e Mesopotâmia, no terceiro milênio a.C., onde já eram previstos alguns mecanismos para proteção individual em relação ao Estado. O Código de Hamurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, provendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes. (CARVALHO, 2009, p. 688)

Como bem pondera Norberto Bobbio, a declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada na França em 1789 se apresentou como um daqueles momentos decisivos da humanidade que marcam o fim de uma era e o início de outra (BOBBIO, 1992, p. 85).

Para que se possa falar do surgimento e, também, do reconhecimento de direitos fundamentais, é indispensável a existência de certos elementos, entre os quais se destacam a existência de um Estado estruturado, o reconhecimento de independência e autonomia do cidadão frente ao Estado e a aprovação de um texto normativo que regule as relações existentes entre o Estado e o cidadão. Portanto, é necessária a existência de elementos essenciais, quais sejam:

O surgimento dos direitos fundamentais pressupõe, portanto, a presença de três elementos: a) o Estado moderno, que lhes dá relevância prática, garantindo o seu cumprimento, considerando ainda que uma das funções dos direitos fundamentais é justamente a de limitar o poder em face do indivíduo; b) o indivíduo, como ser independente autônomo, capaz de fazer valer seus direitos perante o Estado e a sociedade; c) texto normativo regulador das relações entre Estado e indivíduos, dotado de supremacia e de validade em todo o território nacional, que declara e garante determinados direitos fundamentais. (CARVALHO, 2009, p. 691)

Constata-se, desta forma, que os direitos fundamentais se originaram da necessidade de se limitar os poderes da classe dominante, de modo a reduzir a tensão decorrente da luta de classes permanente, existente na sociedade. Foi diante dessa realidade que o Estado se viu obrigado a reconhecer a existência de direitos fundamentais do homem.

Desta forma, a sociedade, ao estabelecer quais as suas prioridades, quais bens jurídicos merecem ocupar o topo do ordenamento, a fim de irradiar efeitos a todo sistema jurídico passa a conferir *status* constitucional a determinados direitos.

Assim, tendo em vista a hierarquia normativa existente, onde a Constituição se apresenta no topo do sistema, esta passa a prevalecer sobre qualquer norma inferior que lhe seja incompatível (BOBBIO, 1995, p. 92).

As normas constitucionais funcionam como verdadeiras normas gerais de modo que vinculam não apenas as demais normas jurídicas inferiores, mas também a aplicação das normas individuais que venham a ser produzidas, seja por atos judiciais ou administrativos (KELSEN, 1998, p. 161).

Num primeiro momento o que se viu foi o reconhecimento de direitos destinados a proteger a esfera de liberdade do indivíduo frente ao Estado, razão pela qual foram conhecidos como direitos de abstenção ou negativos, na medida em que impunham uma restrição a atuação estatal, é o que se observa:

De acordo com a interpretação liberal clássica, direitos fundamentais são "destinados, em primeira instância, a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos Poderes Públicos; eles são direitos de defesa do cidadão contra o Estado". Direitos de defesa do cidadão contra o Estado são direitos a ações negativas (abstenções) do Estado. Eles pertencem ao status negativo, mais precisamente ao status negativo em sentido amplo. Seu contraponto são os direitos a uma ação positiva do Estado, que pertencem ao status positivo, mais precisamente ao status positivo em sentido estrito. (ALEXY, 2008, p. 433)

Cabe destacar que, justamente por se tratar de um processo, através do qual vão se reconhecendo situações caracterizadoras como de direitos fundamentais, é tradicional o entendimento do que se convencionou chamar de gerações dos direitos fundamentais e, mais recentemente, de dimensões dos direitos. A expressão "gerações de direitos" é atribuída a Karel Vasak que, em 1979, apresentou, no Instituto Internacional de Direitos do Homem, em Estrasburgo, classificação que caracterizava as fases de reconhecimento dos direitos humanos, então dividia em três diferentes gerações (CARVALHO, 2009, p. 691).

A divisão dos direitos em gerações é tradicional e, de certa forma, pode ser representada pelo lema da revolução francesa, que corresponde à liberdade - a primeira geração dos direitos do homem, à igualdade - a segunda e à fraternidade, a terceira geração, como se observa:

Em rigor, o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade. (BONAVIDES, 2017, p. 576)

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por sua vez aduz:

Na verdade, o que aparece no final do século XVII não constitui senão a primeira geração dos direitos fundamentais: as liberdades públicas. A segunda virá logo após a primeira Guerra Mundial, com o fito de complementá-lá: são os direitos sociais. A terceira, ainda não plenamente reconhecida, é a dos direitos de solidariedade. (FERREIRA FILHO, 2016, p. 22)

No que tange à nomenclatura, há certo dissenso na doutrina, dado que uma corrente opta por permanecer utilizando o termo geração, enquanto outra entende ser o termo dimensão mais adequado, já que falar em geração poderia levar à falsa ideia de que ao se chegar à próxima, ter-se-ia por superada a geração anterior, enquanto, na verdade, as gerações ou dimensões são cumulativas (SILVA e CELESTINO, 2016, p. 3), ou seja, ao se passar de um nível para o outro, mantêm-se os direitos da geração anterior, apenas incluindo-se outros, como se observa:

Ressalte-se que parte da doutrina tem se levantado contra o posicionamento acima firmado, uma vez que, para eles, o termo “gerações” é impróprio para definir esta evolução dos direitos fundamentais. Fundamentam seus argumentos no fato de que o termo gerações poderia desencadear a falsa ideia no seguinte sentido: conforme fossem evoluindo, ocorreria uma substituição de uma geração por outra, o que como sabemos, jamais poderá acontecer. Tal posicionamento doutrinário defende que o mais correto seria a expressão “dimensão”, e não geração, pelos motivos acima detalhados. (DIÓGINES, 2012)

A despeito da terminologia e do destaque quanto à preferência de parte da doutrina pelo termo dimensão, será utilizada geração e dimensão como sinônimos, mas sempre cientes de que uma geração não supera a outra; muito pelo contrário, a cada geração se somam os ganhos obtidos pela geração anterior.

De forma sucinta, pode-se dizer que os direitos fundamentais de primeira dimensão marcam a passagem do Estado autoritário para o Estado de Direito, que traz consigo as liberdades individuais.

Os direitos de primeira dimensão dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, sendo que os direitos civis e políticos se traduzem em um valor, ou seja, a liberdade. De certa forma, pode-se dizer que os direitos de primeira geração são direitos de oposição ao Estado, cujo titular é o indivíduo, ostentando

uma subjetividade que pode ser destacada como seu traço característico (BONAVIDES, 2017, p. 578).

Dando seguimento à evolução dos direitos fundamentais, surge a noção dos direitos de segunda geração, inspirados e impulsionados pela revolução industrial europeia, a partir do século XIX. Em decorrência das péssimas situações vividas pela população, especialmente em função das precárias condições de trabalho, eclodem movimentos sociais de luta pelo estabelecimento de regras de proteção trabalhista e de assistência social.

A primeira Guerra Mundial, por sua vez trouxe à tona a necessidade de se repensar as políticas sociais e econômicas existentes que vem a se somar as liberdades públicas já garantias. A constituição alemã de 1919, conhecida como Constituição de Weimar se consagrou como marco de tal fase (FERREIRA FILHO, 2016, p. 57).

A constituição de Weimar foi elaborada em decorrência do término da primeira guerra, que levou a sociedade Alemã ao colapso, razão pela qual o povo alemão passou procurar novos valores e soluções (COMPARATO, 2017, p. 201)

Assim, foi no início do século XX, marcado pela primeira grande guerra mundial, que se verifica um ambiente mais fértil para a fixação dos direitos sociais. Nessa perspectiva, evidencia-se que os direitos de segunda dimensão incorporam questões sociais, culturais e econômicas, como se observa:

Os direitos da segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos de primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula. (BONAVIDES, 2017, p. 578)

No entanto, a evolução não parou com o reconhecimento dos direitos de segunda geração, como se observa:

O reconhecimento dos direitos sociais não pôs termo à ampliação do campo dos direitos fundamentais. Na verdade, a consciência de novos desafios, não mais à vida e à liberdade, mas especialmente à qualidade de vida e à solidariedade entre os seres humanos de todas as raças ou nações, redundou no surgimento de uma nova geração — a terceira —, a dos direitos fundamentais. (FERREIRA FILHO, 2016, p. 73)

Os direitos fundamentais de terceira geração, por sua vez, ligam-se à noção de fraternidade e também surgem em consequência de alterações verificadas na sociedade e de profundas mudanças no comportamento na comunidade internacional, o que acabou por gerar crescente desenvolvimento tecnológico e científico e, em consequência, da sociedade de massa, trazendo consigo a preocupação com questões ambientais e outros direitos metaindividuais.

Caracterizam-se os direitos de terceira dimensão como de titularidade difusa ou coletiva, uma vez que não tem sujeitos específicos e determinados. Assim, pode-se dizer:

Os direitos de solidariedade são direitos de titularidade coletiva, direitos difusos, e se baseiam numa identidade de circunstâncias de fato. São direitos transindividuais, que compreendem os direitos coletivos e difusos. Coletivos são os direitos que não possuem uma titularidade individual, mas têm como referencial uma relação jurídica, base que une diversos titulares; são os direitos de grupos sociais determinados que só podem ser exercidos coletivamente, sendo possível estabelecer uma relação entre o grupo a que pertence. Os direitos difusos têm como característica uma indeterminação absoluta dos titulares, é dizer, não é possível identificar uma titularidade individual para eles, e pressupõem um agir solidário, já que não podem ser exercidos individualmente. (CARVALHO, 2009, p. 693)

Pode-se dizer, no geral, que a ideia dos direitos do homem passou a se desenvolver em duas direções, de um lado, da universalização e por outro consistente na sua multiplicação, contudo, o que se observou é que a teoria dos direitos do homem se desenvolveu mais rápido que a prática (BOBBIO, 1992, p. 67).

Ultrapassada essa breve análise sobre as tradicionais três primeiras gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, cabe destacar que, modernamente, já se fala na quarta geração dos direitos fundamentais, “que estariam ligados ao direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo” (BONAVIDES, 2017, p. 586).

Cabe ressaltar, ainda, que a despeito da discussão doutrinária quanto ao número de dimensões ou gerações existentes, há ainda autores que, indo além, já falam em uma quinta dimensão de direitos (CARVALHO, 2009, p. 694). Fato é, que independentemente da geração de direitos em que se está, na atualidade, o reconhecimento de novos direitos e garantias fundamentais é uma constante e decorre da natural evolução das relações sociais de modo que tendem a se encontrar em constante expansão.

2.3 Constitucionalização do Direito

Na esteira de dilatação dos direitos constitucionalmente garantidos, o constituinte nacional, seguindo uma tendência de outros países inclusive latino-americanos (GARGARELLA, 2018, p. 116), acabou por alargar os direitos tidos como merecedores de tutela constitucional por parte do Estado.

Fato é que que uma das características do direito contemporâneo é a colocação da Constituição no centro do sistema jurídico. Assim, a constituição além de permanecer com a sua supremacia formal, passa também a ser dotada de supremacia axiológica e material (BARROSO, 2018, p. 112).

No entanto, ao se falar em direitos constitucionalmente garantidos, portanto, naqueles tidos como de especial importância pelo constituinte é importante questionar o que são normas de direitos fundamentais, como se vê:

Até aqui falou-se de normas em geral. A partir de agora deve ser questionado o que são normas de direitos fundamentais. Essa questão pode ser formulada de forma abstrata ou concreta. Ela é formulada de forma abstrata quando se indaga por meio de quais critérios uma norma, independentemente de pertencer a um determinado ordenamento jurídico ou a uma Constituição, pode ser identificada como sendo uma norma de direito fundamental. A pergunta assume uma forma concreta quando se questiona que normas de um determinado ordenamento jurídico ou de uma determinada Constituição são normas de direitos fundamentais, e quais não. (ALEXY, 2008, p. 65)

A constituição ocupa o topo normativo de um sistema jurídico, na medida em que suas normas regulam a produção de outras normas jurídicas (KELSEN, 1998, p. 164) de modo que o simples fato de um valor ou princípio ser erigido a categoria de norma constitucional demonstra o seu valor para a sociedade e necessidade de sua observância.

A despeito de não se questionar a importância que deve se dar a uma norma constitucional, há divergência quanto ao fato de uma norma tão somente por estar insculpida na constituição deve ou não ser considerada como ensejadora de direitos fundamentais, como se observa, quando Alexy analisa a constituição alemã:

A questão fundamental, neste ponto, é: o que faz com que um enunciado da Constituição alemã seja uma disposição de direito fundamental? A resposta a essa pergunta pode basear-se em aspectos materiais, estruturais e/ou formais.

Um critério que associa elementos substanciais e estruturais pode ser encontrado na definição de direitos fundamentais de Carl Schmitt, segundo a qual os direitos fundamentais são “apenas aqueles direitos que constituem

o fundamento do próprio Estado e que, por isso e como tão, são reconhecidos pela Constituição”. Dizer que um direito “constitui o fundamento do Estado” é expressar uma definição substancial. (ALEXY, 2008, p. 67)

No entanto, como bem pondera, mais conveniente que se utilizar de critérios substanciais para se tratar de direitos fundamentais é utilizar de um critério formal, relacionado à forma de que o direito foi positivado, como se vê:

Mais conveniente que basear o conceito de norma de direito fundamental em critérios substanciais e/ou estruturais é vinculá-lo a um critério formal, relativo à forma de sua posituação. (ALEXY, 2008, p. 68)

Desta forma, passando ao direito positivado em âmbito nacional, cabe inicialmente destacar, que a Constituição de 1988 se apresenta como um marco de transição dando ensejo a redemocratização nacional, sendo responsável por um considerável alargamento dos direitos e garantias fundamentais reconhecidos, o que a inclui no rol das Constituições mais avançadas sobre a matéria (PIOVESAN, 2018, p. 103).

Assim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conhecida por alguns como Constituição Cidadã, ampliou de forma considerável o rol dos direitos fundamentais, bem como das matérias disciplinadas constitucionalmente. O constituinte de 1988 dedicou o título II da Constituição aos direitos e garantias fundamentais, disciplinando em seu capítulo I os direitos e deveres individuais e coletivos e, em seu capítulo II, os direitos sociais; no capítulo III tratou da nacionalidade, disciplinando, no capítulo IV, os direitos políticos, tratando, por fim, no capítulo V, dos partidos políticos.

No entanto, antes mesmo de adentrar no título da Constituição destinado aos direitos e garantias fundamentais, o Constituinte já mostrou seu apreço aos mesmos, desde o preâmbulo do texto constitucional, neste sentido:

Desde o seu preâmbulo, a Carta de 1988 projeta a construção de um Estado Democrático de Direito, “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)”. Se, no entender de José Joaquim Gomes Canotilho, a juridicidade, a constitucionalidade e os direitos fundamentais são as três dimensões fundamentais do princípio do Estado de Direito que consagram, perceber-se-á que o Texto consagra amplamente essas dimensões, ao afirmar, em seus primeiros artigos (arts. 1º e 3º), princípios os fundamentos e os objetivos do Estado Democrático de Direito brasileiro. (PIOVESAN, 2018, p. 104)

O artigo 1º da Constituição de 1988, em seu inciso III¹, estabeleceu como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, erigindo este como um valor fundamental (SILVA e SOARES, 2018, p. 272), mais uma vez demonstrando a importância dada pelo constituinte aos Direitos Fundamentais.

No Brasil, a Constituição de 1988 consagrou nos seus arts. 1º e 3º, a dignidade da pessoa humana como valor primordial. A Constituição brasileira se reveste de inovações, ainda, ao inserir no seu Título II os Direitos Sociais que, sob a égide das constituições anteriores se encontravam espalhados ao longo de seus textos, demonstrando com isso, a intenção do legislador constituinte sobre a vinculação dos mesmos com os direitos individuais.

Assim, a constitucionalização dos direitos sociais no Brasil assume respeitável relevância diante da afirmação do caráter normativo da Constituição, condicionando a validade da produção legislativa e a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico, podendo, inclusive, gerar pretensões individuais diretas e imediatas, em situações específicas.

Assim, pode-se observar que temo-se como vetor do atual sistema constitucional o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este que, para ser atingido, demanda ações proativas do poder público, dado que a dignidade da pessoa humana somente será observada diante da garantia ao indivíduo do substrato mínimo para que tenha uma vida digna, é o que se observa:

Com o advento do Estado Democrático e Social de Direito, a realização das políticas públicas ganha importância na medida em que, enquanto o Estado Democrático exigia apenas uma prestação negativa, o perfil adotado pelo texto constitucional de 1988 exige uma prestação positiva do Estado. (SIQUEIRA JR, 2017, p. 17)

Ademais, cabe ao Estado reduzir as desigualdades, pois somente com a garantia do mínimo existencial ao indivíduo pode-se pensar na sua efetiva liberdade

¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

e, portanto, na concreta observância do princípio da dignidade da pessoa, em sua integralidade, assim:

O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos. (SEN, 2010, p. 17)

Por outro lado, o artigo 5º da Constituição de 1988 desdobra-se em LXXVIII incisos, o que demonstra a importância dada pelo legislador à disciplina e à sistematização dos direitos e garantias fundamentais. Ademais, o art. 6º da Constituição da República² apresenta diversos direitos que têm como característica o *status* positivos (CARVALHO, 2009, p. 724) e que possibilitam ao indivíduo, portanto, exigir prestações por parte do Estado.

Além disso, tem-se, na constituição, diversos outros direitos tutelados. Pode-se citar o Título VIII, que trata da ordem social, disciplinando regras fundamentais sobre a seguridade social, que abrangem a saúde, a previdência social, a assistência social, a educação, cultura e desporto, a ciência e tecnologia, a comunicação social, o meio ambiente, a família, que engloba os direitos da criança, do adolescente do jovem e do idoso e, por fim, dos índios.

O que se observa, nesse contexto, é uma verdadeira expansão dos direitos constitucionalmente garantidos ou tutelados. Se por um lado, nos primórdios do constitucionalismo as constituições tinham como fundamento quase que exclusivo regular as limitações do Poder do Estado sobre o particular, modernamente mais e mais direitos e garantias foram e continuam sendo incluídos no texto da constituição.

Somada a esse aumento de direitos constitucionalmente previstos, pode-se citar, também, a ideia de bloco de constitucionalidade que expande, ainda mais o paradigma de controle por parte do judiciário sobre a legislação (PERES e SIMIONI, 2017, p. 188).

Os direitos fundamentais se apresentam como direitos públicos subjetivos que, passam a garantir ao indivíduo não só a abstenção de determinadas atividades estatais, mas, também, a execução de funções públicas vinculadas aos preceitos constitucionais. Por essa razão, tais normas tem aplicação imediata, representando

² Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

a vontade do constituinte de observância de tais normas por todos (MENDES, 2012, p. 116).

De um lado, direitos fundamentais se apresentam como direitos públicos subjetivos, de outro, como bem pondera Robert Alexy, são tratados de forma extremamente aberta pelas Constituições, como se vê:

O catálogo de direitos fundamentais regula de forma extremamente aberta questões em grande parte muito controvertidas acerca da estrutura básica do Estado e da sociedade. Isso pode ser percebido com grande clareza nos conceitos dos direitos fundamentais à dignidade, à liberdade e à igualdade. (ALEXY, 2008, p. 26)

Assim, pode ser constatada uma expansão dos direitos protegidos constitucionalmente que se soma a conceitos muitas vezes abertos, o que torna extremamente extenso o campo de atuação do Poder Público, no que se refere a direitos e garantias fundamentais.

Situações que até poucas décadas eram estranhas ao Direito Constitucional e, portanto, não legitimavam a interferência da Suprema Corte para fins de seu cumprimento, passam a cada vez mais a integrar o corpo da Constituição, sob a forma de novos direitos constitucionalmente protegidos.

O constante reconhecimento de novos direitos e até mesmo novas dimensões de direitos, chegando alguns doutrinadores a já se referir a uma quinta dimensão de direitos (CARVALHO, 2009, p. 694), acaba por incrementar substancialmente a gama de direitos que passam a ser constitucionalmente tutelados, o que culmina, por sua vez, em alargar as hipóteses de intervenção do Judiciário sobre o prisma do respeito aos princípios e direitos previstos constitucionalmente.

Assim, se num primeiro momento a observância de direitos fundamentais por parte do Estado, consistia unicamente, na abstenção por parte do mesmo frente ao particular (FERREIRA FILHO, 2016, p. 22), hoje, com a evolução e ampliação do rol de direitos garantidos constitucionalmente, cada vez mais abre-se a possibilidade de atuação para a concretização de direitos fundamentais.

Como já salientado, há na Constituição Federal de 1988 uma gama de direitos fundamentais garantidos, seja no artigo 5º, que trata dos direitos e garantias individuais, seja no artigo 6º que trata dos direitos sociais ou em várias outras

disposições esparsas. Assim, diversas são as normas legais, os mandamentos que preveem a observância de direitos constitucionalmente garantidos.

No entanto, além de uma diversidade de direitos expressamente previstos, temos na Constituição, o princípio da dignidade da pessoa humana que se mostra como princípio central e irradiador de todo o sistema normativo (PIOVESAN, 2018, p. 109), sendo baliza orientadora de todo o sistema constitucional contemporâneo.

E como se sabe, o sistema jurídico é formado não apenas por normas legais, mas também por princípios, muitos destes baseado no conceito de justiça e também política pública (DWORKIN, 2002, p. 8), e o princípio da dignidade da pessoa humana se mostra na constituição brasileira como um destes princípios fundadores e de observância obrigatória.

Alexy, por sua vez, ao tratar dos princípios aduz que:

Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contrarrazão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas. (ALEXY, 2008, p. 104)

Conforme se constata, de um lado o constituinte de 1988 passou a prever diversas normas garantidoras de direitos por meio de diversos dispositivos que garantem não apenas direitos individuais, mas também sociais e coletivos. De outro, há na Constituição de 1988 o princípio vetor, da dignidade da pessoa humana, que se irradia por todo o sistema jurídico, razão pela qual há vasta fundamentação jurídica garantidora de direitos fundamentais.

No entanto, não basta a mera previsão abstrata de tais direitos sendo indispensável a observância e concretização dos mesmos.

3 DA CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Como pôde ser observado pelo até aqui exposto, é vasta a gama de direitos garantidos e protegidos pela Constituição de 1988. Iniciando por regras garantidoras de direitos individuais e passando por regras de direitos sociais e coletivos, o Constituinte não poupou em disposições atinentes a direitos e garantias fundamentais.

No entanto, tão importante quanto a existência de regras garantidoras de direitos é a observância de tais regras, de modo a concretizar os ditames previstos na Constituição.

Além disso, é importante destacar que o mundo se encontra em acelerado processo de transformação, não sendo diferente na seara jurídica. Assim, debates tradicionais, por meio dos quais, onde há de um lado quem advogue a insuficiência de meios materiais para a concretização de direitos previstos na Constituição e que, de outro, há quem argumente o excesso de formalismo caracterizado pelo descompasso existente entre as leis e os fatos vem à tona, de modo que também no campo do direito mudanças profundas são observadas (CAMPILONGO, 2011, p. 27).

Por esta razão, faz-se necessário analisar a forma de atuação do poder judiciário com o fim de concretizar os mandamentos constitucionais, bem como suas limitações.

3.1 Concretização da Constituição e Hermenêutica Jurídica

Se em um primeiro momento a luta se dava pelo reconhecimento de direitos hoje, de certa forma, a batalha se dá não no campo da teoria, mas da concretização de direitos já reconhecidos.

Como bem pondera Bobbio, o problema atual é de ordem política, na medida em que o que se busca atualmente não é saber quais ou quantos são os direitos reconhecidos, ou mesmo qual a natureza destes, mas sim a forma de efetivá-los, como se depreende:

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual a sua natureza e seu fundamento, se são

direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro de garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados. (BOBBIO, 1992, p. 25)

As normas jurídicas se voltam a realidade. Ou seja, as discussões acerca do direito não devem se restringir a teoria, uma vez que se voltam a questões práticas, como se vê:

(1) as discussões jurídicas se preocupam com questões práticas, isto é, com o que deve ou não ser feito ou deixar de fazer e (2) essas questões são discutidas com a exigência de correção. É questão de “caso especial” porque as discussões jurídicas (3) acontecem sob limites do tipo descritos. (ALEXY, 2001, p. 212)

Desta forma, observa-se que o principal desafio encontrado na atualidade em sede de direitos fundamentais não se refere ao reconhecimento, previsão ou mesmo disciplina dos mesmos, mas na sua efetivação, a sua concretização. Afinal, somente “o texto previsto na Constituição não é suficiente para promover o surgimento de uma sociedade de bem-estar social” (COSTA e DIEHL, 2017, p. 99)

E ao se falar e o concretização de direitos fundamentais é importante destacar que na atualidade, não se fala mais em produção de efeitos das normas de direitos fundamentais apenas na relação Estado particular, sendo admitida, também, a produção de efeitos entre cidadãos, é o que se convencionou chamar de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, neste sentido:

Atualmente a ideia de que normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão e, nesse sentido, têm um efeito perante terceiros, ou efeito horizontal, é amplamente aceita. O que é polêmico é como e em que extensão elas o fazem. A questão sobre como as normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão é algo que diz respeito a um problema de construção. A questão sobre em que extensão elas o fazem é uma questão que expressa um problema substancial, a saber, um problema de colisão. Tanto o problema de construção quanto o de colisão resultam de uma diferença fundamental entre a relação Estado/cidadão e a relação cidadão/cidadão. (ALEXY, 2008, p. 528)

O judiciário, assim, não apenas deve obedecer aos preceitos de direitos fundamentais, como assegurar a efetiva aplicação dos mesmos, seja no que se refere a relações com o Poder Público, seja nos vínculos existentes entre particulares (MENDES, 2012, p. 120).

Se por um lado a Constituição de 1988 é dotada de uma grande gama de direitos reconhecidos constitucionalmente, como demonstrado no capítulo anterior, por outro, a constituição é o ápice do sistema normativo (KELSEN, 1998, p. 155), de

modo que todas as demais normas existentes, assim como as decisões administrativas e judiciais devem respeitar as regras de índole constitucional.

Pode-se afirmar que há uma verdadeira vinculação em todos os níveis de Poder aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente. Assim, não apenas o executivo deve agir de acordo com os fundamentos previstos na constituição, mas também a “vinculação do legislador aos direitos fundamentais assume igualmente inequívoco relevo” (MENDES, 2012, p. 118).

Da mesma forma, o Poder Judiciário está vinculado aos ditames constitucionais, a função jurisdicional ou de dizer o direito não consiste apenas em verificar qual a norma geral a ser aplicada no caso concreto, mas deve verificar quais normas são válidas e vigentes de acordo com o sistema jurídico existente, de modo que cabe ao juiz não apenas observar qual norma deve ser aplicada, mas, também, aferir a constitucionalidade da norma a ser utilizada, é o que se observa:

A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto. E mesmo esta determinação não tem um caráter simplesmente declarativo, mas um caráter constitutivo. O tribunal que tem de aplicar as normas gerais vigentes de uma ordem jurídica a um caso concreto precisa de decidir a questão da constitucionalidade da norma que vai aplicar, quer dizer: se ela foi produzida segundo o processo prescrito pela Constituição ou por via de costume que a mesma Constituição delegue. (KELSEN, 1998, p. 166)

E nesse ponto o Poder Judiciário acaba por tomar importante papel na concretização dos direitos fundamentais. Isto se dá, pois como salientado, os direitos constitucionalmente previstos são de observância obrigatória para os demais níveis de Poder.

Assim, o legislador ordinário deve atender aos preceitos constitucionais sobre a matéria legislando sempre dentro dos parâmetros estabelecidos constitucionalmente. O executivo, por sua vez deve cumprir as normas que lhe tenham sido impostas. Por fim, o judiciário como guardião das leis e da constituição deve agir sempre que provocado para garantir a concretização dos direitos previstos, em razão do princípio da inafastabilidade do poder jurisdicional (BULOS, 2018, p. 137).

O judiciário tem, assim, a função de pensar o particular de acordo com o que fora contido na norma geral de modo que traga concretude as normas previstas abstratamente, ou seja, com base nas normas abstratas deve decidir a questão que lhe fora posta, no entanto, vezes há que o caso apresentado não se subsumi de

forma direta a uma norma geral, nesses casos em que apenas lhe for dado o particular “para o qual ela deve encontrar o universal, então a faculdade do juízo é simplesmente reflexiva.” (KANT, 2012, p. 11).

A própria forma que se apresenta a textura do direito, muitas vezes aberta, confere aos tribunais o poder de desenvolver, no caso concreto a situação apresentada, com equilíbrio, tendo sempre em vista as circunstâncias e os interesses conflitantes que não se mostram sempre uniformes, mas variam de acordo com o caso apresentado (HART, 2007, p. 148).

Neste ponto, antes de se iniciar a análise da hermenêutica, é importante esclarecer a existência de duas visões diametralmente opostas, no que se refere a interpretação. Para a teoria mais tradicional, positivista, interpretar seria uma atividade meramente cognitiva, por outro lado, há quem entenda que o processo interpretativo consiste, inclusive, em transformar, recriar o objeto interpretado, é o que se observa:

Outro problema que se coloca em relação ao processo interpretativo diz respeito a saber em que medida interpretar equivale a construir, ou seja, até que ponto a interpretação transforma, conforma ou recria o objeto interpretado. (PEREIRA, 2018, p. 62)

Verifica-se, assim, ser função do Poder Judiciário, quando provocado, concretizar o direito até então previsto abstratamente pelo ordenamento jurídico. Por mais complexo se que mostre o ordenamento, deve ser encontrada a sua unidade. O ordenamento é composto por normas superiores e inferiores, dependendo as segundas das primeiras (BOBBIO, 1995, p. 48). No entanto, todo o ordenamento encontra-se sujeito a normas fundamentais que se encontram no topo da pirâmide normativa, ou seja, na constituição, assim, o respeito a estas normas supremas que levam a unidade do ordenamento jurídico.

Analisando de forma dinâmica o Direito, verifica-se que o estabelecimento de uma norma individual pelo judiciário representa um estágio intermediário de um processo que começa com a elaboração da Constituição, passa pela legislação infraconstitucional chegando até a decisão judicial. Este processo acaba por recriar o direito do abstrato e geral para o concreto e individual (KELSEN, 1998, p. 165).

Assim, a função do Julgador é encontrar a unidade do direito partindo das normas fundamentais até chegar ao caso concreto. Ou seja, ao interpretar determinado preceito legal deve “responder-se à questão de saber qual o conteúdo

que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial” (KELSEN, 1998, p. 245), tendo como ponto de partida a norma geral.

É antiga a discussão entre a possibilidade de crítica moral ao Direito, ou seja, o simples fato de a norma ser formalmente válida seria fato suficiente para a isentar de críticas morais? (HART, 1987, p. 32). Fato é que deve o Poder Judiciário buscar a unidade do direito, não se atendo apenas a validade formal da lei, mas deve ir além, analisando o direito de forma sistêmica, tendo sempre em vista princípios e os valores constitucionais.

Neste ponto, os princípios assumem especial relevância, para a aplicação da lei em vigor, servindo como base para aplicação das demais regras legais (RABAEI, 2018, p. 146).

Muitas vezes o encontro desta unidade não demandará maiores dificuldades interpretativas, no entanto, algumas vezes o julgador terá que se aprofundar na tarefa hermenêutica a fim de encontrar uma solução ao caso apresentado, com o devido respeito a necessária observância da unidade do sistema jurídico.

Certo é que a hermenêutica se apresenta como tema fundamental para o conhecimento, afinal, “tudo o que é apreendido e representado pelo sujeito cognoscente depende de práticas interpretativas” (SOARES, 2017, p. 18), ou seja, na medida em que a hermenêutica se torna inseparável da vida, não poderia ser diferente com o direito.

Como instrumento essencial a vida humana, também no direito interpretação tem essencial importância e vem ganhando cada vez mais relevância em sede de Direito Constitucional, especialmente nas últimas décadas (BONAVIDES, 2017, p. 611).

É por meio da interpretação que o aplicador do direito procura o real sentido da norma, fazendo com o que destinatário aprenda o real sentido desta. Neste sentido, pode-se dizer que por meio da interpretação que se encontra o alcance da norma, sempre tendo como pressuposto a boa-fé do intérprete (FERREIRA FILHO, 2015, p. 413).

Constatado o fato de que cabe primordialmente ao Poder Judiciário a tarefa de, quando provocado, interpretar a vontade da lei, bem como determinar a sua execução, faz-se necessário verificar como se dá esse processo de interpretação da

lei, uma vez que o magistrado apenas estará apto a dizer a real vontade da lei após a interpretação da mesma, como se observa:

O magistrado não pode julgar um processo sem antes interpretar as normas reguladoras da questão. Além de conhecer os fatos, precisa conhecer o Direito, ou seja, dominar a arte de revelar o sentido e o alcance das normas aplicáveis. Para que o Direito conquiste a sociedade, fazendo desta o seu reino, é mister que apresente expressões claras e inteligíveis, a fim de que os indivíduos tomem conhecimento de suas normas e as acatem, preservando-se, assim, o seu domínio, que importa no triunfo da ordem, segurança e justiça. (NADER, 2011, p. 262)

Assim, é apenas por meio da interpretação que o magistrado tem condições de descobrir o real sentido do texto jurídico. No entanto, esse processo de interpretação não é automático, razão pela qual se criou o que se convencionou chamar de métodos de interpretação, como se vê:

A interpretação visa a descobrir o sentido objetivo do texto jurídico. Mas que sentido? O que corresponde à “vontade do legislador” ou à “vontade da lei”? Ou, então, o que resulta da livre convicção do juiz? A solução dessa questão originou os chamados métodos de interpretação, dos quais o mais antigo é coetâneo com as primeiras codificações do direito civil. (GUSMÃO, 2011, p. 227)

Cabe salientar, ainda, que “por mais clara que seja uma norma, ela requer sempre interpretação” (DINIZ, 2011, p. 447). Em outras palavras, pode-se dizer que “toda norma, pelo simples fato de ser posta, é passível de interpretação.” (JUNIOR, 2007, p. 265). Portanto, sempre será necessária a interpretação da norma, uma vez que por mais clara que seja uma norma, sempre haverá termos imprecisos ou genéricos que demandam a devida atuação do intérprete.

Interpretar, nada mais é do que descobrir a real vontade da norma, conferindo significado prático e objetivo a conceitos jurídicos genéricos, deste modo:

Interpretar é descobrir o sentido e alcance da norma, procurando a significação dos conceitos jurídicos. Devido aos motivos já mencionados – vaguidade, ambiguidade do texto, imperfeição e falta de terminologia técnica, má redação – o magistrado, a todo instante, ao aplicar a norma ao caso sub judice, a interpreta, pesquisando o seu significado. Isto é assim porque a letra da norma permanece, mas seu sentido se adapta a mudanças que a evolução e o progresso operam na vida social. Interpretar é, portanto, explicar, esclarecer, dar verdadeiro significado ao vocábulo, extrair da norma tudo o que nela se contém, revelando seu sentido apropriado para a vida real e conducente a uma decisão. (DINIZ, 2011, p. 447)

Por meio da interpretação, o magistrado busca a real vontade da norma, descortinando “o significado das palavras dentro das proposições e as proposições

dentro de um texto” (SERRANO, 2017, p. 120). Por meio deste processo, ao intérprete da lei é conferida a função de buscar o real significado da norma, para que haja a sua aplicação no mundo dos fatos.

Vários são os critérios por meio dos quais é possível buscar o real sentido na norma. Inicialmente, podemos falar em interpretação autêntica e doutrinária.

Quando se trata da interpretação autêntica, um órgão oficial, dotado de tal competência, interpreta a norma expondo a solução, a partir do seu significado. Já no caso da interpretação doutrinária, aquele que não faz parte do órgão oficial responsável pela aplicação da norma produz um enunciado não vinculante, como se dá, por exemplo com um parecer jurídico ou mesmo uma opinião doutrinária, conforme se observa:

Para Kelsen, quando um órgão se pronuncia sobre o conteúdo de uma norma, por exemplo, o juiz quando determina o sentido de uma lei no processo de aplicação, produz um enunciado normativo. Como qualquer norma, esse enunciado é vinculante. Isso está na base de sua discussão da hermenêutica. Assim, a *contrario sensu*, todo ente que não é órgão, ao interpretar, ainda que diga qual deva ser o sentido de uma norma, não produzi um enunciado vinculante. Aquele dever-ser não tem, pois, caráter de norma. É o caso, por exemplo, de um parecer jurídico ou de uma opinião doutrinária exarada de num livro. (JUNIOR, 2007, p. 263)

Quanto aos métodos de interpretação da norma jurídica, diversos deles podem ser utilizados, mas destaca-se, inicialmente, os métodos de interpretação gramatical, lógica e sistemática.

No primeiro caso, como se pode deduzir, considera-se de forma preponderante a gramática na interpretação da norma, observada a forma textual. Por sua vez, a interpretação lógica lida com as palavras, atentando para o conceito contido na norma. “Tal abstração permite que seja possível substituir uma palavra por outra, mantendo-se suas regras de uso, base da sinonímia” (JUNIOR, 2007, p. 290).

Por fim, interpretação sistêmica é aquela por meio da qual se enfrentam as questões tendo como pressuposto hermenêutico a unidade do sistema jurídico. Assim, pela interpretação sistêmica não se analisa o texto jurídico isoladamente, mas como peça integrante do sistema jurídico.

Além desses métodos, podemos falar também em interpretação histórica da norma, uma vez que o direito sempre se renova a reboque das mudanças sociais verificadas. Justamente por isso, muitas vezes é necessário conhecer as razões

históricas que deram ensejo à elaboração de determinada norma para que se possa interpretá-la, é o que se observa:

Em qualquer situação, o Direito se vincula à história e o jurista que almeja um conhecimento profundo da ordem jurídica, forçosamente deverá pesquisar as raízes históricas do Direito Positivo. A Escola Histórica do Direito, concebendo o fenômeno jurídico como um produto da história, enfatizou a importância do processo histórico para o processo de interpretação. (NADER, 2011, p. 279)

Interpretação teleológica, por sua vez, é aquela que leva em consideração “o estudo dos fins colimados pela lei” (NADER, 2011, p. 279), ou seja, pela interpretação teleológica o intérprete busca o “espírito” da lei, não se prendendo apenas à literalidade do texto escrito. Portanto, vai além, em busca do real objetivo da lei.

Ainda existem vários outros métodos possíveis de interpretação e, entre eles, incluem-se as interpretações restritiva e extensiva, essa última também conhecida como ampliativa. No entanto, é fundamental esclarecer que interpretar não se confunde com criar o direito. O juiz, como intérprete da lei que é, tem a atribuição e o dever de interpretar o direito posto, mas não de criar normas legais.

Com o fim de dar concretude ao direito, assim, deve o magistrado, se valendo dos métodos disponíveis interpretar o direito, buscando o verdadeiro espírito da lei. Afinal, por mais clara que possa parecer uma norma jurídica, esta sempre demandará interpretação (DINIZ, 2011, p. 447).

Desta forma, a função do intérprete diante do caso concreto é, com base nos métodos e critérios existentes, encontrar a unidade do direito, ou seja, subsumir o caso apresentando às normas gerais e abstratas. Na maioria das vezes tal compatibilização se dará sem maiores problemas, tendo em vista as regras existentes, como se observa:

O critério cronológico serve quando duas normas incompatíveis são sucessivas; o critério hierárquico serve quando duas normas incompatíveis estão em nível diverso; o critério da especialidade serve no choque de uma norma geral com uma norma especial. (BOBBIO, 1995, p. 97)

No entanto, situações há em que a interpretação não poderá se valer de apenas uma regra clara, o que culminará, nos dizeres de Dworkin na teoria dos casos difíceis, como afirma a seguir:

O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o “poder discricionário” para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal ideia não passa de uma ficção. (DWORKIN, 2002, p. 127)

Nestes casos, com base no direito positivo existente, a questão central é determinar qual a melhor decisão a ser tomada no caso concreto. Nestas situações, onde questões axiológicas encontram-se em aberto pelo sistema normativo vigente, a resposta a tais questões acabam por implicar na valoração dada a situação por quem a responde (ALEXY, 2008, p. 36).

Da mesma forma, há situações em que se estará diante de aparentes antinomias dentro do ordenamento jurídico. Neste sentido, “antinomia significa o encontro de duas posições incompatíveis, que não podem ser ambas verdadeiras” (BOBBIO, 1995, p. 91), cabendo neste caso ao intérprete eliminá-las.

Observa-se, assim, ser função do judiciário interpretar as normas, mesmo que possa haver uma aparente antinomia entre as mesmas, de modo a, sempre que provocado concretizar dos direitos previstos na constituição. Tal função, fará com que este muitas vezes seja foco de tensão, assim:

Pode-se dizer, nesse sentido, que no Estado Liberal, o centro da decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. (STRECK, 2011, p. 63)

Pelo até aqui analisado, resta claro que a constituição encontra-se no topo da pirâmide normativa de um ordenamento jurídico (KELSEN, 1998, p. 161), irradiando efeitos para todo o sistema, de modo que as normas inferiores guardem respeito às normas superiores (BOBBIO, 1995, p. 48). Além disso, tem-se tornado cada vez mais relevante a interpretação constitucional nas últimas décadas (BONAVIDES, 2017, p. 611), com fim de se garantir o respeito aos preceitos constitucionais bem como a sua máxima efetividade.

Ademais, não se pode olvidar que o direito não pode se isolar do ambiente que se encontra inserido. Desta forma, transformações sociais ocorrem e nem sempre o legislador se vê capaz de incorporá-las ao mundo jurídico. Por estas razões, é importante e imprescindível a atuação do Poder Judiciário de modo a

solucionar inclusive questões não previstas pelo legislador. Afinal, a “jurisprudência constitui, ela própria, um fator do processo de desenvolvimento geral” (MAXIMILIANO, 2017, p. 143). Assim, a hermenêutica exerce necessário papel no intuito de conferir efetividade jurídica aos fatos da vida.

No entanto, questionamentos surgem e se tornam frequentes quanto aos limites do Poder Judiciário na seara da interpretação constitucional, é o que se observa:

A primeira delas diz respeito ao papel atribuído ao Poder Judiciário no quadro da divisão funcional de poder. Trata-se de saber se os juízes – e, mais especificamente, as Cortes Supremas – devem ter um papel ativo ou passivo no processo de produção normativa, o qual é ultimado pela ação concretizadora que estes exercem. Em outras palavras, discute-se se os juízes devem adotar uma postura ativista ou autorrestritiva em sua atividade hermenêutica (PEREIRA, 2018).

Não se questiona o fundamental papel desempenhado pelo Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais. Da mesma forma, não se busca limitar a necessária atividade de interpretação das normas, por parte do julgador. No entanto, discussões, devem ser feitas sobre os limites desta atividade interpretativa.

Desta forma, nos próximos itens do presente capítulo serão abordados o ativismo judicial e a segurança jurídica, no intuito de se buscar um equilíbrio entre a concretização da Constituição pelo Poder Judiciário e a necessária segurança jurídica que o sistema jurídico vigente demanda.

3.2. O Ativismo Judicial

O Estado moderno tem como uma de suas características essenciais a separação dos poderes, sendo cada um deles responsável, precipuamente, por diferentes funções. Cabe, como regra, ao Poder Legislativo, a elaboração das leis; ao Poder Executivo, a administração do estado com respeito às normas postas pelo legislador, e ao Poder Judiciário, quando demandado, interpretar e determinar a execução das leis.

Como bem pode ser destacado, “nenhum princípio de nosso constitucionalismo excede em ancianidade e solidez o princípio da separação de poderes.” (BONAVIDES, 2017, p. 567). Desta forma, observa-se que nossa constituição, de forma expressa em seu art. 2º, consagra o princípio da separação dos poderes, como se observa de sua literalidade: “São Poderes da União,

independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (BRASIL, 1988)

Ademais, cabe destacar que a separação de poderes, um princípio secular, encontra sua noção embrionária “em Aristóteles, que considera injusto e perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder” (DALLARI, 2011, p. 215).

No entanto, foi mais modernamente, já no século XVII, que John Locke, baseando no Estado inglês de seu tempo, sistematizou o princípio de forma mais similar à que hoje é observada, concentrando, contudo, todos os poderes do estado nas mãos do rei e do parlamento (DALLARI, 2011, p. 216), não havendo, portanto, ainda, a ideia do Poder Judiciário, que veio a surgir um pouco mais adiante, com Montesquieu, apesar de este ainda não usar esta designação (CARVALHO, 2009, p. 174).

Desta forma, o que se observa é que o filósofo e escritor francês, Montesquieu, no século XVIII, tendo como inspiração o trabalho de John Locke, elaborou a obra “Do Espírito das Leis”, no ano de 1748, fazendo surgir, assim, a atual noção de separação de poderes, com o reconhecimento de três poderes, quais sejam o legislativo, o executivo e o judiciário (BONAVIDES, 2000, p. 176).

Desde então, têm-se sedimentada a ideia de que a cada um dos poderes correspondem determinadas funções. Ao legislativo caberia a elaboração de normas impessoais e abstratas, ao executivo competiria a execução das normas abstratas elaboradas pelo legislativo, bem como a execução das políticas públicas.

Não se pode esquecer, ainda, que foi o próprio Montesquieu um dos responsáveis pela criação das técnicas de equilíbrios entre os poderes, ou pesos e contrapesos, também chamada de *checks and balances*, (CARVALHO, 2009, p. 175), por meio da qual se reconhece a possibilidade de que um poder exerça atividades atípicas de controle, a fim de evitar que qualquer dos poderes se sobreponha aos demais.

Portanto, o que se observa é que, desde o século XVIII, já se tem como sedimentado que a atribuição de fazer o direito, por meio de elaboração de normas jurídicas, é do Poder Legislativo, cabendo ao Poder Judiciário, quando demandado, a interpretação de norma legal previamente existente.

A Constituição brasileira, como não poderia deixar de ser, consagrou logo no artigo 2º o princípio da separação dos poderes, como se observa de sua literalidade:

“São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (BRASIL, 1988).

Tem-se, assim, a existência de três poderes independentes e harmônicos, cada um com suas devidas atribuições. Ao Poder Legislativo dá-se a responsabilidade primordial de elaboração das leis; ao Poder Executivo cabe a execução das leis e ao Poder Judiciário, quando chamado, interpretar as leis.

Desta forma, seguindo teoria já consolidada em sede de separação de poderes, a cada um dos poderes caberá uma função preponderante, sendo da competência do legislativo criar normas jurídicas gerais e abstratas, enquanto ao Poder Judiciário cabe interpretá-las, determinando a sua execução.

No entanto, modernamente, tal premissa vem cada vez mais sendo colocada em xeque. Não se questiona a atribuição do Poder Judiciário de interpretar e determinar a execução do direito. No entanto, cada vez mais o Poder Judiciário tem alargado o seu campo de atuação. Em paralelo, diversas correntes ideológicas têm surgido, alterando cada vez mais paradigmas até então absolutos.

O que se observa é que é função primordial do Poder Judiciário interpretar e determinar a execução das leis, comandos abstratos e impessoais elaborados pelo poder competente. Tendo como base a teoria positivista, predominou por muito tempo a ideia de que apenas a lei seria fonte do direito, cabendo ao magistrado tão somente a sua interpretação.

Neste sentido:

A doutrina jus positivista das fontes é baseada no princípio da prevalência de uma determinada fonte do direito (a lei) sobre todas as outras. Para que tal situação seja possível são necessárias duas condições: que num dado ordenamento jurídico existam várias fontes e que essas fontes não estejam no mesmo plano. (BOBBIO, 1996, p. 162)

Assim, para tais teorias tradicionais, ao juiz, intérprete da lei, caberia apenas e tão somente interpretar o texto legal. No entanto, tem-se observado uma tendência de “superação do positivismo exegético e da velha “aplicação” do direito por meio da regra de subsunção” (LIMBERGER e NOGUEIRA, 2017, p. 275). Neste sentido, cabe registrar que, na realidade, surgem novas concepções jurídicas que, deixando de lado a tradicional e exclusiva subsunção do fato a norma, como forma de interpretação e aplicação do direito, passam a conferir um maior poder integrativo ou mesmo criativo ao julgador de modo a dar efetivo cumprimento a direitos e garantias constitucionalmente previstos.

O neoconstitucionalismo e o ativismo judicial, entre outras linhas do direito, vêm alterando a noção até então dominante de competir ao Poder Judiciário apenas e tão somente a interpretação do texto seco da lei. Há quem defenda, inclusive, na atualidade a noção de um constitucionalismo global (PETERS, 2018, p. 3).

Assim, fala-se em um verdadeiro pós-positivismo de modo que deixa-se de seguir apenas a letra seca e fria da lei, conferindo-se especial importância aos princípios, a moral e a técnicas de ponderação de interesses (SCHIER, 2003, p. 149).

No entanto, é importante observar até que ponto tais correntes legitimam-se por meio de importantes instrumentos utilizados na busca do bem comum e até que ponto violam o texto positivo e a atribuição democraticamente conferida a cada um dos poderes.

Assim, o que se observa é que o ativismo judicial se apresenta como uma consequência da corrente neoconstitucionalista, que traz consigo uma nova ideia de interpretação constitucional (BASTOS e KRELL, 2017, p. 209).

Neste sentido, cada vez mais teorias neoconstitucionalistas tem sido utilizadas como fundamento para a concretização da constituição, é o que se constata:

A efetivação da Constituição é o desafio do direito pós-moderno. O neoconstitucionalismo é a passagem do teórico, do abstrato para o concreto. A normatividade, superioridade e centralidade da Constituição devem ser observadas na aplicação do caso concreto. A natureza da Constituição evolui de instrumento político para meio jurídico, surgindo conseqüentemente sua imperatividade. (SIQUEIRA JR, 2017, p. 137)

Barroso, por sua vez, ao tratar sobre o neoconstitucionalismo, assim expõe:

O termo identifica, em linhas gerais, o constitucionalismo democrático do pós-guerra, desenvolvido em uma cultura filosófica pós-positivista, marcado pela força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova hermenêutica. Dentro dessas balizas gerais, existem múltiplas vertentes neoconstitucionalistas. (BARROSO, 2018, p. 305)

O discurso neoconstitucional tem como ponto fundamental a importância dada aos princípios, sendo estes vetores para toda a interpretação do sistema. Da mesma forma, defende que a decisão judicial não pode ser apenas o resultado lógico de fatores jurídicos previamente estipulados. Assim, a decisão dependeria também, da análise de valores adicionais (ALEXY, 2008, p. 49).

Sobre a importância dos princípios para os neoconstitucionalistas cumpre citar:

Uma das características que assumiu, parte do discurso neoconstitucional se deu através da introdução de uma concepção principiológica que estabeleceu uma diferença peculiar entre princípios e regras. Esta abordagem de princípios, adotada na matriz neoconstitucional, foi antecipada pela concepção do direito como integridade proposta por Ronald Dworkin, que pode ser considerada como sua primeira formalização nos moldes como hoje é conhecida. (CADEMARTORI e DUARTE, 2009, p. 2)

Nota-se, assim, uma evolução do constitucionalismo clássico, sendo um dos objetivos do neoconstitucionalismo a concretização de direitos fundamentais. Assim, há uma transferência de poderes aos juízes que, ao interpretar a constituição passam a “atuar como legislador negativo e, não raras vezes, como legislador positivo” (BARBOSA e TEIXEIRA, 2017, p. 1122), a fim de garantir máxima efetividade a constituição e aos direitos fundamentais nela previstos.

Parte-se, portanto, de uma aplicação da própria constituição sobre a legislação ordinária, na medida em que tanto as regras constitucionais, quanto os princípios seriam dotados de normatividade, é o que se vê:

Assim, mais do que limitar o poder (constitucionalismo clássico), o caráter ideológico do neoconstitucionalismo seria o de concretizar os direitos fundamentais, partindo-se de uma aplicação direta das normas constitucionais sempre que necessário, posto que suas regras e princípios são dotadas de normatividade. (LIMBERGER e NOGUEIRA, 2017, p. 276)

Pode-se depreender, portanto, que essas novas ideias objetivam superar a tradicional noção de que o constitucionalismo estaria ligado apenas à limitação do poder estatal e político, como forma de garantir as liberdades individuais. Indo além, essa nova forma de enxergar a realidade busca a obtenção da verdadeira eficácia da Constituição (SIQUEIRA JR, 2017, p. 137), o que, em última análise, conferiria um caráter mais efetivo às normas constitucionais, especialmente quando se trate da realização dos direitos fundamentais.

Desta forma, tem-se um certo alargamento do poder de interpretação do juiz que, em um primeiro momento, deveria, dentro de uma visão exclusivamente positivista, proceder à subsunção do fato à norma, sem qualquer margem subjetivista. Essa tese, para a qual os princípios tem relevante papel (DWORKIN, 2002, p. 183), como detentores de carga normativa, acaba por levar a um alargamento da margem interpretativa do magistrado e vem sendo cada vez mais acolhida.

A partir da ideia traçada, onde se verifica uma crescente proatividade do Poder Judiciário, esse passa a ter maior atuação em busca da efetiva concretização de direitos previstos de forma abstratamente pela norma constitucional, tem se tornado cada vez mais frequente o ativismo judicial, que pode ser entendido como um verdadeiro papel criativo dos tribunais, que, por meio de uma hermenêutica expansiva, busca a concretização de determinado valor constitucional.

A expressão ativismo judicial surgiu nos Estados Unidos, quando a Suprema Corte Norte Americana, especialmente nos anos entre 1954 e 1969, época em que se encontrava sob a presidência de Earl Warren, passou a atuar de forma progressista no que se refere a direitos fundamentais (BARROSO, 2018, p. 446).

Dworkin, ao autorizar que o seu juiz idealizado, Hércules, crie o direito (DWORKIN, 2002, p. 183) , com base em um esquema de princípios abstratos de modo que o direito seja aplicado em sua integridade acaba por autorizar a prática ativista.

Habermas, ao tratar da jurisprudência constitucional e, de certa forma do ativismo judicial, assim dispôs:

A controvérsia dos constitucionalistas americanos em relação à legitimidade da jurisprudência constitucional segue mais na linha politológica do que na da metodologia do direito. No discurso sobre a divisão de trabalho entre tribunal constitucional e legislador democrático, os espíritos se dividem principalmente na avaliação do processo legislativo e na questão da racionalidade que a constituição atribui a esse processo, a qual pode ser formulada da seguinte maneira: em que deve consistir essa racionalidade em geral? (HABERMAS, 1997, p. 330)

Ao defender a legitimidade da jurisdição constitucional, Siqueira Júnior preleciona:

A legitimidade da jurisdição constitucional encontra-se no Poder Constituinte Originário, que estabeleceu a competência do Poder Judiciário para controlar os outros poderes do Estado. O alicerce da Justiça Constitucional é a vontade popular oriunda do Poder Constituinte. A legitimidade do processo e conseqüentemente do processo constitucional surge do respeito das garantias constitucionais esculpidas na nossa Carta Política. (SIQUEIRA JR, 2017, p. 65)

O ativismo judicial é, portanto, uma escolha, uma atitude proativa do Poder Judiciário ao interpretar os ditames constitucionais, conferindo maior alcance aos seus preceitos. Normalmente o ativismo se mostra mais frequente quando se verifica uma retração do Poder Legislativo caracterizado por “descolamento entre a classe

política e a sociedade civil” (RAMOS, 2015, p. 32), acarretando com que demandas sociais cujos preceitos são previstos constitucionalmente não sejam atendidas.

Luís Roberto Barroso, por sua vez, explicita que a ideia de ativismo judicial consiste, em verdade, em uma participação do Estado juiz, de forma mais presente e efetiva, com o fim de concretizar direitos previstos pelas normas constitucionais vigentes (BARROSO, 2018, p. 324).

Ressalta-se que, nesses casos, o tribunal é chamado para, através de sua decisão, criar uma norma que, em algumas situações, pode ser até mesmo geral, é o que se observa:

Um tribunal, especialmente um tribunal de última instância, pode receber competência para criar, através da sua decisão, não só uma norma individual, apenas vinculante para o caso sub judice, mas também normas gerais. Isto é assim quando a decisão judicial cria o chamado precedente judicial, quer dizer: quando a decisão judicial do caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos. Uma decisão judicial pode ter um tal caráter de precedente quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada, quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, ou quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação. (KELSEN, 1998, p. 174)

Com o ativismo judicial, não se nega ser atribuição precípua dos juízes aplicar o direito criado ordinariamente pelo Poder Legislativo. Esta é a regra, no entanto, se reconhece que muitas vezes as leis demandam prévia interpretação para serem utilizadas. Além do mais, casos há em que as regras existentes não são aptas a solucionar as novas demandas levadas a juízo (DWORKIN, 2002, p. 128). Nestes casos, os juízes poderiam ou mesmo deveriam criar o direito, como forma de satisfação dos princípios objetivados pela constituição.

É importante, contudo, diferenciar ativismo judicial e judicialização da política. O ativismo, como demonstrado é uma atitude proativa do Poder Judiciário da concretização de direitos, que deixa de tão somente aplicar o direito posto. Judicialização, por sua vez é um fato que consiste na transferência de parcela do poder político para o Poder Judiciário, como conceituado a seguir:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o Direito no mundo romano-germânico. (BARROSO, 2018, p. 443)

A partir do exposto, é possível afirmar que o ativismo judicial se materializa, basicamente, de três formas, ou seja, a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente previstas no seu texto, a utilização de critérios menos rígidos para a declaração de inconstitucionalidade e a imposição ou determinação de abstenção do Poder Público em matérias relativas a políticas públicas (GALVÃO, 2014, p. 64).

Não se questiona o ativismo judicial ou mesmo sua relevância para a concretização de direitos fundamentais, no entanto, é importante ter em mente a necessidade de que sua utilização seja “limitada às hipóteses em que o sistema jurídico não tenha sido capaz de oferecer a solução” (BARROSO, 2009, p. 364).

É inquestionável a importância das técnicas e ferramentas trazidas pelas correntes neoconstitucionalistas. Trata-se, assim, o ativismo judicial importante atitude desempenhada pelo Poder Judiciário na busca pela efetiva concretização da constituição. No entanto, é necessário temperamento na utilização de tais ferramentas, uma vez que sua utilização de forma exacerbada acaba colocando em risco a própria noção de Estado Democrático de Direito (GALVÃO, 2014, p. 46).

Uma vez apresentado o instituto do ativismo judicial, bem como a sua importância, será analisado no próximo item a necessidade de temperamento na utilização deste, inclusive como forma de resguardar princípios outros, como o da segurança jurídica.

3.3 Da Segurança Jurídica

A vida sociedade, especialmente na sociedade moderna, onde convivem e se relacionam um enorme grupo de pessoas, cada qual com seus princípios, valores e crenças necessita de regras de conduta para viabilizar a coexistência pacífica na sociedade. Assim, o que se observa é que as regras gerais e os princípios se mostram como o principal meio de controle social (HART, 2007, p. 137).

A existência de regras e princípios se apresentam como importante alicerce no qual se fundamenta não apenas o ordenamento jurídico, mas também a sociedade.

É certo que o direito deve ser interpretado em sua integralidade, ou seja, não se nega ou se questiona a fundamental importância das correntes

neoconstitucionalistas, ou mesmo a realidade que é o ativismo judicial na atualidade. No entanto, é necessário a devida ponderação de modo que importantes inovações não sejam utilizadas de forma desarrazoada, colocando em risco princípios constitucionais de extrema importância, como o da separação dos poderes ou mesmo o da segurança jurídica.

A utilização ao extremo de tais técnicas pode, como temem alguns (GALVÃO, 2014, p. 46) levar a um verdadeiro enfraquecimento do conceito de Estado Democrático de Direito e, inclusive da segurança jurídica, afinal, se os intérpretes puderem constantemente com base em princípios ou outros conceitos abertos, regular as condutas dos cidadãos e da sociedade, estes estarão sempre sujeitos a interpretações subjetivas, não havendo a segurança da norma aplicável em cada situação, é o que se observa:

Ocorre que, levadas ao extremo, essas teses aniquilam a ideia de Estado de Direito. Se a constitucionalidade das normas for constantemente questionada pelos intérpretes – utilizando-se princípios como parâmetro e ponderação como técnica – elas perderão sua capacidade de guiar as condutas dos indivíduos, além de dar ensejo a uma atuação mais subjetiva por parte dos agentes públicos. Explica-se: ao se constatar que os princípios constitucionais se irradiam por todo o ordenamento jurídico, torna-se possível argumentar, em qualquer caso, por mais ordinário que seja, a favor do resultado que se considera o mais correto, uma vez que o texto fundamental alberga uma infinidade de valores contraditórios em sua essência. (GALVÃO, 2014, p. 46)

A Democracia e o constitucionalismo não devem ser interpretados como conceitos antagônicos. O que se observa é que ambos os conceitos devem se completar e se apoiar de forma mútua. Tais princípios se somam se destinando, “em última análise, a promover justiça, segurança jurídica e bem-estar social” (BARROSO, 2018, p. 117). Assim, o que se deve buscar é um equilíbrio entre ambos.

É certo que o ordenamento jurídico não é formado apenas por normas legais, mas também por princípios, (DWORKIN, 2002, p. 8). No entanto, é necessário ponderar até que ponto a valoração de princípios pode ser ferramenta válida para a alteração de normas legais sem o prévio processo legislativo sem que isto venha a violar princípios basilares do sistema jurídico vigente.

Ademais, é necessário ponderar que mesmo que se confira maior força aos princípios que as leis, é a segurança jurídica um princípio constitucional, sendo necessária sua observância. Até porque, o conceito de segurança jurídica encontra-

se intimamente ligado a ideologia política de um Estado em que se busca a paz social, como o brasileiro (DALLEFI, 2016, p. 56).

Apesar de não constar de forma expressa no rol dos direitos e garantias fundamentais, previstos nos incisos do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, a segurança jurídica pode ser considerado com um princípio basilar de um Estado democrático de direito (VASCONCELOS e BRAGA, 2016, p. 405) , até porque encontra-se implícito na Constituição, especialmente no seu artigo 5º inciso XXXVI.

Assim, não há dúvida em se dizer que o “Estado contemporâneo consagra o princípio da segurança jurídica” (REMEDIO e AGUIAR, 2017, p. 5). De modo que a ideia de Estado Democrático de Direito está umbilicalmente ligada a noção de respeito às regras do jogo, previamente estipuladas que, em última análise, corresponde à segurança jurídica.

Há inclusive quem questione o fato de ser a segurança jurídica um pilar do Estado Democrático de Direito ou se, por outro lado, seria o Estado de Direito um pilar da segurança jurídica (NEVES, 2016, p. 103). Seja a interpretação que se dê, fato é que segurança jurídica caminha junto a ideia de Estado Democrático de Direito.

É condição fundamental de uma ordem jurídica justa de um Estado que possa se chamar de direito a observância dos “requisitos da democracia e da segurança jurídica” (KELSEN, 1998, p. 219). Constituindo a segurança jurídica um elemento da ordem jurídica, que visa evitar que as pessoas sejam surpreendidas por modificações abruptas do direito positivo.

A inobservância de regras precisas e claras, ou mesmo a existência de princípios conflitantes é algo que deve ser evitado, sob pena de levar a um “sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema” (SIQUEIRA JR, 2017, p. 100)

O que se observa é que, mais uma vez a discussão se dá no âmbito de saber até que ponto o magistrado ao decidir pode criar o direito.

Na realidade, a dissensão entre o jus positivismo e seus adversários começa propriamente quando se trata de precisar a natureza cognoscitiva da jurisprudência. Para o primeiro, esta consiste numa atividade meramente declaratória ou reprodutiva de um direito preexistente, isto é, no conhecimento puramente passivo e contemplativo de um objeto já dado; para os segundos, a natureza cognoscitiva consiste numa atividade que é também criativa ou produtiva de um novo direito, ou seja, no conhecimento

ativo de um objeto que o próprio sujeito cognoscente contribui para produzir. (BOBBIO, 1996, p. 211)

Kelsen, ao tratar do tema, se manifesta no sentido de que um tribunal de última instância, ou seja, no caso Brasileiro o Supremo Tribunal Federal pode ser competente para através de decisão judicial criar inclusive normas gerais, é o que se observa:

Um tribunal, especialmente um tribunal de última instância, pode receber competência para criar, através da sua decisão, não só uma norma individual, apenas vinculante para o caso sub judice, mas também normas gerais. Isto é assim quando a decisão judicial cria o chamado precedente judicial, quer dizer: quando a decisão judicial do caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos. Uma decisão judicial pode ter um tal caráter de precedente quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada, quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, ou quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação. No primeiro caso, o tribunal cria, com a sua decisão dotada de força de precedente, Direito material novo; no segundo caso, a interpretação contida na decisão assume o caráter de uma norma geral. (KELSEN, 1998, p. 174)

Ao analisar o tema, por sua vez, Dworkin (2002, p.128) defende que, em alguns casos devem os juízes criar o direito, seja em razão da existência de normas muitas vezes vagas, seja mesmo pelas demandas trazidas ao judiciário que muitas vezes ainda não contam com solução adequada prevista na legislação.

Como observado, é certo que em situações específicas e determinadas é admissível e até mesmo recomendável que o Poder Judiciário possa se utilizar de princípios previstos na Constituição para decidir e, até mesmo, em certos casos possa criar o direito (KELSEN, 1998, p. 174).

No entanto, é necessário ter em mente que a despeito de constar na Constituição de 1988 a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis “não parece significar que ela tenha outorgado aos juízes o poder de julgar o legislador” (GALVÃO, 2014, p. 45). Assim, como regra, deve prevalecer o direito formalmente estabelecido, legislado, de modo que o indivíduo tenha um parâmetro previamente estipulado legalmente a seguir.

Ou seja, é necessário ter em mente que por mais nobre que possa ser, na maioria das vezes, a interferência do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade de leis esta deve se dar em caráter excepcional, deve ser a exceção, e não a regra, assim, “inexistindo clausula constitucional claramente

violada, não há que se falar em controle das opções legislativas” (GALVÃO, 2014, p. 45).

A sociedade deve se pautar pelas normas estabelecidas por meio do devido processo legislativo, seja em obediência ao princípio da separação dos poderes (BONAVIDES, 2017, p. 567), seja pela necessidade de previsibilidade das normas a serem cumpridas, normas estas que devem ser elaboradas previamente pelo Poder constitucionalmente incumbido de tal função.

Como constatado, o princípio da segurança jurídica determina que as pessoas não sejam cotidianamente surpreendidas por modificações abruptas no direito. Não se nega aqui a plasticidade do ordenamento jurídico, que decorre, dentre outros fatores, da alteração e evolução das relações sociais ou mesmo desse novo paradigma vivenciado pelo direito, de natureza principiológica. No entanto, é necessária constante ponderação e mesmo da utilização de conceitos outros, como o da proporcionalidade, a fim de evitar que essa nova postura adotada pelo Poder Judiciário possa ensejar insegurança jurídica na sociedade. (NASCIMENTO JÚNIOR e CARNEIRO, 2017, p. 84)

No entanto, a despeito de se reconhecer a existência da constante evolução da sociedade e, portanto, das normas jurídicas e a interpretação dada às mesmas pelos tribunais, o que não apenas é necessário, mas também saudável, essa elasticidade não pode ser desmedida, de modo que possa vir a lesionar outros princípios básicos, como o da segurança jurídica.

Desta forma, é importante ter em mente a necessidade de compatibilização (COSTA, 2014, p. 170) da elasticidade e, de certa forma, pode-se dizer, até volatilidade do direito, o que decorre da natural e salutar evolução das relações sociais. Relações essas que, invariavelmente, vão refletir no direito, trazendo a necessidade de se garantir uma previsibilidade mínima das normas jurídicas e sua aplicação dada pelos tribunais, o que vai influir na paz social, um dos princípios fundamentais da formação do Estado.

É possível dizer, de certa forma, que a segurança jurídica decorre da própria ideia de legalidade. Discorrendo sobre o princípio da legalidade, Di Pietro aduz:

Este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isso porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação

administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade. (DI_PIETRO, 2018, p. 91)

O princípio da legalidade estabelece a garantia a direitos individuais, na medida em que o cidadão passa a ter previsibilidade das normas que serão aplicadas a cada situação. O princípio da legalidade encontra-se positivado por nossa carta constitucional, logo no art. 5º, inciso II, que estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

Ademais, o constituinte, ao estabelecer as normas gerais aplicáveis à administração pública, dispõe, logo no caput do art. 37 da Constituição Federal, que a administração pública obedecerá, obrigatoriamente, dentro outros, o princípio da legalidade.

Desta forma, o que se observa é que, por meio do princípio da legalidade, o indivíduo passa a ter a garantia de não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer nada, senão em virtude da lei. Daí surge a previsibilidade, que consiste na possibilidade de o indivíduo antever qual a consequência legal advinda de cada conduta que eventualmente venha a ser praticada.

Em outras palavras, o que se observa é que com a aplicação do princípio da legalidade o cidadão passa a ter condições de, previamente a realização de determinada conduta, antever as possíveis consequências jurídicas daí advindas (COSTA, 2014, p. 169), fazendo surgir num primeiro momento a previsibilidade e, como decorrência, a segurança jurídica.

O que se pretende demonstrar é que apenas com a devida observância ao princípio da legalidade é que se tem como alcançar a segurança jurídica, pois se em toda e qualquer situação, tiver o Poder Judiciário a possibilidade de se voltar contra o direito legislado, modificando as normas previamente estabelecidas ter-se-á um verdadeiro caos, na medida em que tende-se a se instalar uma verdadeira insegurança, como se observa:

Hércules virou Zeus. Razoabilidade, proporcionalidade, constitucionalização do Direito, eficácia horizontal dos direitos fundamentais, derrotabilidade das normas jurídicas, força normativa da Constituição, sobreinterpretação constitucional, filtragem constitucional etc., são todas expressões que possuem em comum o fato de conferirem aos juízes um maior poder de interferência na realidade social. Normas e regras jurídicas fazem parte de um vocabulário antiquado. Fala-se agora em princípios, valores, fins, standards, conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais, enfim, toda matéria-prima que confere maior margem à manipulação dos resultados por parte dos intérpretes. (GALVÃO, 2014, p. 308)

Assim, tem-se no princípio da legalidade, que se encontra devidamente positivado pela Constituição, o ponto inicial e basilar da segurança jurídica. No entanto, ao se falar de segurança jurídica, não basta a necessidade de lei formal para que se possa exigir alguma ação ou abstenção do indivíduo. De fato, o princípio da legalidade é o ponto de partida fundamental para que se possa falar em segurança jurídica, dado que apenas a legalidade não basta.

Além da necessidade de existência de lei formal que estabeleça determinada conduta ou abstenção é preciso, também, que o indivíduo tenha garantia mínima de que a interpretação da norma jurídica não será casuisticamente alterada, com base em princípios ou mesmo que o órgão constitucionalmente responsável por interpretar e fazer cumprir o direito não irá sobrepor-se ao legislador. Afinal, é importante ter em mente que é função do Poder Judiciário o controle das leis e até mesmo de políticas públicas, mas não sua elaboração (SIQUEIRA JR, 2017, p. 74).

Apenas o conhecimento antecipado da norma, bem como a interpretação que a ela será dada pelos órgãos constitucionalmente incumbidos de tal mister, possibilitará que o indivíduo planeje suas condutas, ciente das consequências a que está sujeito (CARREIRA, 2013, p. 35). Não se busca, com isso, engessar as relações sociais; o que se objetiva é tão somente possibilitar que os indivíduos possam formar expectativas a respeito das condutas que venham a ser praticadas.

A noção de segurança jurídica, como já frisado, nasce com o princípio da legalidade, mas com este não se confunde, uma vez que vai além. Não basta a necessidade da existência de leis formais para que seja possível exigir determinada conduta do jurisdicionado. É necessário, ainda, que haja a mínima previsibilidade quanto a forma de interpretação e aplicação de tais leis pelos órgãos competentes, sob pena de não se ter atingida a segurança jurídica necessária à pacificação social e estabilização das relações existentes na sociedade. Neste sentido:

... a sociedade necessita ver aplicados os exatos contornos das leis ou normas de conduta que elegeu, caso contrário, não teria “segurança” quanto à sequência dos fatos e de seu próprio projeto evolutivo, posto que estaria submetida ao arbítrio dos investidos na função de decidir ou de interferir no processo decisório - quando instaurado este. Noutras palavras, definidas as regras de convivência social, devem elas ser observadas sob pena do estabelecimento de uma crise, revelável sob a forma de episódica instabilidade decorrente da insegurança nas relações jurídicas e suas inimagináveis consequências, hipótese em que o caos pode ser o limite. (BARBOSA, 2001, p. 280)

Assim, a segurança jurídica apresenta-se como fundamental instituto voltado para a estabilidade das relações jurídicas, o que, em última análise, demonstra-se como de especial importância para a pacificação social, objetivo precípua do Estado de direito.

Demonstrando a importância da segurança jurídica como fator de concretização da sociedade pretendida pela atual Constituição Federal, pode-se citar:

Nesse sentido, a segurança jurídica não pode ser apenas formal, apresentada como relativa previsibilidade do direito associada com a rápida solução dos conflitos, mas também substancial, ou seja, representar a legítima expectativa de que o poder judiciário não se furtará à análise de lesão ou ameaça a direito bem como de que este acompanhará a evolução social e histórica na compreensão desses direitos, atuando de modo a contribuir para a concretização do projeto de sociedade definido na Constituição Federal. (VASCONCELOS e BRAGA, 2016, p. 416)

Para que se possa, de fato, falar em Estado de Direito é necessária a existência e observância da segurança jurídica. Afinal, apenas a estabilidade que deriva, em um primeiro momento da legalidade e, num segundo momento da segurança jurídica, possibilitará que estejamos em um verdadeiro Estado de Direito e não num Estado Provisório (CARREIRA, 2013, p. 35).

Tem-se, assim, a relevância do princípio da segurança jurídica, que em verdadeiro complemento ao princípio da legalidade, mostra-se como de fundamental importância para o atingimento dos fins dispostos na Constituição Federal. Tal princípio pode ser analisado tanto em seu aspecto objetivo, que se refere à estabilidade das situações, como em seu aspecto subjetivo, que se relaciona à verdadeira previsibilidade, como se observa:

Portanto, para compreendermos o princípio da segurança jurídica é necessário analisá-lo tanto sob o aspecto da estabilidade (objetivo), como sob o aspecto da previsibilidade (subjetivo). Sob a ótica desses dois vetores é possível extrair algumas regras constitucionais que dão concretude ao princípio da segurança jurídica, como, por exemplo, os princípios da legalidade, da boa-fé objetiva e da proteção da confiança e da irretroatividade das leis. (CARREIRA, 2013, p. 35)

É certo que, a despeito de o Constituinte não ter disposto expressamente sobre o princípio da segurança jurídica, acabou por resguardá-lo, mesmo que de forma indireta, uma vez que a disposição do art. 5º, inciso XXXVI, estabelece que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, o que,

em última análise, significa garantir o respeito e a observância à segurança jurídica (ALMEIDA e BRITO, 2010, p. 192).

Por todo o exposto, verifica-se o quão relevante se mostra o princípio da segurança jurídica, cuja observância afigura-se de grande importância para a pacificação social e a estabilização das relações jurídicas da sociedade. Quando se fala em segurança jurídica em contraposição ao ativismo judicial, o que se propõe não é a supressão de um em favor do outro, mas a necessidade de limites, uma vez que toda manifestação estatal que se dê sem a devida limitação tende a se mostrar arbitrária (NASCIMENTO, jul. 2017, p. 334)

Destaca-se, ainda, que o reconhecimento de outros direitos também previstos constitucionalmente não pode ser justificativa suficiente para violar ou mesmo suprimir o princípio da segurança jurídica. Afinal, um dos objetivos superiores da legislação é a observância da segurança jurídica (MAXIMILIANO, 2017, p. 112).

Assim, deve sempre o intérprete, valendo-se do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, optar pela interpretação que confira a maior efetividade social à norma, sem, contudo, se esquecer de princípios outros como o da segurança jurídica.

Justamente por isso, instrumentos outros vêm sendo desenvolvidos, a exemplo da edição da Lei Federal nº 13.655/2018, que, como consta de sua ementa, dispõem sobre a segurança jurídica e eficiência da criação e aplicação do direito público.

Tal legislação será abordada em capítulo próprio, mas, de antemão, esclarece-se tratar-se de importante instrumento voltado para a garantia da segurança jurídica, especialmente no que se refere à determinação de execução de políticas públicas pelo Poder Judiciário.

Da mesma forma, em capítulo próprio será apresentado o projeto de Lei Federal nº 4.754/2016, que caracteriza o ativismo judicial como crime de responsabilidade, de modo a se evitar o excessivo ativismo judicial da atualidade e a consequente necessidade de observância do princípio da separação dos poderes, que se mostra de especial relevância, inclusive no que tange à segurança jurídica.

Ou seja, não se questiona a existência de novos e importantes instrumentos utilizados pelo direito na atualidade. No entanto, é necessário buscar uma

compatibilização entre essas novas correntes interpretativas, não podendo estas serem utilizadas em desrespeito a princípios outros, também de índole constitucional, como o é o da segurança jurídica.

4 RESPOSTA DO JUDICIÁRIO EM FACE A DEMANDAS SOCIAIS

O ordenamento jurídico é organizado de modo que haja um escalonamento entre as normas superiores e inferiores. A unidade do direito resulta da relação de dependência da norma inferior que se apoia sobre outra e assim sucessivamente até que se esteja na presença da norma fundamental (KELSEN, 1998, p. 155).

No entanto, nem sempre a interpretação de uma lei conduzirá a uma única solução possível considerada correta. Situações há em que várias são as soluções possíveis, assim, tal decisão representa apenas “umas das normas individuais que se podem produzir dentro da moldura da norma geral” (KELSEN, 1998, p. 247).

Ademais, existem casos de verdadeiras colisões entre princípios, onde, “por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e de acordo com outro, permitido” (ALEXY, 2008, p. 93). Nestes casos, cabe ao judiciário, ponderar qual situação deve prevalecer, o que nem sempre se apresenta como uma tarefa fácil.

Nestes casos, estamos diante da teoria dos casos difíceis, que se verifica quando a solução da demanda não apresenta uma regra clara de solução previamente estabelecida de modo que nestes casos haverá uma certa discricionariedade do judiciário para apreciar a questão (DWORKIN, 2002, p. 127).

Desta forma, serão apresentados alguns casos difíceis decididos pelo Poder Judiciário, bem como a solução dada para tais questões.

De antemão pretende-se deixar claro que ao tratar de tais situações, não se questiona o mérito das decisões proferidas, restringindo-se a discussão sobre a forma em que se deu tal análise. Ou seja, o que se pretende trazer à tona são os limites do judiciário para alterar, por meio de decisões judiciais disposições legais, muitas vezes expressas.

4.1 Aborto

Nas últimas décadas, são muitas e rápidas as mudanças verificadas no âmbito social e dos costumes em todo o mundo, o que tem suscitado a ampliação dos debates sobre temas como a liberação sexual das mulheres, que já conta com novos paradigmas sociais.

Certamente, a inclusão feminina no mercado de trabalho contribuiu, e muito, para a alteração dos papéis sociais desempenhados pelos diferentes sexos, possibilitando que as mulheres passassem a desempenhar uma posição de maior relevância social, econômica e familiar (NÓBREGA e ARRUDA, 2017, p. 142). Com isso, nas últimas décadas, o que se verifica é uma mudança substancial no papel desempenhado pelas mulheres na sociedade.

Neste contexto, a liberdade e a discricionariedade das mulheres acabaram por trazer ao lume a discussão de temas até então marginalizados pela sociedade, como é o caso do aborto.

Neste caso, ao analisar a legislação nacional e internacional sobre o tema, observa-se a existência de três sistemas, os quais tratam, de forma divergente, o instituto do aborto. Trata-se do modelo do assessoramento, da solução por prazos e o causal ou das permissões.

O modelo do assessoramento considera o aborto livre e incondicionado, como se observa:

O sistema de assessoramento é aquele em que basta uma simples solicitação da mulher, sem qualquer tipo de justificação ou exigência de provas, para efetuar o aborto. (...) em alguns casos, exige-se que a mulher se submeta a uma fase de assessoramento.

O assessoramento, prévio ao aborto, visa informar à mulher para que ela possa tomar uma decisão consciente e livre de qualquer pressão, ou seja, uma decisão autônoma. Necessário ressaltar que este sistema parta da ideia de que a mulher pode abortar em um determinado prazo de forma incondicional, sendo assim, é imprescindível não confundir o assessoramento com uma oportunidade de averiguar se o aborto ocorrerá ou não. O assessoramento é apenas uma fase em que uma equipe irá informar a gestante sobre o aspecto médico, psicológico, social e jurídico do ato sempre com o objetivo de instruir para que a própria gestante possa decidir. (GOMES, 2016, p. 197)

O segundo modelo, considerado em âmbito mundial, é o modelo de solução por prazos. Neste caso, prevalece uma ponderação entre a autonomia da vontade da mulher e o direito à vida do feto (GOMES, 2016, p. 193). Nesse caso, prevalece a autonomia da mulher, sendo válida, discricionária e incondicionada sua decisão em

praticar o aborto, desde que realizado até determinado período, previamente estabelecido em lei.

Ultrapassado o lapso temporal determinado, o aborto passa a ser vedado, a não ser em situações especiais, como a que implica risco à saúde da mulher. Cada legislação nacional prescreve o lapso temporal no qual faz-se permitido a realização do aborto de forma incondicionada, coincidindo, em alguns países, com as teorias relativas ao momento do início da vida.

Por fim, tem-se o modelo causal ou de permissões, por meio do qual a legislação criminaliza o aborto e, apenas em situações excepcionais expressamente previstas em lei, o permite. Nos países que adotam este modelo, a prática do aborto sem o amparo de uma destas causas permissivas é considerada crime, não havendo que se falar em liberdade ou opção da mãe, caso ausente uma das causas permissivas.

Fato é que o aborto é um tema daqueles que comporta múltiplas visões de mundo e, portanto, concepções diametralmente opostas (GALVÃO, 2014, p. 26). Tais temas, dentre os quais além do aborto se incluem o casamento entre pessoas do mesmo sexo, ou mesmo o suicídio assistido se fundamentam em concepções individuais culturais e até mesmo religiosas. São temas onde o que é certo e válido para uns não o é para outros assim, cada país, adotara o modelo que mais se adequa às concepções culturais e religiosas de dada sociedade.

O modelo causal ou de permissão é o adotado no Brasil. Os artigos 124 a 127, do Decreto Lei 2.848/1949, e o Código Penal tratam da tipificação do crime de aborto. O art. 124 criminaliza a conduta da mãe que provoca o aborto ou permite que outro o provoque, cominando uma pena de detenção de um a três anos.

O art. 125, por sua vez, comina a pena de três a dez anos para aquele que provoca, sem o consentimento da gestante, o aborto em outrem. E o art. 126 do Código Penal prescreve a pena de um a quatro para aquele que pratica o aborto com o consentimento da gestante.

Por fim, o artigo 128 do Código Penal assim dispõe:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Portanto, ordinariamente, o aborto é considerado crime no Brasil, tendo o legislador previsto causas ou hipóteses que, uma vez verificadas, torna permitida a sua prática. O que significa dizer que a legislação brasileira não reconhece a liberdade da mulher em sede de aborto, criminalizando-o.

No entanto, para os que defendem a legalização do aborto, sua proibição fere direitos básicos das mulheres, como o direito à liberdade reprodutiva, sua autonomia e autodeterminação (HAZAR e FERREIRA, 2016, p. 127). Alegam, ainda, que a proibição do aborto acaba prejudicando apenas as mulheres de baixa renda, que se vêm muitas vezes obrigadas a fazer aborto em locais clandestinos, sem a devida assistência médica, o que acaba, em última análise, gerando sérios riscos à vida da mãe.

Em contraposição, mulheres de classes sociais mais altas têm acesso a clínicas de melhor qualidade e podem, até mesmo, realizar o aborto em outros países, onde a prática seja permitida. Assim, para os que defendem a legalização do aborto, a sua proibição é desarrazoada e violadora de princípios básicos como o da liberdade reprodutiva e da autonomia da mulher.

Além disso, a proibição do aborto acaba se tornando um problema de saúde pública. Afinal, em razão da proibição, muitas mulheres, especialmente as das classes menos favorecidas, se veem sem alternativa, valendo-se de métodos abortivos caseiros ou buscando clínicas clandestinas e inseguras, o que, não raras vezes, são causas de infecções, hemorragias e outros males que podem até mesmo levar a mulher à morte. (HAZAR e FERREIRA, 2016, p. 128)

Muitos daqueles que defendem a proibição do aborto entendem que a liberdade da mulher não pode sobrepor ao direito à vida do nascituro. Seguindo orientações e convicções religiosas, muitas vezes os opositores da legalização do aborto defendem que a vida se inicia desde a concepção e, portanto, desde este momento necessário se faz a proteção da vida em formação, proteção esta que deve prevalecer frente à liberdade ou interesses da mãe.

Portanto, os que condenam o aborto o fazem por entender que, no caso concreto, a vida em formação que se encontra no ventre materno deve prevalecer frente aos direitos reprodutivos da mãe, que os deveria ter usado métodos de prevenção da gravidez. Seguindo esta lógica, consideram que o aborto poderia ser

comparado ao homicídio, na medida em que, nos dois casos, uma vida estaria sendo ceifada.

Não presta o presente trabalho a advogar a favor de qualquer das correntes, seja a que defende, seja a que criminaliza o aborto. O que se pretende aqui é avaliar se existe ou não disposições legais expressas em determinado sentido, bem como a postura do Egrégio Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Fato é que nos termos do Código Penal nacional é considerado crime a prática do aborto. Assim, tanto a conduta daquele que realiza o aborto, como a ação da mulher praticada com o fim de lhe ocasionar o aborto ou mesmo o consentimento da gestante no sentido de que o mesmo que lhe seja provocado, são condutas penalmente relevantes, sendo tipificadas nos artigos 124 a 127 do Código Penal.

O artigo 128 do Código Penal, por sua vez, traz duas situações em que se permite a prática do aborto, tratando inicialmente do aborto necessário, ou seja, aquele praticado com o objetivo de salvar a vida da gestante que se encontra em risco em razão da gravidez. Em seguida, há o inciso II do artigo 128 do Código Penal, que permite o aborto resultante de gravidez originada de estupro.

Observa-se, assim, que o legislador apenas previu as duas hipóteses autorizadoras do aborto em âmbito nacional. No entanto, desde 2012, passou-se a reconhecer possível terceira modalidade de aborto, a partir do julgamento da ADPF 54³. Trata-se de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, em 2004, que pleiteava o reconhecimento da possibilidade e não criminalização do aborto de fetos anencefálicos.

Após oito anos de intensos debates, muitos advogavam pela criminalização da prática, na maioria das vezes por questões religiosas, enquanto outros, principalmente fundados no fato de inviabilidade da vida extrauterina do feto anencéfalo alegavam que a continuidade da gestação apenas prolongaria o sofrimento da mãe, diante da impossibilidade de manutenção da vida.

Após intensos debates, dos quais participaram diversas entidades na condição de *amicus curiae*, o Egrégio Supremo Tribunal Federal passou a reconhecer a possibilidade da antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos. Por meio de interpretação conforme a Constituição, a Suprema Corte

³ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>

nacional declarou a inconstitucionalidade da interpretação pela qual fosse considerada figura típica, nos termos dos arts. 124, 126 do Código Penal, a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, como se observa:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli.
ADPF – 54. - Plenário, 12.04.2012. - Acórdão, DJ 30.04.2013.⁴

Assim, desde o ano de 2012, passou-se a permitir uma conduta até então vedada em nosso ordenamento jurídico, permissão essa obtida por meio de decisão judicial. Tendo por base, entre outras considerações, a Lei 9.434/97, que trata dos transplantes do Brasil e reconhece a morte com a cessação da atividade encefálica⁵, entendeu-se não se poder falar em vida em se tratando de feto anencéfalo, razão pela qual a antecipação terapêutica do parto, em tais casos, não deveria ser considerada conduta típica.

Mais uma vez, sem adentrar no mérito da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, desde o ano de 2012, o Supremo Tribunal Federal passou a reconhecer novas hipóteses de permissão de interrupção da gravidez, além daquelas previamente estabelecidas pelo legislador.

Como forma a extrapolar a literalidade do artigo 128 do Código Penal, cuja redação é expressa ao prever apenas duas situações nas quais se permite o aborto, o Supremo Tribunal Federal utilizou, em interpretação conforme a Constituição, a designação antecipação terapêutica para permitir a interrupção da gravidez, no caso de fetos anencéfalo. Novamente, o que se questiona é a forma utilizada para permissão de conduta até então vedada pela lei, sem existência de legislação formalmente elaborada pela autoridade constitucionalmente competente para tal.

⁴ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>

⁵ Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

Assim, além das hipóteses previstas no art. 128, desde o ano de 2012 não é mais considerado crime a interrupção da gestação, quando se trade de feto anencéfalo. No entanto, a evolução da tratativa da matéria não para por aí. O Partido Socialismo e Liberdade, P-SOL ajuizou, em 2017, ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, distribuída sob o nº 442, por meio do qual questiona as disposições penais acerca do aborto.

Por meio desta ação, busca-se a não recepção, pela Constituição Federal de 1988, dos artigos 124 e 126 do Código Penal, uma vez que a criminalização violaria direitos fundamentais garantidos na Constituição. Neste sentido, notícia publicada no sítio eletrônico do Egrégio Supremo Tribunal Federal, em março de 2017, assim sintetiza a questão:

A tese central defendida na ADPF é a de que as razões jurídicas que moveram a criminalização do aborto pelo Código Penal de 1940 não mais se sustentam. “Em democracias constitucionais laicas, isto é, naquelas em que o ordenamento jurídico neutro garante a liberdade de consciência e crença no marco do pluralismo razoável e nas quais não se professa nenhuma doutrina religiosa como oficial, como é o caso do Brasil, enfrentar a constitucionalidade do aborto significa fazer um questionamento legítimo sobre o justo”, argumenta. Para o partido, a longa permanência da criminalização do aborto “é um caso de uso do poder coercitivo do Estado para impedir o pluralismo razoável”, pois torna a gravidez um dever, sendo que, em caso de descriminalização, “nenhuma mulher será obrigada a realizá-lo contra sua vontade”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017)

A ação apresentada baseia-se, assim, nas alterações de paradigmas sociais, no fato de ser o Brasil um país laico e na necessidade de respeito aos direitos das mulheres, para afastar a criminalização do aborto em âmbito nacional. Destaque-se que, após a distribuição da referida ação, diversas entidades solicitaram o ingresso nos autos, na condição de *amicus curiae*, sendo alguns favoráveis e outros contrários à legalização do aborto.

Em decisão datada de 23 de março de 2018, a Excelentíssima Ministra do Supremo Tribunal Federal, Doutora Rosa Weber, determinou a realização de audiência pública para discussão da matéria, como se observa:

A discussão que ora se coloca para apreciação e deliberação desse Supremo Tribunal Federal, com efeito, é um dos temas jurídicos mais sensíveis e delicado, enquanto envolve razões de ordem ética, moral, religiosa, saúde pública e tutela de direitos fundamentais individuais. A experiência jurisdicional comparada demonstra essa realidade. Assim, a complexidade da controvérsia constitucional, bem como o papel de construtor da razão pública que legitima a atuação

da jurisdição constitucional na tutela de direitos fundamentais, justifica a convocação de audiência pública, como técnica processual necessária, a teor do art. 6º, §1º, da Lei n. 9.882/99, e dos arts. 13, XVII, e 154, III, parágrafo único, ambos do RISTF. (ADPF 442. Decisão Convocatória de Audiência Pública. 23/03/2018)⁶

Não há dúvida de se tratar de tema de extrema relevância e necessária discussão por parte da sociedade. Afinal, como já destacado o aborto se trata de um daqueles temas onde há acalorados partidários seja da sua permissão, seja da sua proibição (GALVÃO, 2014, p. 26). No entanto, argumentos como a alteração de visões, inclusive religiosas, por parte da sociedade, justificariam, salvo melhor juízo, elaboração de norma permissiva, a ser editada pelo Poder Constitucionalmente competente para a elaboração de leis, ou seja, o Poder Legislativo, e não a simples inobservância ou desconsideração do que se encontra legislado há várias décadas pelo Poder Judiciário.

No debate em questão, há argumentos plausíveis de ambos os lados. Uns entendem que a liberdade de escolha das mulheres deve preponderar. Outros argumentam que a liberdade da mulher sobre o seu corpo não pode justificar a morte daquele que se encontra em gestação em seu útero.

Não se pretende, aqui, defender ou buscar justificativas para a adoção de qualquer das correntes, mas é importante ressaltar que a decisão de tal conflito pressupõe o reconhecimento e preponderância de uns valores sobre outros.

Assim, no caso hora em discussão no Supremo Tribunal Federal, onde se busca legalizar o aborto independentemente de se tratar de feto anencéfalo e extrapolando as hipóteses previstos no Código Penal, a decisão em questão corresponde a dizer qual valor é mais importante para o Estado: a liberdade da mulher ou a vida do feto. Entretanto, seja qual for a escolha, é certo que tal decisão não caberia ao Poder Judiciário e sim ao Poder Legislativo, órgão este responsável por legislar, de forma representativa, de acordo com a vontade do povo que o elegeu.

4.2. União estável homoafetiva

⁶ Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>

Outra situação emblemática de ativismo judicial, onde o Judiciário, por meio de seu órgão máximo, alterou de forma substancial o entendimento até então existente, alterando, de certa forma aquilo que se encontrava de fato positivado, citamos o reconhecimento da União Homoafetiva.

O art. 1.723 do Código Civil Brasileiro assim dispõe:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Vista pela literalidade da norma, entidade familiar pressupõe a união entre um homem e uma mulher. Da mesma forma, o § 3º art. 226 da Constituição federal reconhece a união estável entre o homem e a mulher.

No entanto, em julgamento proferido em maio de 2011, no bojo da ADI 4277/RJ⁷ e da ADPF 132/RJ⁸ o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união homoafetiva no Brasil. Tal reconhecimento se deu a partir da interpretação do art. 1.723 do Código Civil, com a exclusão de qualquer interpretação que impeça o reconhecimento da união estável para pessoas do mesmo sexo.

Sem dúvida, o reconhecimento ou não da União Estável entre pessoas do mesmo sexo era tema polêmico. De um lado se colocaram correntes tradicionais, muitas das quais ligadas à igreja, e que se mostravam flagrantemente contrárias. De outro, estavam os defensores dos direitos dos homossexuais, que advogavam por uma interpretação extensiva da ideia de família.

Fato é que o Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de uma “interpretação conforme”, alterou o texto escrito não apenas do art. 1.723 do Código Civil, mas também do § 3º art. 226 da Constituição federal. Tai situação é um exemplo de conduta na qual, sob o argumento de simples interpretação da norma, o Poder Judiciário cria verdadeiramente o direito.

De fato, é tarefa do Judiciário conferir a máxima efetividade aos direitos e garantias expressos na Constituição. No entanto, tal atuação deve se dar, sempre, embasada nas atribuições que cabe a esse poder, observados atentamente os

⁷ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>

⁸ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>

ditames da lei elaborada pelo poder constitucionalmente responsável, é o que se observa:

Não se pode permitir que juízos subjetivos dos magistrados reduzam o Direito positivo a mero fragmento. Não é possível mais aceitar fundamentações de decisões judiciais estribadas em “decido conforme minha consciência; tenho para mim; penso que”, pois, a discricionariedade subjetivista e o decisionismo são, atualmente, inimigos do Direito positivo, que o fragilizam. (BERTI e STOINSKI, 2016, p. 43)

Sem adentrar nos méritos da decisão citada, mas analisando o resultado, o que se verifica é que, sob a justificativa de simples interpretação, houve uma verdadeira alteração da lei ordinária e mesmo da Constituição, pelo Supremo Tribunal Federal, na medida em que tanto a lei ordinária quanto a Constituição, de forma expressa, previam o reconhecimento da união estável apenas entre homem e mulher.

Assim, pode ser destacado:

No caso da homofobia, a invasão de competência foi mais grave, visto que, nos debates constituintes, quando se definiu, no art. 226, a família como base da sociedade e destinatária da proteção do Estado, a maioria dos constituintes liderada por Bernardo Cabral pugnou para que se explicitasse o conceito de entidade familiar, como a união entre um homem e uma mulher capazes de gerar prole, de forma a afastar qualquer dúvida quanto à impossibilidade de esse conceito hospedar a união entre pares do mesmo sexo.

Ora, não só o STF mudou a Constituição, como incinerou a vontade do constituinte ao incluir um novo tipo de união não agasalhada pela definição de entidade familiar, desfigurando o conceito de família como base de sociedade, ou seja, de união entre homem e mulher capaz de gerar prole. Afetou, portanto, os § 1º, 2º, 3º, 4º e 5º do artigo 226. (MARTINS, 2011, p. 30)

Como já salientado, não se questiona o mérito da decisão, mas a forma em que esta se deu. Em qualquer sociedade existirão concepções diversas de vida, princípios contrapostos, ideologias divergentes. No entanto, ao adotar um Estado Democrático de Direito, o que se presume é que a vontade da maioria, exteriorizada, por meio de seus representantes legitimamente eleitos é que prevaleceria.

Controvérsias sempre existirão, no entanto, é certo que “as leis não dissipam a existência de discordância moral sobre determinado tema” (GALVÃO, 2014, p. 31). Assim, reconhecendo de que divergências morais e ideológicas sempre existirão, deveriam tais temas ser decididos pela maioria do povo, que se faz representar por meio de seus representantes democraticamente eleitos, como se observa:

Em outras palavras, a edição de determinado ato normativo não tem a pretensão de camuflar a existência de divergências sobre o tema na sociedade, mas apenas de definir o agir coletivo em uma situação de dissenso. O jogo democrático revela-se, então, como a forma menos gravosa pela qual uma questão controvertida é decidida, na medida em que, além de permitir a expressão de todos os pontos de vista sem privilegiar a posição de qualquer um, possibilita que, no futuro, a partir de mudanças no quadro político, econômico ou social, os atuais perdedores ganhem apoio suficiente para modificar o entendimento coletivo sobre o assunto. (GALVÃO, 2014, p. 31)

Desta forma, o reconhecimento ou, pode-se dizer, a extensão do reconhecimento da União Estável também para pessoas do mesmo sexo mostrou-se como um caso emblemático, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, ao dar interpretação conforme os dispositivos constitucionais acabou o fazendo em contrariedade a dicção literal do texto constante do Código Civil e também da Constituição Federal de 1988.

Assim, a despeito de existir textos legais expresso, não apenas da lei infraconstitucional, o Código Civil, mas também a expressa menção a homem e mulher como requisito para o reconhecimento da União Estável, o Supremo Tribunal Federal, por meio da utilização da interpretação conforme à Constituição, acabou alterando substancialmente a literalidade da norma.

Reconhece-se a importância dos novos parâmetros de interpretação da Constituição, bem como o fato de que as normas, inclusive as constitucionais muitas vezes tragam mais que um único sentido possível demandando a devida interpretação, como se observa:

A grande virada na interpretação constitucional se deu a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, nem sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização. No Direito contemporâneo, mudaram o papel do sistema normativo, do problema a ser resolvido e do intérprete. (BARROSO, 2018, p. 349)

No entanto, a despeito de não se desconhecer tais importantes técnicas de interpretação constitucional, é necessário se questionar até que ponto a utilização de tais técnicas é justificativa suficiente para dar interpretação contrária à literalidade da norma constitucional expressa, especialmente em se tratando de temas polêmicos,

os quais, a priori, num Estado Democrático de Direito devem ser decididos pela maioria da população, por meio de seus representantes eleitos.

4.3 Audiência de custódia no Brasil

A evolução histórica da humanidade tem demonstrado, por diversas vezes, o quão cruel pode ser o homem (FILHO, 2018, p. 59). Seja de forma geral, para a criação, manutenção e proteção de Estados totalitários e ditatoriais, seja de forma individual, por meio do qual detentores de cargos públicos de relevância passam a utilizar os mesmos em benefício próprio. Na história, o que não falta são situações em que o pior do homem apareceu e foi utilizado contra seu semelhante.

A utilização desvirtuada do instituto da prisão mostra-se mais comum em Estados de exceção e ditatoriais, como o vivido pela quase totalidade dos países latino-americanos que por longas décadas se viram imersos em ditaduras militares, capitaneadas pela liderança norte-americana. Da mesma forma, países que se auto intitulam de esquerda, como Cuba ou mesmo os antigos membros da extinta União Soviética, são exemplos claros de países onde se tratava, com absurda normalidade, o desaparecimento de pessoas em razão de arbitrariedades praticadas pelo Estado.

No Brasil, a título de exemplo, havia órgãos públicos ordinariamente responsáveis por garantir a segurança pública e que, no entanto, como é de conhecimento comum, apresentava um histórico de violência e de violações aos direitos da pessoa humana. Nos porões da ditadura, diversas vidas foram ceivadas, alguns presos, até os dias de hoje, não foram encontrados, bem como restos mortais nunca foram entregues a seus familiares.

Entre estes órgãos, não podemos deixar de citar o temido Destacamento de Operações e Informações - Centro de Operações da Defesa Interna - DOI-CODI, instalados nas principais capitais do país e que ficaram conhecidos como locais responsáveis pela passagem de milhares de presos durante da ditadura militar e onde se deu a maioria dos casos de desaparecimentos forçados e execuções dos então opositores do regime, como se observa:

Durante a ditadura militar, além do Serviço Nacional de Informações (SNI) e dos serviços secretos das Forças Armadas (Centro de Informações do Exército – CIE, Centro de Segurança de Informações da Aeronáutica –

CISA, e Centro de Informações da Marinha – CENIMAR), outros órgãos davam sustentação ao sistema repressivo, como a Polícia Federal, e no âmbito estadual, as Delegacias de Ordem Política e Social (DOPS). Em julho de 1969, em São Paulo, a Operação Bandeirantes (Oban) surgiu para concentrar as ações repressivas no comando do Exército. Essa estrutura foi extinta em 1970, para dar lugar ao Centro de Operações de Defesa Interna (CODI) e ao Destacamento de Operações de Informações (DOI) instalados nas principais capitais do país. Conhecidos à época pela sigla DOI-CODI, foram os locais por onde passaram milhares presos e onde ocorreu a maioria dos casos de execuções e desaparecimentos forçados de opositores ao regime.

Os documentos dos DOI-CODI até hoje não foram localizados. Abaixo, um dos raros documentos do DOI-CODI do II Exército-São Paulo, presente no acervo do Serviço Nacional de Informações, que registra a estatística de entrada de presos no mês de dezembro de 1974, chamando atenção a coluna “mortos até novembro de 1974”. (CARDIA, 2017)

É certo, contudo, que a evolução pela qual passou a humanidade, no que se refere à aplicação de penas, demonstrou a brutalidade e irracionalidade de tais práticas pelo Estado, como se observa:

No pensamento de Beccaria, a pena deve ser proporcional, uma vez que os fritos de horror como consequência das torturas não retiram a realidade da ação já praticada, revelando a inutilidade dos tormentos. Dessa forma, à medida da crueldade dos tormentos, enrijece-se a alma pelo espetáculo da barbárie, e, quanto maiores os castigos, mais o indivíduo se dispõe a praticar novos crimes para subtrair-se da pena que por primeiro mereceu. (MASSON, 2018, p. 80)

Por outro lado, o fim do Estado de Exceção, por meio da redemocratização, por si só não foi o suficiente para resolver por completo a existência de violência causada por agentes públicos contra a pessoa humana, no decorrer da prisão.

Com o término do Estado ditatorial, foram extintas organizações de repressão historicamente conhecidas como responsáveis pelo desaparecimento de pessoas, de certa forma, institucionalizadas para tal fim. O Estado abrandou sua forma de lidar com aqueles que não coadunam das mesmas ideias propostas pelo regime vigente, deixando de ser responsável direto, por meio de órgãos oficiais voltados a tais fins, pela violação dos direitos humanos.

Porém, se o Estado deixou de ser, por conduta própria, violador de direitos humanos, vivemos na atualidade com não raras situações de agentes públicos que, se valendo dos cargos ocupados, praticam condutas violadoras dos direitos humanos.

Não são raras são as situações de agentes que, com o fim de se beneficiar, se valem de suas funções, atuando a margem da lei para o cometimento de crimes

das mais diversas categorias. Em alguns estados da federação, tais situações já se mostram tão cotidianas que a tais pessoas convencionou-se chamar de milicianos, como se observa:

Mas a violência contra a pessoa humana também se modificou, desta feita com novos protagonistas e fins. Se antes o Estado era o próprio violador de direitos por meio de órgãos oficiais, sob o manto do segredo, hoje são os agentes do Estado, em desvio de conduta, que se degeneram no cumprimento do seu ofício ou grupos que atuam à margem da lei e fora de qualquer controle social – mais conhecidos como milícias, não raro com a participação, ativa ou passiva, de agentes públicos (com possível envolvimento político). (FILHO, 2018, p. 68).

Verifica-se, daí, a importância da existência de instrumentos estatais voltados para a garantia daquele que se encontra preso. Tal proteção se legitima, tanto para evitar o desaparecimento de pessoas presas em razão de se mostrarem indesejáveis, por contrárias ao regime vigente, quanto nas hipóteses de se tratar de pessoas que tiveram sua liberdade violada, em razão de agentes públicos corruptos que se utilizam do aparato estatal em benefício particular.

Desta forma, verifica-se ser plenamente necessária a existência de ferramentas e garantias da integridade física, psíquica e moral daquele que venha a ser encarcerado. Por esta razão começaram a surgir convênios, acordos e resoluções internacionais voltados para a garantia daquele que eventualmente viesse a ter a sua liberdade violada pelo Estado.

Pode-se citar como precursor da ideia, hoje materializada na audiência de custódia em âmbito nacional, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, trazido à ordem jurídica nacional por meio do Decreto 592, de 6 de junho julho de 1992, que em seu artigo 9, 3^o trata da matéria.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, também conhecida como Pacto de São José de Costa Rica, por sua vez, estabelece na alínea 5 do artigo 7:

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em

⁹ Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

O fundamento dos estatutos internacionais dos quais o Brasil é signatário demonstra o objetivo de ser da audiência de custódia, qual seja, a apresentação do preso com a maior brevidade possível à autoridade judiciária competente, com o fim de aferir e garantir sua idoneidade física, psíquica e moral.

Assim, pode-se dizer que a audiência de custódia se presta a assegurar ao cidadão preso em flagrante a sua apresentação à autoridade judiciária, que o ouvirá, assim como a acusação e a defesa, apenas no que se refere à prisão em si, aos direitos do preso e às consequências do encarceramento sobre a integridade física, moral e psíquica daquele que teve sua liberdade tolhida, como se observa:

Audiência de custódia ou audiência de garantia é o ato judicial pré-processual que assegura a garantia que todo cidadão preso em flagrante tem (deveria ter) em face do Estado de ser apresentado pessoalmente e com rapidez à autoridade judiciária (juiz, desembargador ou ministro) competente para a aferição da legalidade de sua prisão (princípio do controle judicial imediato). Nesta audiência, o juiz ouvirá o próprio preso, a acusação e a defesa, exclusivamente sobre questões concernentes direta ou indiretamente à prisão e suas consequências, à sua integridade física e psíquica e aos seus direitos. Em seguida, proferirá uma decisão fundamentada sobre a continuidade ou não da custódia. (MASSI, 2015, p. 2)

Trata-se, portanto, de ato anterior ao processo, que objetiva a garantia do cidadão e de sua idoneidade física e psíquica, quando venha a ser detido. Em referida audiência, a autoridade judiciária executará o controle imediato do ato, podendo aferir a existência de qualquer irregularidade na prisão ou mesmo desrespeito à integridade física daquele que se vê detido.

Fato é que o Brasil, há vários anos, é um dos países signatários de importantes tratados internacionais, como o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que preveem a necessidade de se apresentar o preso à autoridade judiciária competente, logo quando da prisão, a fim de resguardar a integridade física, moral e psíquica daquele que se vê tolhido em sua liberdade.

Embasada em princípios basilares garantidores dos direitos humanos, bem como nos tratados internacionais mencionados, a audiência de custódia se mostra como importante mecanismo destinado a garantir a integridade física, moral e

psíquica daquele que venha a ter sua liberdade atacada, o que legitima sua aceitação, como se observa:

Por tais razões, é imprescindível que se compreenda a importância de institutos como o da Audiência de Custódia que, embora ainda sem regulamentação na lei processual penal, trata-se de um importante mecanismo a viabilizar aos juízes, ante a análise de uma situação de prisão em flagrante, decidir qual será o destino do preso, a partir de um contato direto entre o julgador e o sujeito detido (e provável futuro investigado e acusado), em especial atenção ao princípio da imediação, como consequência da oralidade própria do ato. (MOURA, 2016, p. 8)

No entanto, ainda inexistente regulamentação legal prevendo tal modalidade de ato processual. Porém, a partir do momento em que o Brasil se tornou signatário de tais tratados, começaram a surgir diversas demandas judiciais neles embasadas. No entanto, diante da inexistência de regulamentação legal, a situação era decidida casuisticamente, “ora no direito de petição, nos autos da própria ação penal em curso, ora no ajuizamento da ação de *habeas corpus*” (FILHO, 2018, p. 74).

Assim, a cada caso concreto levado ao judiciário, diferentes soluções eram encontradas, o que demonstrou a necessidade de se regulamentar a matéria por meio de atos normativos. Um passo decisivo em favor desta regulamentação foi o Provimento Conjunto da Presidência e Corregedoria-Geral nº 03, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de 22 de janeiro de 2015.

Com a edição de mencionado provimento, a Associação dos Delegados de Polícia Civil do Brasil ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade, distribuída sob o número 5240, arguindo que o Tribunal de Justiça, por meio de ato normativo interno, teria usurpado competência legislativa da União. Para tanto, a entidade se valeu dos termos do art. 22, I da Constituição Federal, que destaca a competência da União em legislar sobre direito processual, entre outros fundamentos.

Assim, em agosto de 2015, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, analisando a questão que lhe fora apresentada, decidiu, nos autos da ADI 5240¹⁰, pela constitucionalidade do ato normativo indicando a adoção da prática por todos os tribunais do país, é o que se observa:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.

...

¹⁰ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>

11. Ação direta de inconstitucionalidade PARCIALMENTE CONHECIDA, e, nessa parte, JULGADA IMPROCEDENTE, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país. (BRASIL, 2015).

Assim, o Supremo Tribunal Federal não apenas referendou a existência da audiência de custódia no Estado de São Paulo, como afirmou não haver qualquer conflito com o estabelecido na Constituição (FILHO, 2018, p. 76). Importante destacar que o Egrégio Supremo Tribunal Federal justificou, em parte, o reconhecimento da audiência de custódia no Brasil por aplicar analogicamente o instituto do *habeas corpus*, esquecendo-se, no entanto, de que se trata de institutos distintos.

Fato é que, a despeito de inexistir qualquer fundamento legal primário autorizativo da audiência de custódia em âmbito nacional, a corte suprema referendou iniciativa do Tribunal de Justiça paulista, abrindo espaço para a regulamentação em âmbito nacional, o que, mais uma vez, ficou a cargo do Conselho Nacional de Justiça.

Assim, em 15 de dezembro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 213 (anexo C), regulamentou a audiência de custódia em todo o Brasil, estabelecendo, logo em seu artigo 1º:

Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

§ 1º A comunicação da prisão em flagrante à autoridade judicial, que se dará por meio do encaminhamento do auto de prisão em flagrante, de acordo com as rotinas previstas em cada Estado da Federação, não supre a apresentação pessoal determinada no caput.

§ 2º Entende-se por autoridade judicial competente aquela assim disposta pelas leis de organização judiciária locais, ou, salvo omissão, definida por ato normativo do Tribunal de Justiça ou Tribunal Federal local que instituir as audiências de apresentação, incluído o juiz plantonista.

...

Configura-se, assim, uma situação em que o Conselho Nacional de Justiça, após respaldo e até mesmo incentivo do Supremo Tribunal Federal, passa a responder por regras processuais em âmbito nacional, sem embasamento legal direto. Afinal, nos termos do artigo 22, I da Constituição é competência privativa da

União legislar sobre direito processual, razão pela qual tal previsão deveria decorrer da lei.

Não se questiona, aqui, os fundamentos ou mesmo a importância da existência da audiência de custódia no Brasil, em especial ao se considerar o fato de ser o Brasil signatário do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos.

No entanto, o Conselho Nacional de Justiça, órgão administrativo por essência, após respaldado pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento da ADI 5240¹¹ passou a regular procedimento não previsto no ordenamento jurídico nacional.

Vale ressaltar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade, legitimou a audiência de custódia em âmbito nacional, independentemente da existência de norma legal reguladora para tal. E tendo por base tal decisão, o Conselho Nacional de Justiça, regulamentou o instituto da audiência de custódia para aplicação em todo o Brasil.

Conclui-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal legitimou a elaboração de normas de direito civil pelo Conselho Nacional de Justiça, como mostram a edição da resolução referente aos transgêneros, bem como os procedimentos adotados no que diz respeito à paternidade socioafetiva e às audiências de custódia, responsabilizando-se também, pela edição de normas processuais de caráter geral e abstrato em flagrante ofensa ao artigo 22, inciso I¹² da Constituição Federal.

4.4 Paternidade socioafetiva

A família, a criança, o adolescente, o jovem e o idoso ganharam capítulo próprio na Constituição da República Federativa do Brasil. Em seu artigo 226, logo em seu caput, estabelece ser a família a base da sociedade, sendo-lhe garantida proteção especial do Estado.

¹¹ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>

¹² Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

...

O artigo 227, por sua vez, estabelece ser dever da família e da sociedade assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem 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.

O parágrafo 6º de referido artigo estabelece a absoluta igualdade entre filhos, independentemente da origem dos mesmos, é o que se observa:

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

Já o Código Civil dedica todo o livro IV ao Direito de Família, onde, no Capítulo II, artigos 1.596 a 1.606, disciplina as regras referentes a filiação. Logo no artigo 1.596 tem-se reafirmada a igualdade entre os filhos, nos seguintes dizeres:

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

O artigo 1.603 do Código Civil, por sua vez, estabelece que a filiação se prova pela certidão do termo de nascimento registrada no Cartório de Registro Civil competente, determinando o art. 1.604 que ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo se demonstrar e comprovar a existência de falsidade ou erro no registro.

O Direito de Família talvez tenha sido o ramo jurídico que mais alterações sofreu nas últimas décadas, dada a conformação tradicional de uma sociedade eminentemente paternalista, onde o casamento se mostrava como única forma de início e perpetuação da família. Tem-se vivenciado, nesta esfera, relevantes evoluções e alterações e, neste sentido, é festejada a mudança de paradigma na representação da família, como se observa:

A partir do momento em que a família deixou de ser o núcleo econômico e de reprodução para ser o espaço do afeto e do amor, surgiram novas e várias representações sociais para ela. (PEREIRA, 2002, p. 226)

Flávio Tartuce, por sua vez, demonstra as profundas alterações vivenciadas pelo Direito de Família nas últimas décadas:

O Direito de Família Brasileiro passou por profundas alterações estruturais e funcionais nos últimos anos. Essas transformações podem ser sentidas pelo estudo de seus princípios, mitos deles com previsão na CF/1988, tema que será abordado a partir desse momento.

Anote-se, de início, que muitas dessas novas ideias expostas na presente obra são capitaneadas pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família. O IBDFAM foi fundado em 1997 por um grupo de estudiosos brasileiros que acreditavam na busca de novas vertentes para o estudo e a compreensão da família brasileira. (TARTUCE, 2016, p. 1183)

Neste sentido, na esteira da moderna doutrina que passa a adotar e reconhecer novas formas de família, Pablo Stolze Gagliano, e Rodolfo Pamplona Filho, de forma feliz, definem o Instituto em razão das alterações pela qual ele tem passado, é o que se observa:

No entanto, por conda do desafio que assumimos ao iniciar esta obra, e registrando a pluralidade de matizes que envolvem este conceito, arriscamos a firmar que “família é o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes”, segundo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. :

Nessa linha, é possível sistematizar o nosso conceito da seguinte maneira

- a) Núcleo existencial composto por mais de uma pessoa: a ideia óbvia é que, para ser família, é requisito fundamental a presença de, no mínimo, duas pessoas;
- b) Vínculo socioafetivo: é a afetividade que forma e justifica o vínculo entre os membros da família, constituindo-a. A família é um fato social, que produz efeitos jurídicos;
- c) Vocação para a realização pessoal de seus integrantes: seja qual for a intenção para a constituição de uma família (dos mais puros sentimentos de amor e paixão, passando pela emancipação e convivência social, ou até mesmo ao extremo mesquinho de interesses puramente econômicos), formar uma família tem sempre a finalidade de concretizar as aspirações dos indivíduos, na perspectiva da função social. (GAGLIANO e FILHO, 2018, p. 1152)

Pelo visto até aqui, pode-se afirmar o quão relevantes têm sido as alterações em sede de Direito de Família, nas últimas décadas. E como não poderia deixar de ser, tais alterações passam a influir até mesmo no conceito de filho.

Ordinariamente, filiação era entendida apenas como a relação jurídica existente entre ascendentes e descendentes, chegando o artigo 337 do Código Civil de 1916 a determinar que somente poderiam ser considerados filhos legítimos aqueles concebidos na decorrência do casamento, mesmo que nulo ou anulado, se contraído de boa-fé.

Os arts. 1.596 a 1.606, do atual Código Civil, disciplinam as normas jurídicas referentes à filiação, como destacado por Tartuce:

A filiação é a relação jurídica existente entre ascendentes e descendentes de primeiro grau, ou seja, entre pais e filhos. Tal relação é regida pelo princípio da igualdade entre filhos (art. 227, §6º., da CF/1988, e o art. 1.596 do CC).

O art. 1.597 do CC consagra as antigas presunções de paternidade decorrentes do casamento (*pater is est quem nuptiae demonstrant*), ao lado

de novas presunções relacionadas a técnicas de reprodução assistida. (TARTUCE, 2016, p. 1371)

Ademais, como forma tradicional de parentesco, temos a adoção, assim conceituada por Maria Helena Diniz:

A adoção é o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, previsto na Lei 8.069/90, arts. 39 a 52-D, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente lhe é estranha. (DINIZ, 2010, p. 1.147)

Silvio de Salvo Venosa, por sua vez, assim conceitua o Instituto da adoção:

A adoção é modalidade artificial de filiação eu busca imitar a filiação natural. Daí ser também conhecida como filiação civil, pois não resulta de uma relação biológica, mas de manifestação de vontade, conforme o sistema do Código Civil de 1916, ou de sentença judicial, conforme o atual sistema. (VENOSA, 2010, p. 1.483)

Pode-se concluir, assim, que a adoção é uma forma tradicional de família, regulada atualmente pelos artigos 39 a 52-D da Lei 8.069 de 13 de julho de 199, que dispõem sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Observa-se, portanto, a existência de duas formas tradicionais de reconhecimento de prole: uma natural, oriunda da paternidade biológica, e outra civil, decorrente da adoção.

Neste contexto, vale ressaltar que o direito de família tem passado por importantes alterações nas últimas décadas, tornando-se cada vez mais relevante a noção de afetividade. Discorrendo sobre a importância do afeto nestes novos arranjos familiares existentes, podemos destacar:

Todo o moderno Direito de Família gira em torno do princípio da afetividade. Não nos propomos, com isso, a tentar definir o amor, pois tal tarefa afigurar-se-ia impossível a qualquer estudioso, filósofo ou cientista. Mas daí não se conclua inexistir aquilo que não pode ser racionalmente delineado. Isso seria um lamentável erro. O fato é que o amor – a afetividade – tem muitas face e aspectos e nessa multifária complexidade, temos apenas a certeza de que se trata de uma força elementar, propulsora de todas as nossas relações de vida. (GAGLIANO e FILHO, 2018, p. 1154)

Indo além, demonstra-se que a aplicação do princípio da afetividade se mostra inseparável da atual noção de Direito Civil Constitucional, como se aduz:

Aliás, como já dissemos antes, o próprio conceito de família, elemento-chave de nossa investigação científica, deriva – e contra a sua raiz ôntica – da própria afetividade. Vale dizer, a comunidade de existência formada

pelos membros de uma família é moldada pelo liame socioafetivo que os vincula, sem aniquilar as suas individualidades.

E, como decorrência da aplicação desse princípio, uma inafastável conclusão é justamente no sentido de o Direito Constitucional de Família brasileiro, para além da tríade casamento – união estável – núcleo monoparental, reconhecer também outras formas de arranjos familiares, a exemplo da união entre pessoas do mesmo sexo ou mesmo da união poliafetiva. (GAGLIANO e FILHO, 2018, p. 1155)

Por esta razão, observa-se que o princípio do afeto ou da afetividade, cada vez mais se encontra presente no Direito de Família. Há quem diga que o afeto é, em verdade, a “mola propulsora dos laços familiares” (MADALENO, 2018, p. 45). Assim, é tal princípio elemento balizador para a formação de reconhecimento de novas formas de família, além das tradicionalmente reconhecidas. Neste sentido, Tartuce discorre sobre o princípio da afetividade nos seguintes termos:

O afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a expressão afeto no Texto Maior como sendo um direito fundamental, pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana e da solidariedade. Por isso é que, para fins didáticos, destaca-se o princípio em questão, como fazem Maria Berenice Dias e Paulo Lôbo. Merecem também destaque as palavras da jus-psicanalista Giselle Câmara Groeninga, para quem, “O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. Cada vez mais se dá importância a um outro princípio do Direito de Família é o da afetividade. (TARTUCE, 2016, p. 1192)

Portanto, novas formas de família vêm sendo reconhecidas, em decorrência deste novo princípio vetor do Direito de Família, que é afetividade. E como não poderia deixar de ser, o princípio da afetividade gerou frutos também no que se refere à filiação, ensejando o surgimento do que se convencionou chamar de paternidade socioafetiva, em contraposição as até então existentes paternidade biológica e decorrente de adoção.

Neste sentido, superando a verdade intransponível do exame de DNA, passou-se a reconhecer a paternidade socioafetiva, conferindo igual ou até maior importância do que aquela apenas decorrente de laços biológicos. Como um dos fatos precursores da nova visão, podemos citar o artigo 341 da IV Jornada de Direito Civil, empreendida pelo Conselho da Justiça Federal, que passou a entender que a relação socioafetiva pode ser geradora da obrigação alimentar prevista no art. 1.696 do Código Civil.

Assim, a despeito de não se negar a importância da paternidade biológica, (GAGLIANO e FILHO, 2018, p. 1387), o que se vê, cada vez mais, o reconhecimento da paternidade baseada na afetividade que, muitas vezes, prevalece até mesmo sobre a verdade biológica. Por esta razão, os tribunais nacionais têm reconhecido a existência e validade da paternidade e até mesmo maternidade socioafetiva, como se observa pela ementa abaixo transcrita:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. OMISSÕES E CONTRADIÇÕES. INOCORRÊNCIA. EMENDA À INICIAL APÓS CITAÇÃO. POSSIBILIDADE, DESDE QUE INEXISTENTE ALTERAÇÃO DO PEDIDO OU DA CAUSA DE PEDIR. ADMISSIBILIDADE DE SIMPLES MODIFICAÇÃO DO NOMEN JURIS DA AÇÃO E DO FUNDAMENTO LEGAL. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO CONTRADITÓRIO, COM A POSSIBILIDADE DE ADITAMENTO À CONTESTAÇÃO. REGISTRO CIVIL DE FILHO COM A CIÊNCIA DE QUE INEXISTIA VÍNCULO BIOLÓGICO. ATO VOLUNTÁRIO E CONSCIENTE. REGISTRO IMODIFICÁVEL. AUSÊNCIA DE ERRO OU DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. REGISTRO CIVIL DE FILHA SOB A CONVICÇÃO DE QUE EXISTIA VÍNCULO BIOLÓGICO. CONFIGURAÇÃO DE ERRO SUBSTANCIAL. REGISTRO IMODIFICÁVEL, TODAVIA, DIANTE DA CONFIGURAÇÃO DE RELAÇÃO PATERNO-FILIAL SOCIOAFETIVA. RELAÇÃO AMOROSA E AFETUOSA. CONVIVÊNCIA PÚBLICA E DURADOURA POR LONGO PERÍODO.
(REsp 1698716/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 13/09/2018) ¹³

Outra recente decisão, publicada em setembro de 2018 trata da possibilidade de coexistência no mesmo registro entre a paternidade biológica e a paternidade socioafetiva, é o que se observa:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015. OFENSA. INEXISTÊNCIA. DIREITO DE FAMÍLIA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. COEXISTÊNCIA. POSSIBILIDADE. REGISTRO CIVIL. AVERBAÇÃO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO.
1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Não há ofensa aos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015 se o tribunal de origem se pronuncia fundamentadamente a respeito das questões postas a exame, dando suficiente solução à lide, sem incorrer em nenhum vício capaz de maculá-lo. 3. A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais.
4. A divergência jurisprudencial com fundamento na alínea "c" do permissivo constitucional, nos termos do art. 541, parágrafo único, do CPC/1973 (art.

¹³ Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=87602519&num_registro=201401751280&data=20180913&tipo=5&formato=PDF

1.029, §1º, do CPC/2015) e do art. 255, § 1º, do RISTJ, exige comprovação e demonstração, esta, em qualquer caso, com a transcrição dos trechos dos arestos que configurem o dissídio, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, não sendo bastante a simples transcrição de ementas sem o necessário cotejo analítico a evidenciar a similitude fática entre os casos apontados e a divergência de interpretações.

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1212600/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 04/09/2018)¹⁴

Ao se falar em paternidade socioafetiva, pode-se usar, portanto, a máxima popular que diz “pai é quem cria”. Assim, independentemente da existência de vínculo biológico, havendo a demonstração de uma relação baseada em afeto, faz-se possível o reconhecimento da paternidade socioafetiva.

O Conselho da Justiça Federal, por meio da V jornada de Direito Civil, editou o Enunciado 520¹⁵ que prescreve que a ausência de vínculo biológico e a posse de estado de filho obstam a contestação da paternidade presumida. Em outras palavras: o que determina o enunciado em referência é que a existência de relação afetiva, caracterizada pela paternidade socioafetiva, obsta a contestação da paternidade registral que fora presumida quando do assento no registro civil.

Portanto, tendo a criança sido registrada em nome do pai e estando caracterizada a posse de estado de filho, não há que se falar em posterior contestação da paternidade presumida, mesmo que haja razões para tal dúvida, pois a paternidade socioafetiva, neste caso, deve prevalecer em relação à paternidade biológica. Flavio Tartuce comentando sobre a paternidade socioafetiva, assim dispõe:

Cabe destacar que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, foi reconhecida a repercussão geral da matéria, especialmente a respeito da colisão entre o vínculo socioafetivo e o biológico. A ementa da decisão assim foi publicada: “Recurso extraordinário com agravo. Direito Civil. Ação de anulação de assento de nascimento Investigação de paternidade. Imprescritibilidade. Retificação de registro. Paternidade biológica. Paternidade socioafetiva. Controvérsia gravitante em torno da prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica. Art. 226, caput da Constituição Federal. Plenário virtual. Repercussão geral reconhecida” (STF, ARE 692.186 RG/DF, Rel. Min. Luiz Fux

¹⁴ Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201703060390&dt_publicacao=04/09/2018

¹⁵ Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil>

A repercussão geral é pertinente, pois surgem decisões que concluem pela não prevalência da parentalidade socioafetiva sobre a biológica. (TARTUCE, 2016, p. 1380)

Indo além, ao discorrer sobre a impossibilidade de se criar critérios rígidos para qual paternidade deve prevalecer, havendo colisão entre a biológica e a socioafetiva, aduz:

De toda sorte, a este autor parece que a citada repercussão geral não pode ser julgada no sentido de afirmar que um vínculo sempre prevalece sobre o outro, de forma pura e simples. Os vínculos familiares são complexos, não cabendo um modelo fechado para resolver os números problemas que surgem na realidade contemporânea.

Feita tais considerações, atende-se ao fato de que parte da doutrina nacional aponta para a possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade, o que conta com o apoio do presente autor. O que se tem visto na jurisprudência é uma escolha de Sofia, entre o vínculo biológico e o socioafetivo, o que não pode mais prosperar. Como interroga a doutrina consultada, por que não seria possível a hipótese de ter a pessoa dois pais ou duas mães no registro civil, para todos os fins jurídicos, inclusive familiares e sucessórios? Como bem pontua Maurício Bunazar, “a partir do momento em que a sociedade passa a encarar como pais e/ou mães aqueles perante os quais se exerce a posse do estado de filho, juridicaliza-se tal situação, gerando de maneira inevitável, entre os participantes da relação filial direitos e deveres; obrigações e pretensões; ações e exceções, sem que haja nada que justifique a ruptura da relação filial primeva”. (TARTUCE, 2016, p. 1383)

Surge daí a multiparentabilidade (GAGLIANO e FILHO, 2018, p. 1391), que se caracteriza pela situação na qual o indivíduo tem, simultaneamente em seu registro civil de nascimento, mais de um genitor ou mais de uma genitora, de modo que se produzem efeitos jurídicos em relação a todos. O Instituto em comento passou a ser reconhecido não apenas pela doutrina, mas também pela jurisprudência pátria, como se observa:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE FILIAÇÃO E ANULATÓRIA DE REGISTRO PÚBLICO. DUPLO REGISTRO DE PATERNIDADE. MULTIPARENTALIDADE. PAI SOCIOAFETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO NOS AUTOS. DEMONSTRAÇÃO DE INTERESSE EM FIGURAR NA CERTIDÃO DE NASCIMENTO DO MENOR. INOCORRÊNCIA. DISPOSIÇÃO FUTURA DE BENS. POSSIBILIDADE. DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. ANÁLISE. COMPETÊNCIA DO STF. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL NÃO PREQUESTIONADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 211/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA NOS MOLDES LEGAIS.

(REsp 1333086/RO, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 15/10/2015)¹⁶

E em julgado mais recente, do ano de 2018:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. FILHO HAVIDO DE RELAÇÃO EXTRACONJUGAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE QUANDO ATENDER AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. APLICAÇÃO DA RATIO ESSENDI DO PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL JULGADO COM REPERCUSSÃO GERAL. SOBREPOSIÇÃO DO INTERESSE DA GENITORA SOBRE O DA MENOR. RECURSO DESPROVIDO.

(REsp 1674849/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 23/04/2018)¹⁷

Verifica-se, ainda, a existência de outras importantes evoluções ocorridas no Direito de família, com alteração substancial na interpretação das normas formalmente postas. No entanto, mais uma vez é levantada a questão: é o Poder Judiciário aquele constitucionalmente incumbido da modificação do direito posto? Afinal, não estamos falando, apenas, de evolução jurisdicional ou alteração de uma interpretação dada a determinada norma positiva. O que tem-se visto, em verdade, é a criação de um Instituto sem qualquer embasamento legal.

Mais uma vez, sem adentrar no mérito das decisões, é o Poder Judiciário, em âmbito nacional, competente para reconhecer e, mesmo em alguns casos, estabelecer hierarquia superior a paternidade socioafetiva em relação a paternidade biológica, sem que tenha havido qualquer inovação legislativa neste sentido?

No entanto, a despeito de tais questionamentos, o que se verifica é que tal situação, caracterizada pela inovação normativa em âmbito nacional por parte do Judiciário, encontra-se em situação de franca normalidade. Tanto é assim que o Conselho Nacional de Justiça, com base na existência de inúmeros julgados que permitem o reconhecimento da paternidade e maternidade socioafetiva ou mesmo da multiparentalidade, editou o provimento nº 63, de 14 de janeiro de 2017 (anexo B)

¹⁶ Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201419381&dt_publicacao=15/10/2015

¹⁷ Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602213860&dt_publicacao=23/04/2018

que nos artigos 10 a 15 regulamenta em âmbito nacional o reconhecimento da paternidade socioafetiva.

Portanto, mais uma vez, o órgão administrativo vinculado ao Poder Judiciário, cuja atribuição já foi discutida em capítulo anterior, regulamenta matéria não prevista em lei, como se pode concluir dos seguintes considerados que se referem à paternidade e maternidade socioafetiva:

CONSIDERANDO a existência de regulamentação pelas corregedoras-gerais de justiça dos Estados do reconhecimento voluntário de paternidade e maternidade socioafetiva perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais;

CONSIDERANDO a conveniência de edição de normas básicas e uniformes para a realização do registro ou averbação, visando conferir segurança jurídica à paternidade ou à maternidade socioafetiva estabelecida, inclusive no que diz respeito a aspectos sucessórios e patrimoniais;

CONSIDERANDO a ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial da paternidade e maternidade socioafetiva, contemplando os princípios da afetividade e da dignidade da pessoa humana como fundamento da filiação civil;

CONSIDERANDO a possibilidade de o parentesco resultar de outra origem que não a consanguinidade e o reconhecimento dos mesmos direitos e qualificações aos filhos, havidos ou não da relação de casamento ou por adoção, proibida toda designação discriminatória relativa à filiação (arts. 1.539 e 1.596 do Código Civil);

CONSIDERANDO a possibilidade de reconhecimento voluntário da paternidade perante o oficial de registro civil das pessoas naturais e, ante o princípio da igualdade jurídica e de filiação, de reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade socioafetiva;

CONSIDERANDO a necessidade de averbação, em registro público, dos atos judiciais ou extrajudiciais que declararem ou reconhecerem a filiação (art. 10, II, do Código Civil);

CONSIDERANDO o fato de que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios (Supremo Tribunal Federal – RE n. 898.060/SC);

CONSIDERANDO o previsto no art. 227, § 6º, da Constituição Federal e no art. 1.609 do Código Civil;

De forma sintética, os artigos 10 a 15 do Provimento 63 do CNJ viabilizam o reconhecimento socioafetivo de paternidade ou maternidade diretamente no cartório de registro civil, permitindo, inclusive, a existência da multiparentalidade, desde que observado o número máximo de dois pais e duas mães no registro civil de nascimento.

Importante observar que tal reconhecimento se dará diretamente no cartório, sem interferência judicial e participação de advogado e sem a remessa do procedimento ao Ministério Público. Mais uma vez, não se questionam as evoluções pelas quais tem passado a sociedade e, em especial, a família. No entanto, merece destaque a forma pela qual tem se dado a alteração do direito posto.

Afinal, são tantos os casos de modificação ou mesmo inovação do direito, por parte do Poder Judiciário nacional, o que acabou por fazer destes atos situação tão corriqueira para os órgãos administrativos, vinculados ao Poder Judiciário, que têm se prestado a regulamentar a aplicação de tais decisões em todo o território nacional, como se verifica na presente situação, mesmo que inexistente respaldo legal suficiente.

Assim, permanece a indagação: não seria atribuição do legislador, órgão constitucionalmente incumbido da elaboração das leis, o reconhecimento, a disciplina legal e a regulamentação de institutos tão importantes como o da paternidade socioafetiva e da multiparentalidade?

É certo que é função do julgador interpretar as normas e, sempre com base na Constituição, conferir máxima efetividade às normas constitucionais. No entanto, na hipótese de inexistência de norma jurídica ou mesmo a existência de norma em flagrante divergência com as decisões judiciais, salvo melhor juízo, não caberia ao CNJ, órgão administrativo vinculado ao Poder Judiciário, regulamentar a aplicação uniforme do que vem sendo decidido pelo Judiciário, em flagrante contradição à lei.

Tal situação, em última análise, corresponde a conferir efetividade tal a decisões judiciais, de modo que estas deixem de ser aplicações a situações concretamente decididas e passem a ter aplicabilidade geral e abstrata, infringindo, portanto, a função da lei o que, em última análise, pode potencialmente violar princípios caros para o ordenamento jurídico pátrio, como o da segurança jurídica ou mesmo da separação dos poderes.

4.5 Transgêneros

Situação recentemente enfrentada pelo Poder Judiciário se deu no julgamento da ADI 4275¹⁸ por meio da qual o Supremo Tribunal Federal passou a entender como possível a alteração do nome e do gênero no assento de registro civil, diretamente no cartório extrajudicial, independentemente de procedimento cirúrgico de redesignação sexual.¹⁹

¹⁸ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>

¹⁹ “Transgênero é o termo utilizado para fazer referência às pessoas que, apesar do sexo de nascimento, não se reconhecem na identidade de gênero correspondente (menina/feminino e menino/masculino); no polo oposto, cisgêneros são as pessoas que apresentam conformidade entre

Trata-se, de certo, de importante evolução jurisprudencial, que passa a proteger as pessoas cuja identificação de gênero difere daquele que correspondente ao sexo atribuído quando do nascimento.

Cabe destacar que a despeito de importantes conquistas obtidas, as pessoas transgêneros ainda são de certa forma marginalizadas, sendo necessária, ainda, a efetivação de diversas normas que venham a diminuir as desigualdades existentes, possibilitando o seu adequado desenvolvimento na sociedade (GALDINO e MAZARO, 2018, p. 85).

No entanto, cabe mais uma vez análise quanto à forma em que se deu tal alteração de paradigma. A Lei 6.015/73, conhecida como Lei dos Registros Públicos, em seu art. 58, assim dispõem sobre a imutabilidade do prenome civil:

Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

Por muitos anos preponderou a corrente pela qual se aplicava, quase de forma absoluta, o artigo em referência. Desta forma, em razão deste artigo criou-se o princípio da imutabilidade do nome civil, o qual admitia restritas exceções, sempre legalmente estipuladas (HEUSELER, LEITE, *et al.*, 2018, p. 135).

Até o julgamento do da ADI 4275 pelo Supremo Tribunal Federal, que em interpretação conforme a Constituição reconheceu a possibilidade de alteração no nome de transgêneros, reconhecia-se apenas sete exceções ao artigo 58, como se observa:

Destarte, em regra, o prenome é imutável, por ser princípio de ordem pública (art. 58 da LRP), mas pode sofrer alterações nos seguintes casos:

- a) nome que expuser ao ridículo;
- b) apresentação de erro gráfico evidente (ex. Sandra, em vez e Sandro);
- c) causar embaraço no setor comercial e na vida pública da pessoa, por causa de homonímia;
- d) apelido público e notório que venha a substituir o nome no ambiente em que vive a pessoa, salvo se proibido por lei;
- e) necessidade de proteção de vítimas e testemunhas de crimes; é feito requerimento ao juiz competente para registros públicos, ouvido o Ministério Público, podendo o registro ser revertido após a cessação da ameaça; o procedimento corre em segredo de justiça;
- f) tradução de nome estrangeiro;
- g) adoção. (LOUREIRO, 2018)

o sexo de nascimento e a identidade de gênero a ele associada” (JORGE e TRAVASSOS, 2018, p. 35)

Mesmo antes do julgamento da ADI 4275 já havia entendimento, ainda que não consolidado, quanto à possibilidade de alteração de nome, em se tratando de transgêneros. É certo, contudo, que havia alguma divergência quanto ao juízo competente para tal alteração. Para alguns, tratava-se de ação relacionada ao estado da pessoa, sendo, portanto, competente o juízo cível. Outros entendiam se tratar de simples ação com fundamento registral, na medida em que estava em questão apenas a mera adequação do registro à realidade fática então existente.

Preponderava, contudo, a jurisprudência que entendia tratar-se de pedido estritamente registral, como se observa:

A modificação do prenome e sexo de transexual é “mera adequação de sua orientação no plano social, eis que já vive publicamente como mulher”. Trata-se, pois de “pedido estritamente registral”.

Nessa linha de contada, em razão da matéria, compete ao juiz de registros públicos resolver a quaestio iuris. Salvante, é claro, outra específica determinação de competência na Justiça local.

Inda pelo quanto revela em desenho de contexto, a modificação de nome e gênero sexual decorrente de redesignação cirúrgica do sexo de nascença conforma-se com as elementares “alteração posterior do nome, somente por exceção e motivadamente” contidas no tipo do art. 57 em nota. Daí o seu processamento judicial sob o ritmo nele entoadado. (HEUSELER, LEITE, *et al.*, 2018, p. 147)

No entanto, em março de 2018, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4275, do Distrito Federal, tendo como requerente o Ministério Público Federal, decidiu pela possibilidade dos transgêneros alterarem o nome civil, bem como o sexo, diretamente no registro civil, independentemente de cirurgia de transgenitalização, da realização de quaisquer tratamentos hormonais ou mesmo de qualquer acompanhamento psiquiátrico ou psicológico. É o que se observa:

O Tribunal, por maioria, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e, em menor extensão, os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, julgaram procedente a ação para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Redator para o acórdão o Ministro Edson Fachin. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. - Plenário, 1º.3.2018.²⁰

De certo, trata-se de importante e relevante decisão que passa a reconhecer direitos fundamentais daqueles cuja identificação de gênero não corresponde ao

²⁰ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>

sexo atribuído no momento do nascimento. Reconhece-se, assim, direitos fundamentais daqueles que, por muitos anos, foram marginalizados, tendo seus direitos sido deixados, até então, à margem da sociedade.

No entanto, a despeito de se tratar de importante e relevante decisão, da mais legítima e até necessária para a defesa dos direitos dos transgêneros, fica o questionamento sobre a forma em que esta se deu. Fica a indagação de até que ponto uma interpretação, conforme um artigo que tão somente trata da imutabilidade do nome civil, pode passar a permitir não apenas a alteração do nome, mas também do gênero.

É certo que a Constituição Federal tem como um de seus principais vetores a dignidade da pessoa humana²¹. “A dignidade humana é um valor fundamental” (BARROSO, 2018, p. 290), funcionando como valor moral e como fundamento uma enorme gama de direitos.

É a dignidade da pessoa humana princípio basilar do estado democrático constitucional (ALEXY, 2014, p. 164). Neste sentido, possibilitar àquele cujo gênero seja diferente do que lhe fora atribuído quando de seu nascimento a adequação de seu nome e gênero afigura-se como importante instrumento para a concretização da dignidade das pessoas.

Afinal, o nome “é a marca, a etiqueta escolhida que a distingue dentre os membros da família e a identifica perante outros (pessoas e instituições)” (HEUSELER, LEITE, *et al.*, 2018, p. 134). Assim, nada mais justo, e até mesmo necessário para garantir o direito básico do indivíduo ao nome, a sua identificação social e, em última análise, a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Mais uma vez, não se questiona aqui o mérito da decisão, mas a forma pela qual fora tomada. Como já citado, o Supremo Tribunal Federal, conferiu interpretação conforme a artigo da Lei 6.015/73, que estabelece ser definitivo o prenome, sendo admitido, contudo, a substituição por apelidos públicos e notórios.

²¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Ora, de um artigo que trata exclusivamente da imutabilidade do nome civil, o Supremo Tribunal Federal procedeu a uma interpretação por meio da qual não apenas passou-se a permitir a alteração do nome – não prevista em lei – e, também do sexo do interessado. O que se verifica é que, sob o fundamento de simples interpretação conforme à Constituição, o Supremo Tribunal Federal inovou no mundo jurídico criando hipótese de alteração de nome e gênero não existente no ordenamento jurídico.

Uma das características da contemporaneidade é pluralidade de visões. É comum as pessoas divergirem sobre quase todos os pontos da experiência humana (GALVÃO, 2014, p. 26) e justamente por isso é importante questionar até que ponto é razoável que as convicções e entendimentos dos onze ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal prepondere sobre o direito legislado que, em tese, representa a vontade da maioria da população.

O que se observa, salvo melhor juízo, é que tal decisão extrapola os limites de uma simples interpretação da lei, inovando no ordenamento legal pátrio. Nota-se, ainda, que a decisão em referência possibilitou aos interessados proceder à alteração diretamente em cartório, sem a necessidade de se valer de qualquer processo judicial para tal mister e até dispensando de quaisquer procedimentos prévios, psiquiátricos ou psicológicos.

Mais uma vez, destaca-se tratar de situação não prevista em lei. Contrariando o expressamente disposto na legislação, que é a imutabilidade do prenome, a decisão advinda da ADI 4275 não apenas cria hipóteses não prevista em lei, como vai mais longe ao determinar que tal alteração independe de prévia manifestação judicial, estabelecendo que, nestes casos, o transgênero possa o requerer diretamente no cartório de registro civil.

Verificam-se, então, duas inovações normativas trazidas pelo Poder Judiciário. A primeira se refere à criação de hipótese de alteração de nome e gênero, sem a necessidade de se juntar qualquer laudo ou documento médico que demonstre realmente estar-se diante de situação de transgênero. A segunda se refere à determinação de que essa alteração se dará diretamente no cartório de registro civil, sem a necessidade de se socorrer do Poder Judiciário.

Desta forma, o Supremo Tribunal Federal inovou o arcabouço normativo nacional, bem como determinou, de forma geral a abstrata, que tal alteração se dará

diretamente em cartório, dispensando o pronunciamento judicial nestes casos. O que se observa é que o STF, por meio do julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade, criou norma geral e abstrata, inovando no ordenamento jurídico sem o devido embasamento legal.

Tal situação acaba por gerar uma distinção não prevista em lei. Ora, por meio de tal decisão os transgêneros podem, sem a necessidade de decisão judicial e de maiores esclarecimentos, se dirigir ao cartório de registro civil e solicitar a alteração de gênero e nome. No entanto, pessoas com nomes muitas vezes depreciativos e que os expõem ao ridículo e, portanto, que também tem a sua dignidade violada, dependem de prévia manifestação judicial para possibilitar a alteração pretendida (LOUREIRO, 2018, p. 332).

Assim, ao possibilitar que transgêneros alterem nome e gênero diretamente no registro civil, sem a intervenção do Poder Judiciário, sem estender tal faculdade a outras pessoas que também podem vir a ter sua dignidade violada em razão de seus nomes, o Supremo Tribunal Federal não apenas inova no campo normativo, mas cria distinção entre pessoas, o que pode, inclusive, ocasionar quebra ao princípio da isonomia, que se encontra constitucionalmente protegido.

Ademais, não pode-se deixar de destacar as consequências advindas do ativismo judicial em território nacional.

A criação normativa por meio de decisões judiciais não apenas extrapola as normas escritas pelo Poder competente para tal mister – o Poder Legislativo – como, muitas vezes, contraria o que está expressamente determinado. Atualmente os princípios, a interpretação conforme, a ponderação de interesses assumem primazia frente à legalidade (GALVÃO, 2014, p. 48).

Observa-se, contudo, que esta tornou-se uma medida tão comum e aceita em no ordenamento jurídico pátrio que, não raras vezes, criações como esta não apenas são seguidas sem maiores questionamentos, como são regulamentadas por órgãos administrativos.

O que se quer demonstrar é que, a despeito de não ser o Poder Judiciário ordinariamente responsável por “criar o direito”, tal atitude tem-se mostrado tão aceita que, uma vez proferida a decisão, ainda que contrarie o texto legal exposto, órgãos administrativos têm regulado tais normas, para a sua aplicação de forma uniforme e geral por toda a sociedade.

Vale destacar aqui, mais uma vez, que a observância ao basilar princípio da separação dos poderes (BONAVIDES, 2017, p. 567) determina que, a cada poder, cabe uma atribuição precípua, sendo a do Legislativo, legislar, ou seja, criar o direito, enquanto ao Judiciário cabe julgar e determinar a aplicação do Direito então criado pelo legislador. No entanto, o que tem-se visto é um judiciário cada vez mais ativista e que, muitas vezes, sob o fundamento de estar procedendo à interpretação conforme a Constituição, acaba por realizar verdadeira inovação normativa.

Tal situação tem ocorrido de forma tão cotidiana que parece estar sendo entendida como normal, pois, não raras vezes, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ se presta a regular tais decisões, conferindo uniformidade à sua aplicação em âmbito nacional. Vale lembrar, que o CNJ é o órgão administrativo de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, tendo sido criado pela Emenda à Constituição nº 45 de 30 de dezembro de 2004 (FILHO, 2009, p. 540).

A despeito de majoritariamente formado por membros oriundos do Poder Judiciário, como pode ser observado pelos treze incisos do art. 103-B, não há dúvidas de que o Conselho Nacional de Justiça é um órgão administrativo e não jurisdicional.

Não há dúvida, portanto, quanto ao fato de que não está entre as funções do CNJ criar o direito, da mesma forma que não compete precipuamente tal atribuição ao Poder Judiciário. Por conseguinte, não caberia a este órgão regular matéria criada pelo Poder Judiciário, disciplinando a aplicação da mesma.

No entanto, não são raras as situações nas quais o Poder Judiciário, na maioria das vezes por meio de seu órgão superior, o Supremo Tribunal Federal, sob a justificativa de interpretação do direito, acaba por inovar na ordem jurídica nacional. Da mesma forma, o Conselho Nacional de Justiça, com base em interpretação trazida pelo Supremo Tribunal Federal, passa a regular e normatizar a aplicação da decisão judicial em todo o âmbito nacional.

Assim se deu com os transgêneros. O Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI 4275, possibilitou a alteração de nome e gênero diretamente no cartório de registro civil. Nesta esteira, o Conselho Nacional de Justiça, em 28/06/2018, editou o Provimento nº 73 (Anexo A), que regulamenta a averbação da alteração do prenome

e, também do gênero de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais.

Justificado em 12 considerandos o Conselho Nacional de Justiça passou a disciplinar o procedimento para a averbação de alteração de nome e gênero no registro civil, tendo por base a decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal, que deu interpretação conforme ao artigo 58 da Lei 6.015/73.

Assim, por meio do Provimento n 73, o Conselho Nacional de Justiça, em apenas dez artigos, uniformiza o procedimento a ser adotado em todo o território nacional quando da alteração de prenome e gênero daqueles que se declaram transgêneros, dando execução à interpretação do STF, sem que haja a devida fundamentação legal para tal ato.

Mais uma vez não se pretende aqui questionar o mérito da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, que de certo prestigia o princípio da dignidade da pessoa humana, e atentando apenas para como tal decisão foi tomada, verifica-se o quão natural apresenta-se a judicialização no Brasil.

Uma inovação criada pelo Tribunal Supremo, que possibilita alterações não previstas em lei é regulamentada pelo Conselho Nacional de Justiça, órgão administrativo vinculado ao Poder Judiciário, que edita norma visando a aplicação uniforme de tal decisão em todo o território nacional. Cabe assim o questionamento no que tange ao limite existente entre julgar e legislar.

4.6 Políticas Públicas

Várias são as situações que exemplificam a tendência de ativismo judicial na atualidade. No entanto, talvez o maior peso das discussões recaia sobre as políticas públicas, que podem ser entendidas como os objetivos e as atividades governamentais direcionadas ao atingimento de determinados fins sociais.

Nada mais são que as prioridades de atuação do Estado para o atingimento dos fins previstos na Constituição (APPIO, 2004, p. 214). Por meio das políticas públicas o Estado reúne um conjunto de atividades visando à execução de determinado direito, normalmente, constitucionalmente previsto.

São, portanto, as ações realizadas pelo governo com o fim de atingir os objetivos e as metas previstas pela administração pública (SIQUEIRA JR, 2017, p. 16).

Nestes casos, a atuação do Poder Judiciário não se dá de forma ilimitada, sendo, de certa forma, decorrente da omissão ou mesmo violação do núcleo essencial dos direitos, por parte de outros poderes, como se observa:

A atuação do Poder Judiciário nesse contexto estará vinculada à omissão quanto à oferta daquilo vinculado ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, não sendo viável a referência à Separação dos Poderes como fator impeditivo de enfrentamento do mérito da causa por meio da adoção de uma visão procedimentalista da Constituição. (SILVA, 2017, p. 6)

Portanto, a execução de políticas públicas é função precípua do Poder Executivo, ao qual é constitucionalmente conferida a execução das leis, visando à efetivação dos direitos sociais. Registre-se, porém, situações nas quais se verifica, mais frequentemente, a atuação do Poder Judiciário em verdadeiro ativismo judicial na determinação de execução de políticas públicas nas áreas de educação e saúde pública.

Em tais situações, uma vez não cumpridos os preceitos constitucionais por parte do poder público, os indivíduos têm, cada vez mais, se socorrido do Poder Judiciário, em busca da determinação para execução de determinado serviço público.

Nesse contexto, aqueles que defendem a maior atuação do Poder Judiciário em sede de execução das políticas públicas advogam ser esta intervenção importante em situações nas quais haja violação do núcleo essencial de um direito fundamental desrespeitado pelo poder competente, é que se observa:

O Poder Judiciário, mediante provocação, intervém nas hipóteses em que há violação ao núcleo essencial dos direitos fundamentais aptos à manutenção da dignidade humana e aos direitos da liberdade irredutíveis, que compõem a Teoria do Mínimo Existencial, teoria tal, segundo NABAIS, indispensável à “intangibilidade fiscal de um mínimo de meios ou recursos materiais indispensáveis à salvaguarda dessa dignidade” (SILVA, 2017, p. 9).

A título de exemplo, traz-se à baila julgados por meio dos quais o Poder Judiciário proferiu decisões ativistas em sede de Políticas Públicas:

Agravo de Instrumento. Obrigação de Fazer. Fornecimento de medicamentos para tratamento de Diabetes Mellitus não inclusos no rol daqueles previstos no programa oficial. Direito à vida e à saúde. Dever

constitucional do Poder Público em prover, ex vi da inteligência do artigo 196 da CF. Nega-se provimento ao recurso interposto. (TJSP; Agravo de Instrumento 2159652-29.2017.8.26.0000; Relator (a): Ricardo Anafe; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Várzea Paulista - 2ª Vara; Data do Julgamento: 13/09/2017; Data de Registro: 15/09/2017)²²

ASSISTÊNCIA À SAÚDE. Catarata. Necessidade de cirurgia. Atendimento a cargo do Poder Público. Direito de todos, dever do Estado. Constituição Federal, artigo 196. Demanda procedente. Reexame necessário não provido. (TJSP; Reexame Necessário 1006355-50.2016.8.26.0292; Relator (a): Edson Ferreira; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro de Jacareí - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 15/09/2017; Data de Registro: 15/09/2017)

Observa-se por meio de referidos julgados, situações nas quais o indivíduo se socorreu ao Poder Judiciário para que este determinasse a realização de tratamento médico que não fora executado pela administração pública.

E, indo além, julgado no qual paciente buscou a execução de procedimento médico junto à rede pública de saúde e, tendo em vista sua não satisfação, se socorreu do Poder Judiciário que determinou ao Poder Executivo a execução requerida:

RECURSOS OFICIAL E DE APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – DIREITO CONSTITUCIONAL – PRETENSÃO À REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRURGICO – HIPOSSUFICIÊNCIA – POSSIBILIDADE. 1. Preliminarmente, ausência parcial de interesse recursal da parte impetrada, reconhecida. 2. No mérito, na parte conhecida, comprovação da necessidade do procedimento cirúrgico, mediante a apresentação de indicação médica. 3. Impossibilidade financeira, demonstrada. 4. Dever do Estado, nos termos dos artigos 1º, II, 23, II, 30, VII e 196 da CF. 5. Solidariedade dos Entes Políticos da Federação, conforme as súmulas nos 37 e 29 deste E. Tribunal de Justiça. 6. Inocorrência de ingerência do Poder Judiciário na atividade administrativa do Estado, que agiu em razão de provocação da parte interessada, com o objetivo de reconhecer direitos e garantias constitucionais. 7. Inexistência de ofensa a princípios orçamentários, na gestão de recursos públicos. 8. Inviabilidade da incidência de multa pecuniária, para a hipótese do descumprimento de decisão judicial proferida em sede de mandado de segurança. 9. Ordem impetrada em mandado de segurança, concedida, em Primeiro Grau. 10. Sentença, parcialmente reformada, mantido o resultado inicial da lide. 11. Recursos oficial e de apelação, apresentado pela parte impetrada, na parte conhecida, parcialmente providos. (TJSP; Apelação / Reexame Necessário 1005123-43.2016.8.26.0602; Relator (a): Francisco Bianco; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Sorocaba - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 15/09/2017; Data de Registro: 15/09/2017)²³

²² Disponível em: : <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/643959683/apelacao-apl-459262520128260053-sp-0045926-2520128260053/inteiro-teor-643959703>

²³ Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/643959683/apelacao-apl-459262520128260053-sp-0045926-2520128260053/inteiro-teor-643959703>

Mais uma vez temos situação na qual o jurisdicionado ao não conseguir o atendimento médico necessário na rede pública de saúde, se socorre ao Poder Judiciário que determina a execução do procedimento por parte do Poder Público.

Os exemplos citados retratam uma situação cada vez mais frequente de execução de políticas públicas em decorrência de decisões por parte do Poder Judiciário. É certo que os direitos e garantias fundamentais devem ser observados pelo Poder Público e, quando não atendidos pelo órgão a que precipuamente compete a sua execução, é legítima a atuação do Poder Judiciário, de modo que venham a ser corrigidas distorções ou omissões praticadas pelo Poder Executivo (SILVA, 2017, p. 6).

No entanto, é necessária atenção a cada caso, para que não haja inobservância da competência de cada um dos poderes para a tomada de decisões, conforme previsto constitucionalmente. Até porque a execução de políticas públicas é uma função administrativa que cabe precipuamente ao Poder Executivo. Ao Judiciário, como curador da Constituição que o é cabe a fiscalização dos atos governamentais de modo a garantir a execução da Constituição (SIQUEIRA JR, 2017, p. 64), mas não a execução de tais atos.

Analisadas situações nas quais o Judiciário exerceu uma conduta ativista, não se questiona a importância e mesmo sua legitimidade quanto a atuação em situações nas quais o Poder a que originalmente competia determinada atividade não o faz, ou age de forma contrária ao disposto constitucionalmente.

No entanto, essa postura ativista deve ser vista com ressalvas, uma vez que, de um lado, temos necessidades infinitas e, de outro, recursos finitos (SOUZA, 2013, p. 213). Desta forma, nem sempre se faz possível a satisfação de todos os direitos. Assim, cotidianamente, escolhas tem que ser feitas em sede de políticas públicas, ou seja, certas medidas serão privilegiadas em detrimento de outras.

Assim, é fundamental a discussão sobre a plausibilidade fática de efetivação de determinados direitos, por meio das políticas públicas, uma vez que a concretização de direitos tem custos, (SOARES, 2015, p. 35) nem sempre suportáveis pelo Estado.

O Estado, da forma que hoje concebido, formou-se objetivando o bem comum dos indivíduos. Como sociedade política, o Estado apresenta um fim geral,

“constituindo-se em meio para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus respectivos fins particulares” (DALLARI, 2011, p. 112).

Os direitos sociais se apresentam com um caso especial de direitos subjetivos (FAZI, 2018, p. 176). São direitos com status positivo, na medida em que permite ao indivíduo exigir do Estado determinada prestação (CARVALHO, 2009, p. 723). Desta forma, uma vez que tais direitos demandam do Estado uma verdadeira prestação positiva, haverá um custo a ser suportado pelo Poder Público e, em última análise, pela sociedade.

Dessa forma, o que se observa é que essa a escassez de recursos, que são finitos, frente à gama de direitos conferidos constitucionalmente e que, na maioria das vezes são inexecutáveis em sua totalidade, obrigando que o Estado opte por quais demandas priorizar, “o que pressupõe preferências e que, por sua vez, pressupõe preteridos” (WANG, 2008, p. 540).

Por vezes, essas escolhas podem não ser arrazoadas, demandando, de fato, atuação do Poder Judiciário para solução da questão e determinação de aplicação de medidas públicas. No entanto, por vezes a omissão do Poder Público em executar determinada política pública não se trata de verdadeira omissão, decorrendo da absoluta impossibilidade de, com limitados recursos, prover todas as necessidades do cidadão e os direitos constitucionalmente assegurados.

Assim, ao estabelecer que determinado direito seja garantido, no caso concreto àquele que solicitou sua proteção, o Poder Judiciário está, muitas vezes, transferindo para si a escolha que, precipuamente, caberia ao Poder Executivo. Ou seja, deve o Poder Judiciário exercer atividade de fiscalização e controle, mas não substituir o executivo, tomando para si a decisão quanto à execução de políticas públicas (SIQUEIRA JR, 2017, p. 74).

Não se nega que, desrespeitado pelo Poder Público um mandamento constitucional garantidor de determinado direito fundamental, é facultado ao cidadão utilizar-se do Poder Judiciário, a fim de obter seus direitos. No entanto, é necessária especial atenção do Poder Judiciário para que este não venha a substituir a atribuição administrativa, sob a justificativa de garantir um direito individual concreto.

Além disso, deve sempre o Poder Judiciário se ater ao princípio da reserva do possível, por meio do qual se entende como possível uma limitação baseada no que se razoavelmente poderia ser exigido pela sociedade, de modo que o

atendimento de tal pedido não venha a prejudicar o cumprimento de outros direitos (SOUZA, 2013, p. 206).

No entanto, o que se vê é que o Poder Judiciário, muitas vezes, desconsidera os custos dos direitos e mesmo a reserva do possível, como se observa:

Em relação aos pedidos de acesso à creche, escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível, eles raramente são levados em consideração. E nos poucos votos em que essas questões são trazidas para o debate, são logo descartadas com argumentos que poderiam ser relevantes para as decisões, o que mostra que escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível não são problemas para o Supremo Tribunal Federal nessas decisões as quais são julgadas conforme o ensinamento do brocardo latino *fiat justitia e pereat mundus*. (WANG, 2008, p. 563).

Desta forma, a despeito da importância dos direitos fundamentais, é necessário sempre se ter em mente que vive-se em um mundo no qual, de um lado, temos recursos limitados e, de outro, demandas ilimitadas. Assim, os direitos, e mesmo os fundamentais, devem sempre ser vistos à luz do princípio da reserva do possível e, também, dos custos dos direitos, mas sempre buscando a sua plena concretização.

Assim, cabe ao Poder Judiciário ter sempre em mente a sua real função – de julgador e não de legislador – observando sempre a competência constitucional de cada um dos Poderes.

5 MEDIDAS DO PODER LEGISLATIVO EM FACE DO ATIVISMO JUDICIAL

É certo que num Estado Democrático de Direito, cabe ao povo, por meio de seus representantes regularmente eleitos, a atribuição de criar leis que atendam aos anseios da população. Da mesma forma, é igualmente correto afirmar que a constituição ocupa ponto central do sistema normativo irradiando seus efeitos a todas as outras normas de escalões inferiores (KELSEN, 1998, p. 247). Assim, na colisão entre a Constituição e a lei, a primeira deve prevalecer.

Da mesma forma, é importante ressaltar que os princípios, assumem fundamental importância no sistema jurídico moderno, devendo estes prevalecer ante a leis que lhes sejam incompatíveis. Por outro lado, havendo eventual colisão entre princípios necessário se faz ponderar frente ao caso concreto, de modo a que verificar qual deve prevalecer (ALEXY, 2008, p. 93).

Por fim, também é importante ponderar que situações há e sempre haverá em que o legislador não se mostrou apto a prever por completo as demandas que lhes serão submetidas, seja pela dificuldade de prever abstratamente, no caso concreto, qual o direito aplicável, seja pela possibilidade de se tratar de situações novas, ainda não previstas em lei. Nestes e em outros casos complexos deve o judiciário ainda assim resolver a questão que lhe seja apresentada criando, de certa forma o direito (DWORKIN, 2002, p. 128).

No entanto, entendem alguns, (GALVÃO, 2014, p. 310) que ao trazer novos fundamentos e valores para o direito, o neoconstitucionalismo e mesmo o ativismo judiciário estaria relegando a segundo plano pontos-chaves do direito, como a legalidade e mesmo a segurança jurídica.

Desta forma, surgem medidas por parte dos demais Poderes, no intuito de limitar a atuação do Poder Judiciário seja pela edição de lei que restringe a atuação do Poder Judiciário, no que se refere a efetivação de políticas públicas, seja no que se refere a tentativa de inclusão do ativismo judiciário como forma de crime de responsabilidade.

5.1 LEI FEDERAL 13.655/18 E POLÍTICAS PÚBLICAS

Em 25 de abril de 2018, foi publicada a Lei Federal nº 13.655, que alterou o Decreto-Lei Federal nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, inicialmente conhecido como Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro e, mais recentemente, renomeado por meio da Lei 12.376/2010, para Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

A lei em referência, cuja ementa diz se tratar de “disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público” (BRASIL 2019), incorporou os artigos 20 a 29 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com objetivo de dar efetividade aos princípios da segurança jurídica e, também, eficiência à criação e aplicação do direito público.

Trata-se de legislação voltada, predominantemente, para a aplicação e interpretação do direito, no que se relaciona ao Direito Público, tendo se firmado como um novo marco balizador da atuação da Administração Pública e, também do Poder Judiciário, no que se refere às políticas públicas.

A alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, aqui referida, teve seu nascedouro no Senado Federal, por meio do Projeto de Lei

Federal nº 349 de 2015, de autoria do senador mineiro Antônio Anastasia. Na justificativa apresentada, é ressaltado pelo autor do então Projeto de Lei Federal, o momento de insegurança jurídica pela qual passamos, como se observa:

Ocorre que, quanto mais se avança na produção dessa legislação, mais se retrocede em termos de segurança jurídica. O aumento de regras sobre processos e controle da administração têm provocado aumento da incerteza e da imprevisibilidade e esse efeito deletério pode colocar em risco os ganhos de estabilidade institucional. (SENADO, 2015)

O Projeto de Lei, elaborado pelos professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques, é fruto de estudos e pesquisas mais amplos e que acabaram por resultar na obra “Contratações Públicas e seu Controle”, publicado em 2003, pela editora Malheiros. Na publicação, os autores defendem a necessidade de novas balizas interpretativas para a aplicação e regulação das leis, que devem ser seguidas pela administração pública nos seus mais diversos níveis e esferas, como se observa:

O que inspira a proposta é justamente a percepção de que os desafios da ação do Poder Público demandam que a atividade de regulamentação e aplicação das leis seja submetida a novas balizas interpretativas, processuais e de controle, a serem seguidas pela administração pública federal, estadual e municipal. A ideia é incluir na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/1942) disposições para elevar os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do direito público. (SENADO, 2015)

Indo além, os autores explicitam que as medidas constantes de referido diploma normativo trazem importantes instrumentos para neutralizar distorções da atividade jurídico-decisória, como se observa:

São eles: - O alto grau de indeterminação de grande parte das normas públicas; - A relativa incerteza, inerente ao Direito, quanto ao verdadeiro conteúdo de cada norma; - A tendência à superficialidade na formação do juízo sobre complexas questões jurídico-públicas; - A dificuldade de o Poder Público obter cumprimento voluntário e rápido de obrigação por terceiros, contribuindo para a inefetividade das políticas públicas; - A instabilidade dos atos jurídicos públicos, pelo risco potencial de invalidação posterior, nas várias instâncias de controle. - Os efeitos negativos indiretos da exigência de que as decisões e controles venham de processos (que demoram, custam e podem postergar cumprimento de obrigações); - O modo autoritário como, na quase totalidade dos casos, são concebidas e editadas normas pela Administração Pública. (SENADO, 2015)

Desta forma, por tudo o que foi dito até aqui, verifica-se que, ao editar normas que tratam da segurança jurídica voltada à eficiência na criação e aplicação

do direito público, criou o legislador normas a serem observadas por todas as esferas do Poder Público. Dessa forma, ao que tudo indica, buscou o legislador limitar ou, pelo menos, regular o ativismo judicial na esfera das Políticas Públicas.

Neste sentido, cumpre citar o artigo 20 do Decreto Lei 4.657, de 1942, com redação dada pela Lei 13.655, de 25 de abril de 2018 que assim dispõe:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Observa-se, portanto, que o artigo referenciado visa impedir que o Poder Público, seja na esfera administrativa, seja em sede de controladoria ou mesmo no âmbito Judicial, decida apenas com base em valores jurídicos abstratos, sem considerar as consequências da decisão.

Em outras palavras: o que se vê por meio da norma materializada no art. 20 da Lei de Introdução às Normas Jurídicas Brasileiras é a obrigatoriedade de o Poder Público ponderar as consequências, de fato, de uma decisão. Esta norma tem especial relevância no que se refere às políticas públicas e ao seu custo de execução.

O Estado, da forma como hoje concebido, se formou objetivando o bem comum dos indivíduos. Como sociedade política, apresenta um fim geral, “constituindo-se em meio para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus respectivos fins particulares” (DALLARI, 2011, p. 112).

Para a consecução de seus fins, o Estado precisa obter recursos financeiros, o que o faz por meio de receitas públicas, que podem ser originárias (patrimoniais ou empresariais) ou derivadas do poder de império do Estado (ABRAHAM, 2017, p. 97). No entanto, independentemente de quais são as fontes de receita, essas sempre são limitadas.

Ademais, o Estado moderno é eminentemente fiscal, ou seja, sua receita é derivada, em sua grande maioria, de tributos criados e exigidos pelo próprio Estado, em razão de seu poder de império. Assim, em última análise, quem financia o Estado é o próprio cidadão (ABRAHAM, 2017, p. 112) .

Em contrapartida, os direitos sociais, que são garantidos na maioria das vezes pela execução de políticas públicas, são direitos com status positivo, na medida em que se permite ao indivíduo exigir do Estado determinada prestação (CARVALHO, 2009, p. 723). Assim, uma vez que tais direitos demandam do Estado uma verdadeira prestação positiva, haverá um custo a ser suportado pelo Poder Público e, em última instância, pela sociedade.

Desta forma, o que se observa é a escassez de recursos, que são finitos, frente à gama de direitos conferidos constitucionalmente e que, na maioria das vezes, são inexecutáveis em sua totalidade, obrigando que o Estado opte por quais demandas priorizar (WANG, 2008, p. 540).

Assim, é importante observar que nem sempre a omissão do Poder Público em executar determinada política pública decorre de verdadeira omissão e, sim, da absoluta impossibilidade de, com recursos limitados, prover todas as necessidades do cidadão e os direitos constitucionalmente assegurados.

Não se nega, porém, que, desrespeitado pelo Poder Público um mandamento constitucional garantidor de determinado direito fundamental, é facultado ao cidadão utilizar-se do Poder Judiciário, a fim de obter seus direitos. Faz-se necessária, contudo, atenção especial do Poder Judiciário, para que este não venha a substituir a atribuição administrativa, sob a justificativa de garantir um direito individual concreto.

Afinal, o “O Poder Judiciário não tem a função de substituir os poderes responsáveis pelas políticas públicas” (SIQUEIRA JR, 2017, p. 74), mas apenas de acompanhar e controlar a execução das mesmas por parte do Poder competente.

Além disso, deve sempre o Poder Judiciário se ater ao princípio da reserva do possível, por meio do qual se entende como possível uma limitação baseada no que se poderia, razoavelmente, ser exigido pela sociedade, para que o atendimento de tal pedido não venha a prejudicar o cumprimento de outros direitos (SOUZA, 2013, p. 206).

Por tudo o que já foi exposto, vê-se que o Poder Judiciário deve sempre observar a possibilidade fática da concretização de determinado direito por meio de uma decisão judicial. Ou seja, não deve o juiz proceder a execução de políticas públicas, mas apenas fiscalizá-las (SIQUEIRA JR, 2017, p. 82).

Neste sentido, o art. 20 da Lei de Introdução às Notas Jurídicas Brasileiras, ao estabelecer que se devem considerar as consequências práticas da decisão, está também determinando ao legislador a observância do princípio da reserva do possível. Do contrário, não se estaria falando, aqui, da necessidade de observância das consequências práticas de uma decisão, incluindo-se aí a possibilidade fática de executá-la.

Indo além, o artigo 21, na literalidade assim estabelece:

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

De certa forma, observa-se que a determinação insculpida nos artigos 20 e 21 da Lei de Introdução às Normas Jurídicas Brasileiras, acaba por vedar ao Poder Público, nas esferas administrativa e judicial, decisão que não leve em conta as consequências práticas da decisão tomada. Torna-se inconteste, assim, que não basta à Administração Pública ou ao Poder Judiciário determinar o fornecimento de um medicamento a quem o reivindica ou mesmo de vagas em creches ou escolas. É necessário, antes, verificar a possibilidade prática de execução da medida, e indicar também como a determinação será cumprida, observadas as consequências fáticas da decisão tomada.

Desta forma, observa-se que a presente inovação traz consigo a necessidade de uma maior regulação da atividade do Estado Juiz, uma vez que não basta, de forma hipotética, dizer o direito, sem que se atentar para as consequências fáticas que podem advir da decisão. Em última análise, chega-se à conclusão de que a lei em questão restringe ou limita o excesso de ativismo judicial frente às políticas públicas.

5.2 PROJETO DE LEI FEDERAL 4.754/2016

A Lei Federal 1.079, de 10 de abril de 1950, define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Apesar da terminologia adotada no texto se referir ao termo crimes, há intenso debate doutrinário quanto à natureza jurídica dos crimes de responsabilidade. Há quem defenda a natureza penal de tais disposições, como se observa:

Previstos na Constituição de 1988 e definidos na Lei 1.079 de 1950, há um perene debate na história do pensamento jurídico brasileiro, renovado pelos acontecimentos políticos recentes, acerca da natureza jurídica de tais delitos – criminais ou políticos. A questão é relevante porque assume-se que a eventual natureza “criminal” de tais figuras importaria maior estabilidade ao regime presidencial brasileiro. (QUEIROZ, 2017, p. 221)

Por outro lado, há aqueles que entendam que, apesar de a nomenclatura se referir a crimes de responsabilidade, estes não devem ser tratados como infrações penais, mas verdadeiras infrações político-administrativas, como se observa:

Isso porque o mesmo dispositivo que manda aplicar o C.P.P. manda também que se apliquem, subsidiariamente, os regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, cujos objetos são inegavelmente político-administrativos. Embora não se possa inferir muita coisa da ordem redacional do artigo legal, vale mencionar que o C.P.P. é o último de todos os diplomas mencionados na lista das fontes subsidiárias ao rito estabelecido pela Lei 1.079. (QUEIROZ, 2017, p. 232)

Porém, seja qual for a natureza jurídica conferida a tal diploma legal, é ele que define os crimes de responsabilidade, bem como regula o processo de julgamento dos mesmos. O artigo 39 da Lei 1.079, de 10 de abril de 1950, assim define os crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal:

Art. 39. São crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal:

- 1) alterar, por qualquer forma, exceto por via de recurso, a decisão ou voto já proferido em sessão do Tribunal;
- 2) proferir julgamento, quando, por lei, seja suspeito na causa;
- 3) exercer atividade político-partidária;
- 4) ser patentemente desidioso no cumprimento dos deveres do cargo;
- 5) proceder de modo incompatível com a honra, dignidade e decore de suas funções.

Como se observa, na disposição atual da lei que trata de crimes de responsabilidade, não há qualquer disposição referente ao excesso de ativismo judicial, como se verifica na atualidade, em especial no âmbito do órgão máximo do

Poder Judiciário. Destaque-se que, em capítulo anterior deste trabalho, foram demonstradas diversas situações nas quais o Poder Judiciário, sob o argumento de simples interpretação da norma, acabou inovando no ordenamento jurídico ou mesmo decidindo em flagrante oposição ao constante da lei positivada.

Por esta razão, o Projeto de Lei 4.754/2016, apresentado em 16 de março de 2016, tipifica como crime de responsabilidade a usurpação de competência do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário por Ministro do Supremo Tribunal Federal. O Projeto de Lei prevê a inclusão de um item 6º no artigo 39 da Lei 1.079/50, com a seguinte redação “6. usurpar competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo” e consequente justificativa:

JUSTIFICATIVA A Constituição atribui competências específicas a cada um dos três poderes, exigindo que estes zelem pela preservação das mesmas. A Lei 1079/1950, que define os crimes de responsabilidade, é pródiga ao listar os crimes de responsabilidade do Presidente da República e dos Ministros de Estado, mas lacônica ao fazer o mesmo com os membros do Judiciário. Sem dúvida este fato se deve ao modo exemplar como os juízes tem desempenhado suas funções em nosso país. Sabe-se, entretanto, que a doutrina jurídica recente tem realizado diversas tentativas para justificar o ativismo judiciário, algo praticamente inexistente em nosso país nos anos 50, época em que foi promulgada a lei que define os crimes de responsabilidade. Este ativismo, se aceito como doutrina pela comunidade jurídica, fará com que o Poder Judiciário possa usurpar a competência legislativa do Congresso. Não existem atualmente, por outro lado, normas jurídicas que estabeleçam como, diante desta eventualidade, esta casa poderia zelar pela preservação de suas competências. De onde decorre a importância da aprovação deste projeto. (CAMARA, 2016)

Em 2 de maio de 2017, foi aprovado requerimento de realização de audiência pública para discussão da matéria, encontrando-se o projeto na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara. Observa-se, assim, reação do Poder Legislativo no intuito de evitar a perpetuação de usurpação de sua competência constitucional pelo Poder Judiciário.

Com isso, se observa que, se de um lado o Poder Judiciário tem de forma cada vez mais frequente expandido sua atuação, ve-se, por outro lado, certa reação dos demais Poderes a fim de que o princípio basilar e fundamental do Estado consubstanciado na separação dos Poderes ou mesmo na segurança jurídica seja mantido e respeitado.

Afinal, possibilitar que o Poder Judiciário, mesmo que por meio dos respeitáveis ministros que compõem a cúpula máxima de tal Poder possa inovar cotidianamente no ordenamento jurídico não é algo que se espera, afinal, “um

governo de juízes não é desejável e compatível com o Estado Democrático de Direito” (SIQUEIRA JR, 2017, p. 74).

Desta forma, o que se observa é que referido projeto se mostra como uma iniciativa, mesmo que incipiente do Poder Legislativo, no intuito de refrear a atual postura muitas vezes tida como excessivamente ativista por parte do Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

O surgimento do Constitucionalismo e, portanto, dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, representa importante passo para a humanidade. Afinal, desde os primórdios da história do indivíduo, são inúmeros os casos de supressão dos direitos do cidadão, em face da voracidade do poder do Estado e das classes então dominantes da sociedade.

A evolução da sociedade, bem como fatos históricos que marcaram a trajetória da humanidade, a exemplo da revolução industrial, das grandes guerras mundiais, entre outros acontecimentos relevantes, despertou a sociedade para o fato de que apenas a existência de direitos e garantias fundamentais de primeira geração não seriam suficientes para garantir a pacificação social, desta forma, novos direitos foram incluídos no rol de direitos fundamentais.

Fato é que a Constituição da República Federativa de 1988 apresenta-se como uma Constituição eminentemente garantista, dotada de enorme gama de direitos e garantias fundamentais.

A atual Constituição regula e, portanto, prevê a existência de direitos nas mais diversas áreas, tratando de previdência social, educação, saúde e cultura, bem como da vida indígena e da família, entre uma infinidade de outros temas. A partir daí, confere-se ao Poder Judiciário, em última instância, a função de guardião das leis e da Constituição, garantindo-se amplo acesso do jurisdicionado ao Judiciário.

Em paralelo, o artigo 2º da Constituição, ao tratar dos princípios fundamentais do Estado, estabelece a harmonia e a independência entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Fica resguardada, assim, constitucionalmente, enorme gama de direitos fundamentais das mais diversas categorias, bem como a divisão de atribuições de cada um dos três poderes da República.

Portanto, uma vez desrespeitado ou mesmo desatendido determinado direito constitucionalmente conferido ao indivíduo, seja pela ação, seja pela omissão de qualquer das esferas do Poder Público, passa a ser função do Poder Judiciário atuar de modo a dar concretude ao estabelecido na Constituição. Essa atuação do Poder Judiciário, conforme moderna doutrina ou mesmo diante das disposições constitucionais existentes, pode se dar das mais diferentes formas.

No que se refere à inobservância do Poder Público, especialmente do Poder Executivo quanto à execução de políticas públicas, é possível, em tese e de forma excepcional, a determinação, pelo próprio Poder Judiciário, da prática da execução de determinada demanda desatendida.

Da mesma forma, em se verificando a omissão do Poder Legislativo em legislar sobre determinada matéria ou mesmo ante a necessidade de se proceder ao controle de constitucionalidade de norma legal, diversos instrumentos são colocados à disposição do Poder Judiciário, como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, entre outros.

Destaque-se que, na atualidade, a técnica de interpretação conforme a Constituição é outro importante instrumento utilizado pelo Poder Judiciário para o Controle de Constitucionalidade. Por meio dela, o Poder Judiciário determina a interpretação pela qual a norma atende ao requisito da constitucionalidade, podendo, portanto, ser considerada válida.

Trata-se de situação na qual, em sendo possível a pluralidade de interpretações da norma legal, o Poder Judiciário decide objetivamente qual interpretação coaduna com os princípios da Constituição. Este se afigura como importante instrumento a ser utilizado, desde que a atuação do Judiciário sempre se pautar pelos demais princípios constitucionais, especialmente o princípio da separação de poderes.

O que se quer dizer é que, de fato, o Poder Judiciário exerce importante papel ao atuar em matérias precipuamente direcionadas a outros Poderes, de forma excepcional e pontual. No entanto, essa atuação deve ser, necessariamente, pontual e excepcional. Não pode o Poder Judiciário, se transmutar em verdadeiro superpoder interferindo cotidianamente em matérias estranhas a sua competência precípua.

Este foi o ponto central desenvolvido na presente dissertação. É fato que a jurisdição constitucional se tem ampliado constantemente, em razão da postura mais ativista do Poder judiciário. Essa tendência de ampliação da jurisprudência constitucional pode ser justificada por diversas razões, entre as quais podemos destacar a importância dos direitos tutelados que se encontram na Constituição e devem ser garantidos aos cidadãos. Há, ainda, a justificativa quanto à inércia dos demais poderes frente às necessidades sociais.

Diante desta realidade, o objetivo da presente dissertação foi o de, inicialmente, discorrer brevemente sobre o Constitucionalismo, direitos constitucionalmente protegidos e a tendência de maior constitucionalização de direitos. Na sequência, tratou-se da concretização da constituição, iniciando-se pela hermenêutica, passando pelo ativismo judicial até a segurança jurídica.

No capítulo seguinte, por sua vez, foram apresentados seis casos difíceis, onde o Poder Judiciário foi chamado a atuar em situações concretas vivenciadas, de efetivo ativismo judiciário em âmbito nacional. Tratou-se da questão do ativismo, por meio da interferência do Poder Judiciário em atribuições precípua do Poder Legislativo e também do Poder Executivo.

Não se desconhece ou se questiona a importância do Poder Judiciário, nem a relevância e legitimidade da sua atuação deste, quando em face de flagrante desrespeito às normas constitucionais. No entanto, o que se observou, muitas vezes, foi uma interferência desarrazoada do Poder Judiciário em atribuições estranhas a sua primordial competência constitucional.

Sabemos que o Poder Judiciário, sempre que provocado, deve socorrer o cidadão e a sociedade, frente a omissões e irregularidades perpetradas por outros poderes. No entanto, não pode o Judiciário modificar o texto expresso da norma – como tem ocorrido reiteradamente – sob a pena de flagrante violação da Constituição, em especial, do princípio da separação dos Poderes e, também da segurança jurídica.

Da mesma forma, não atendida norma garantidora de direito ou garantia fundamental por parte do Poder Executivo, deve o Judiciário ser chamado. Porém, sua atuação não pode – como se tem verificado com frequência - levar a uma invasão da discricionariedade administrativa, em especial, se considerada a finitude de recursos e a infinitude de demandas sociais.

Quando provocado, o Poder Judiciário não pode se furtar em atuar de forma a garantir a plena aplicabilidade da Constituição, mesmo que por meio da concretização de Direito ou garantia constitucionalmente previsto. Da mesma forma, afigura-se plenamente legítima a atuação do Poder Judiciário em sede de controle de constitucionalidade de leis, mesmo que sob a técnica da interpretação conforme.

No entanto, essa atuação deve ser pontual e específica, sob a pena de flagrante ofensa ao princípio da separação dos poderes, ao princípio da segurança

jurídica e a diversos outros princípios tão caros ao sistema constitucional nacional. Não pode e não deve o Poder Judiciário se sobrepor a outros poderes, tornando-se, como dizem alguns, um verdadeiro superpoder.

O que se constatou com a presente dissertação é que tem sido tão frequente e corriqueira a atuação do Poder Judiciário em temas próprios da função legislativa, que, não raras vezes, o Conselho Nacional de Justiça, órgão administrativo por essência, vinculado ao Poder Judiciário, tem se prestado, com base em decisões ativistas do Poder Judiciário, a referendar suas decisões, emitindo resoluções, provimentos e portarias, para fins de cumprimento geral e abstrato do que fora decidido pela cúpula máxima do judiciário nacional.

Ou seja, já se tem em tamanha normalidade essa interferência do Poder Judiciário sobre a função legislativa que, uma vez proferida decisão judicial pelo Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça, não raras vezes, tem se prestado a regulamentar tal decisão, para que seja aplicada de forma abstrata e uniforme em todo o território nacional.

Não se pretende aqui esgotar o debate sobre o atual papel desempenhado pelo Poder Judiciário no sistema constitucional vigente. O que se buscou com a presente dissertação foi demonstrar a necessidade de equilíbrio entre a concretização da Constituição e o respeito às demais normas constitucionais. É preciso ter em conta a existência do princípio da separação dos poderes, que não pode ser suprimido ante a cada vez mais frequente utilização da técnica de interpretação conforme a constituição, o que não raras vezes, desconsidera o que fora escrito pelo poder constitucionalmente competente para tal mister.

A partir da tensão criada pelo excesso de ativismo por parte do Poder Judiciário, começam a se esboçar reações das demais esferas de Poder, no intuito de limitar excessos eventualmente verificados. É o que se vê, por exemplo, com a promulgação da Lei Federal 13.655/2018, que ao alterar trechos da Lei de Introdução às Normas Jurídicas Brasileira, não deixa de impor limites de observância obrigatória, inclusive pelo Poder Judiciário, no caso de execução ou invalidação de ato pelo Poder Público, de extrema relevância no que se refere a decisões judiciais que determinem a execução de políticas públicas.

Da mesma forma, com o intuito de limitar a excessiva postura ativista do Poder Judiciário, foi apresentado o Projeto de Lei Federal 4.754/2016, ainda

pendente de votação, que cria a figura do crime de responsabilidade para o ativismo judicial, o que seria uma tentativa do Poder Legislativo de limitar a atuação do Judiciário, especialmente no que diz respeito à sua intromissão na função legislativa.

Vale destacar, repita-se, que não pretende a presente dissertação esgotar o assunto, mas apenas trazer à discussão essa importante transformação pela qual tem passado, na atualidade, a jurisdição constitucional e o constitucionalismo, em âmbito nacional. O importante e até mesmo necessário é compatibilizar a efetiva concretização da Constituição sem, contudo, permitir que excessos sejam praticados.

De qualquer forma, não é demais lembrar que o direito constitucional brasileiro se encontra em importante fase, na qual diversos instrumentos vêm sendo utilizados com o fim de dar concretude às normas constitucionais. No entanto, não podemos deixar que se infrinjam normas outras também de extrema relevância para o sistema jurídico nacional.

Assim, neste campo, um dos maiores desafios da atualidade é a correta utilização de importantes ferramentas trazidas pelo Constitucionalismo moderno sem, contudo, permitir que se parta para a sua utilização de forma desarrazoada ou ilimitada, o que violaria, não apenas o princípio da segurança jurídica e da tripartição dos poderes, como poderia levar à caracterização do Poder Judiciário, como um verdadeiro superpoder.

Referências

- ABRAHAM, M. **Curso de direito financeiro brasileiro**. 4. ed. rev. atual. e ampl. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- ACQUAVIVA, M. C. **Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Barueri: Manole, 2010.
- ALEXY, R. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Mandamentos, 2001.
- ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, R. **Teoria discursiva do direito**. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- ALMEIDA, J. A. D.; BRITO, T. C. D. S. O princípio da segurança jurídica e suas implicações na relativização da coisa julgada. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, 2010. p.175-210.
- APPIO, E. F. O controle judicial das políticas públicas no Brasil. Florianópolis: Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2004. 437 p. Tese (Doutorado).
- BARBOSA, E. F. Segurança Jurídica e Justiça. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, 2001. 279-285.
- BARBOSA, M. L.; TEIXEIRA, J. P. A. Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo. **Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, 08, n.2, 2017. 1113-1142.
- BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. rev. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 7. ed. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BASTOS, D. D. A.; KRELL, A. J. **O Estado de coisas inconstitucional como ativismo dialógico estrutural para a concretização dos direitos fundamentais: limites para o controle judicial de políticas penitenciárias**. **REVISTA JURÍDICA DIREITO & PAZ**, Lorena, ano IX, n. 37, 2º sem. 2017. p. 293-308.
- BERTI, M. G.; STOINSKI, L. F. D. V. **Afinal de que vale o Direito Positivo? XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA**, Florianópolis, p. 25-43, 2016.
- BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, N. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.
- BOBBIO, N. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução de Edson Bini, Carlos E. Rodrigues Márcio Pugliesi. São Paulo: Icone, 1996.

- BONAVIDES, P. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- BULLUS, U. L. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CADEMARTORI, L. H. U.; DUARTE, F. C. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.
- CAMPILONGO, C. F. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional**. 6ª. ed. Coimbra: Amedina, 1993.
- CARREIRA, G. S. O Princípio da Segurança Jurídica e a Superação do Precedente Judicial. **Dissertação de Mestrado apresentado à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**, São Paulo, p. 173, 2013.
- CARVALHO, K. G. **Direito Constitucional**. 15. ed. Belo Horizonte: DelRey, 2009.
- COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 11. ed. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- COSTA, M. M. M. D.; DIEHL, R. C. A REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL EM TEMPOS DE GLOBALIZAÇÃO: UMA ANÁLISE SOBRE A EXTRAFISCALIDADE. **REVISTA JURÍDICA DIREITO & PAZ**, Lorena, ano IX, n. 37, 2º sem. 2017. 97-116.
- COSTA, R. D. O. SEGURANÇA JURÍDICA E (IM)PREVISIBILIDADE DO DIREITO. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, 2014.
- CUNHA, P. F. D. **Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. São Paulo: Saraiva, 2018.
- DALLARI, D. D. A. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DALLEFI, N. M. S. D. C. DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA COMO DECORRÊNCIA DA IDEOLOGIA POLÍTICA E JURÍDICA. **IV Congresso Nacional da FEPODI**, São Paulo, p. 55 - 68, 2016.
- DANTAS, M. C. **Constitucionalismo Dirigente e Pós-Modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DI_PIETRO, M. S. Z. **DIREITO ADMINISTRATIVO**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- DINIZ, M. H. **Código Civil Anotado**. 15. ed. São Paulo: RT, 2010.
- DINIZ, M. H. **Competêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

- FAZI, F. D. El concepto estricto de los derechos sociales fundamentales. **Derecho Estado**, Bogotá, jul./dez. 2018. p.173-195.
- FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de Direito Constitucional**. 40. ed. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- FERREIRA FILHO, M. G. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- FILHO, N. S. **Direito Constitucional**. 3. ed. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- FILHO, P. P. L. A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL: regramento, executoriedade, eficácia e aspectos pragmáticos. **Dissertação de Mestrado apresentada à Unial**, Lorena, 2018.
- GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2018.
- GALDINO, V.; MAZARO, J. L. DA TUTELA JURÍDICA DOS INDIVÍDUOS LGBT SOB A PERSPECTIVA DA LIBERDADE, DA IGUALDADE, DA VIDA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. **REVISTA JURÍDICA DIREITO & PAZ**, Lorena, v. ano X n. 39, p. 83-101, 2º sem. 2018.
- GALVÃO, J. O. L. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GARGARELLA, R. SOBRE EL “NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO”. **Revista Uruguaya de Ciencia Política**, Montivideo, 27, nº 1, 2018.p. 109-129.
- GOMES, V. D. C. O modelo uruguaio de despenalização do aborto: possibilidades ao sistema brasileiro. **V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI**, Florianópolis, 2016. 188-207.
- GUSMÃO, P. D. D. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I, 1997.
- HART, H. L. A. **Direito, liberdade, moralidade**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1987.
- HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Ribeiro Mendes. 5ª ed. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- HAZAR, M. R. C.; FERREIRA, T. A. D. O. A POLÊMICA ANÁLISE SOBRE A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO E OS DIREITOS DAS MULHERES NO ESTADO BRASILEIRO. **XXV Congresso Conpedi**, Florianópolis, 2016. p.119-135.
- HEUSELER, D. et al. **Manual dos Notários e dos Registradores**. Campo Grande: Contemplar, 2018.
- JUNIOR, T. S. F. **Introdução ao Estudo do Direito**. 5. ed. São Paulo: [s.n.], 2007.

- KANT, I. **Crítica da faculdade do juízo**. Tradução de Valerio Rohden e António Marques. 3. ed. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.
- KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LIMBERGER, T.; NOGUEIRA, A. D. C. NEOCONSTITUCIONALISMO: O ALICERCE DO ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO. **Direito e liberdade**, Natal, p. 263-289, 2017.
- LOUREIRO, L. G. **Registros públicos: teoria e prática**. 9. ed. rev. atual e ampl. ed. Salvador: Juspodium, 2018.
- MADALENO, R. **Direito de Família**. 8. ed. rev. atual. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2018.
- MARTINS, I. G. D. S. O ATIVISMO JUDICIAL E A ORDEM CONSTITUCIONAL. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, p. 23-28, 2011.
- MASSI, C. V. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento. **Revista dos Tribunais**, p. 1-15, 2015.
- MASSON, C. **Direito Penal. Parte Geral**. 12^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 21. ed. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- MENDES, G. G. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 4. ed. rev. e ampl. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MORAES, A. D. **Direito Constitucional**. 33^a. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- MOURA, P. B. A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA: O PAPEL DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA PARA AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURANÇA NO BRASIL. **V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI**, Florianópolis, 2016.
- NADER, P. **Introdução ao Estudo do Direito**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- NASCIMENTO JÚNIOR, M. J.; CARNEIRO, L. D. S. ESCOLHAS TRÁGICAS: SEGURANÇA JURÍDICA OU PREVALÊNCIA DAS CIRCUNSTÂNCIAS? **REVISTA JURÍDICA DIREITO & PAZ.**, Lorena, v. v 2 n.37, p. 69 - 95, 2017.
- NASCIMENTO, A. J. O ATIVISMO ANENCÉFALO: É NECESSÁRIO DISCUTIR AS PREDISPOSIÇÕES EXISTENTES NO DEBATE SOBRE ATIVISMO JUDICIAL. **REVISTA JURÍDICA DIREITO & PAZ**, Lorena, v. 1, n. 36, p. 328 - 349, jul. 2017.
- NEVES, A. F. F. DIREITOS FUNDAMENTAIS ECONÔMICOS E A SEGURANÇA JURÍDICA. **XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI**, Florianópolis, p. 93 - 108, 2016.

- NÓBREGA, A. C. O.; ARRUDA, G. C. M. A descriminalização do aborto: entre a inépcia do legislativo e a politização do judiciário. **XXVI Congresso Nacional do Conpedi - São Luís -MA**, Florianópolis, 2017.p. 141-146.
- PEREIRA, J. R. G. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2. ed. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- PEREIRA, R. D. C. **Direito de Família e o Novo Código Civil**. [S.l.]: Del Rey, 2002.
- PERES, A. R.; SIMIONI, R. L. A GENEALOGIA DE UM CONSTITUCIONALISMO COMUM E A EXPANSÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL. **REVISTA JURÍDICA DIREITO & PAZ**, Lorena, 2º. sem. 2017. p.179-198.
- PETERS, A. Los méritos del constitucionalismo global. **Derecho Estado**, Bogotá, jan./june. 2018.p. 3-20.
- PIOVESAN, F. **Direitos humanos o direito constitucional internacional**. 18. ed. rev. e atual. ed. São Paulo: Saraiva , 2018.
- QUEIROZ, R. M. R. A natureza jurídica dos crimes de responsabilidade presidencial no direito Brasileiro: Lições a partir do impeachment de Dilma Rousseff. **e-Pública**, Lisboa, 2017. p.220-245.
- RABAEI, A. L. Correction and Facticity: justice and democracy. **Revista de Derecho**, Santiago, 2018. p.139-164.
- RAMOS, E. S. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- REALE, M. **Teoria do direito e do Estado**. 5. ed. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- REMEDIO, A.; AGUIAR, M. V. P. A LEI 13.097/2015 E A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONCENTRAÇÃO NO REGISTRO DE IMÓVEIS. **REVISTA JURÍDICA DIREITO & PAZ**, Lorena, ano IX, n. 37, 2 sem. 2017.p.04-25.
- SCHIER, P. R. Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, jan./mar. 2003. p.145-165.
- SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- SERRANO, P. J. **Teoria do Direito**. Volta Redonda: Jurimestre, 2017.
- SILVA, D. R. D.; CELESTINO, K. A. F. V. O risco à democracia ante a mitigação de direitos fundamentais sociais: a perspectiva do Estado em Crise e aparente violação ao Princípio da Proibição do Retrocesso. **Teorias do Direito e Realismo Jurídico** , Curitiba, v. v. 2 n. 2, p. 01 - 23, jul/dez 2016.
- SILVA, D. R. D.; SOARES, T. C. A concretização dos direitos sociais: Reflexões sobre a capacidade do Estado de garanti-los em face dos recursos públicos limitados. **XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA**, Florianópolis, p. 270 - 285, 2018.

SILVA, R. M. D. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. **UniCEUB**, Brasília, 2017. p.04-17.

SIQUEIRA JR, P. H. **Jurisdição Constitucional Política**. São Paulo: Saraiva, 2017.

SOARES, H. C. Não levando os custos dos direitos a sério: o Direito e pelo Supremo Tribunal Federal .Prestacional à saúde. **Revista de direito Sanitário**, São Paulo, 2015.p. 29-51.

SOARES, R. M. F. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. 3. ed. rev. amp. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SOUZA, L. D. F. D. Reservado Possível e o Mínimo Existencial: embate entre direitos fundamentais e limitações orçamentárias. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Pouso Alegre, p. 205-226, 2013.

STRECK, L. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TARTUCE, F. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2016.

TAVARES, A. R. **Curso de Direito Constitucional**. 10º. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VASCONCELOS, A. G. D.; BRAGA, R. M. D. **C.O Conceito de Segurança Jurídica no Estado Democrático de Direito. XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF**, Florianópolis, 2016. p.403-418.

VENOSA, S. D. S. **Código Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010.

WANG, D. W. L. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na Jurisprudência do STF. REVISTA DIREITO GV**, São Paulo, p. 539-568, 2008.

ZIPPELIUS, R. **Teoria Geral do Estado**. Tradução de António Franco António Francisco de Souza. São Paulo: Saraiva, 2016.

ANEXO A – Provimento Nº 73 de 28/06/2018

Ementa: Dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN).

Origem: Corregedoria

PROVIMENTO N.73, DE 28 DE JUNHO DE 2018.

Dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa *transgênero* no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN).

O CORREGEDOR NACIONAL DE JUSTIÇA, usando de suas atribuições constitucionais, legais e regimentais e

CONSIDERANDO o poder de fiscalização e de normatização do Poder Judiciário dos atos praticados por seus órgãos [art. 103-B, § 4º, I, II e III, da Constituição Federal de 1988 (CF/88)];

CONSIDERANDO a competência do Poder Judiciário de fiscalizar os serviços dos Rpm (arts. 103-B, § 4º, I e III, e 236, § 1º, da CF/88);

CONSIDERANDO a competência do Corregedor Nacional de Justiça de expedir provimentos e outros atos normativos destinados ao aperfeiçoamento das atividades dos ofícios do RCPN (art. 8º, X, do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça);

CONSIDERANDO a obrigação dos registradores do RCPN de cumprir as normas técnicas estabelecidas pelo Poder Judiciário (arts. 37 e 38 da Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994);

CONSIDERANDO a legislação internacional de direitos humanos, em especial, o Pacto de San Jose da Costa Rica, que impõe o respeito ao direito ao nome (art. 18), ao reconhecimento da personalidade jurídica (art. 3º), à liberdade pessoal (art. 7º.1) e à honra e à dignidade (art. 11.2);

CONSIDERANDO a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, da qual a República Federativa do Brasil é signatária e cujos dispositivos devem ser observados sob pena de responsabilidade internacional;

CONSIDERANDO a Opinião Consultiva n. 24/17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que trata da identidade de gênero, igualdade e não discriminação e define as obrigações dos Estados-Parte no que se refere à alteração do nome e à identidade de gênero;

CONSIDERANDO o direito constitucional à dignidade (art. 1º, III, da CF/88), à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem (art. 5º, X, da CF/88), à igualdade (art. 5º, *caput*, da CF/88), à identidade ou expressão de gênero sem discriminações;

CONSIDERANDO a decisão da Organização Mundial da Saúde de excluir a transexualidade do capítulo de doenças mentais da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID);

CONSIDERANDO a possibilidade de o Brasil, como Estado-Membro das Nações Unidas, adotar a nova CID a partir de maio de 2019, quando da apresentação do documento na Assembleia Mundial da Saúde, sendo permitidos, desde já, o planejamento e a adoção de políticas e providências, inclusive normativas, adequadas à nova classificação;

CONSIDERANDO a decisão do Supremo Tribunal Federal que conferiu ao art. 58 da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, interpretação conforme à Constituição Federal, reconhecendo o direito da pessoa *transgênero* que desejar, independentemente de cirurgia de redesignação ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, à substituição de prenome e gênero diretamente no ofício do RCPN (ADI n. 4.275/DF);

CONSIDERANDO a decisão proferida nos autos do Pedido de Providências n. 0005184-05.2016.2.00.0000, em trâmite no Conselho Nacional de Justiça,

RESOLVE:

Art. 1º Dispor sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais.

Art. 2º Toda pessoa maior de 18 anos completos habilitada à prática de todos os atos da vida civil poderá requerer ao ofício do RCPN a alteração e a averbação do prenome e do gênero, a fim de adequá-los à identidade autopercebida.

- 1º A alteração referida no *caput* deste artigo poderá abranger a inclusão ou a exclusão de agnomes indicativos de gênero ou de descendência.
- 2º A alteração referida no *caput* não compreende a alteração dos nomes de família e não pode ensejar a identidade de prenome com outro membro da família.
- 3º A alteração referida no *caput* poderá ser desconstituída na via administrativa, mediante autorização do juiz corregedor permanente, ou na via judicial.

Art. 3º A averbação do prenome, do gênero ou de ambos poderá ser realizada diretamente no ofício do RCPN onde o assento foi lavrado.

Parágrafo único. O pedido poderá ser formulado em ofício do RCPN diverso do que lavrou o assento; nesse caso, deverá o registrador encaminhar o procedimento ao oficial competente, às expensas da pessoa requerente, para a averbação pela Central de Informações do Registro Civil (CRC).

Art. 4º O procedimento será realizado com base na autonomia da pessoa requerente, que deverá declarar, perante o registrador do RCPN, a vontade de

proceder à adequação da identidade mediante a averbação do prenome, do gênero ou de ambos.

§ 1º O atendimento do pedido apresentado ao registrador independe de prévia autorização judicial ou da comprovação de realização de cirurgia de redesignação sexual e/ou de tratamento hormonal ou patologizante, assim como de apresentação de laudo médico ou psicológico.

§ 2º O registrador deverá identificar a pessoa requerente mediante coleta, em termo próprio, conforme modelo constante do anexo deste provimento, de sua qualificação e assinatura, além de conferir os documentos pessoais originais.

§ 3º O requerimento será assinado pela pessoa requerente na presença do registrador do RCPN, indicando a alteração pretendida.

§ 4º A pessoa requerente deverá declarar a inexistência de processo judicial que tenha por objeto a alteração pretendida.

§ 5º A opção pela via administrativa na hipótese de tramitação anterior de processo judicial cujo objeto tenha sido a alteração pretendida será condicionada à comprovação de arquivamento do feito judicial.

§ 6º A pessoa requerente deverá apresentar ao ofício do RCPN, no ato do requerimento, os seguintes documentos:

I – certidão de nascimento atualizada;

II – certidão de casamento atualizada, se for o caso;

III – cópia do registro geral de identidade (RG);

IV – cópia da identificação civil nacional (ICN), se for o caso;

V – cópia do passaporte brasileiro, se for o caso;

VI – cópia do cadastro de pessoa física (CPF) no Ministério da Fazenda;

VII – cópia do título de eleitor;

IX – cópia de carteira de identidade social, se for o caso;

X – comprovante de endereço;

XI – certidão do distribuidor cível do local de residência dos últimos cinco anos (estadual/federal);

XII – certidão do distribuidor criminal do local de residência dos últimos cinco anos (estadual/federal);

XIII – certidão de execução criminal do local de residência dos últimos cinco anos (estadual/federal);

XIV – certidão dos tabelionatos de protestos do local de residência dos últimos cinco anos;

XV – certidão da Justiça Eleitoral do local de residência dos últimos cinco anos;

XVI – certidão da Justiça do Trabalho do local de residência dos últimos cinco anos;

XVII – certidão da Justiça Militar, se for o caso.

- 7º Além dos documentos listados no parágrafo anterior, é facultado à pessoa requerente juntar ao requerimento, para instrução do procedimento previsto no presente provimento, os seguintes documentos:

I – laudo médico que ateste a transexualidade/travestilidade;

II – parecer psicológico que ateste a transexualidade/travestilidade;

III – laudo médico que ateste a realização de cirurgia de redesignação de sexo.

- 8º A falta de documento listado no § 6º impede a alteração indicada no requerimento apresentado ao ofício do RCPN.
- 9º Ações em andamento ou débitos pendentes, nas hipóteses dos incisos XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI e XVII do § 6º, não impedem a averbação da alteração pretendida, que deverá ser comunicada aos juízos e órgãos competentes pelo ofício do RCPN onde o requerimento foi formalizado.

Art. 5º A alteração de que trata o presente provimento tem natureza sigilosa, razão pela qual a informação a seu respeito não pode constar das certidões dos assentos, salvo por solicitação da pessoa requerente ou por determinação judicial, hipóteses em que a certidão deverá dispor sobre todo o conteúdo registral.

Art. 6º Suspeitando de fraude, falsidade, má-fé, vício de vontade ou simulação quanto ao desejo real da pessoa requerente, o registrador do RCPN fundamentará a recusa e encaminhará o pedido ao juiz corregedor permanente.

Art. 7º Todos os documentos referidos no art. 4º deste provimento deverão permanecer arquivados indefinidamente, de forma física ou eletrônica, tanto no ofício do RCPN em que foi lavrado originalmente o registro civil quanto naquele em que foi lavrada a alteração, se diverso do ofício do assento original.

Parágrafo único. O ofício do RCPN deverá manter índice em papel e/ou eletrônico de forma que permita a localização do registro tanto pelo nome original quanto pelo nome alterado.

Art. 8º Finalizado o procedimento de alteração no assento, o ofício do RCPN no qual se processou a alteração, às expensas da pessoa requerente, comunicará o ato oficialmente aos órgãos expedidores do RG, ICN, CPF e passaporte, bem como ao Tribunal Regional Eleitoral (TRE).

- 1º A pessoa requerente deverá providenciar a alteração nos demais registros que digam respeito, direta ou indiretamente, a sua identificação e nos documentos pessoais.
- 2º A subsequente averbação da alteração do prenome e do gênero no registro de nascimento dos descendentes da pessoa requerente dependerá da anuência deles quando relativamente capazes ou maiores, bem como da de ambos os pais.
- 3º A subsequente averbação da alteração do prenome e do gênero no registro de casamento dependerá da anuência do cônjuge.
- 4º Havendo discordância dos pais ou do cônjuge quanto à averbação mencionada nos parágrafos anteriores, o consentimento deverá ser suprido judicialmente.

Art. 9º Enquanto não editadas, no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, normas específicas relativas aos emolumentos, observadas as diretrizes previstas pela Lei n. 10.169, de 29 de dezembro de 2000, aplicar-se-á às averbações a tabela referente ao valor cobrado na averbação de atos do registro civil.

Parágrafo único. O registrador do RCPN, para os fins do presente provimento, deverá observar as normas legais referentes à gratuidade de atos.

Art. 10. Este provimento entra em vigor na data de sua publicação.

Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

ANEXO

OFICIAL DE REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS DO MUNICÍPIO DE ...

I - REQUERENTE:

Nome civil completo, nacionalidade, naturalidade, data e local do nascimento, estado civil, profissão, RG, CPF, endereço completo, telefone, endereço eletrônico.

II - REQUERIMENTO:

Visto que o gênero que consta em meu registro de nascimento não coincide com minha identidade autopercebida e vivida, solicito que seja averbada a alteração do sexo para (masculino ou feminino), bem como seja alterado o prenome para...

III - DECLARAÇÕES SOB AS PENAS DA LEI

Declaro que não possuo passaporte, identificação civil nacional (ICN) ou registro geral de identidade (RG) emitido em outra unidade da Federação.

OU

Declaro que possuo o Passaporte n., ICN n. e RG n. ...

Estou ciente de que não será admitida outra alteração de sexo e prenome por este procedimento diretamente no registro civil, resguardada a via administrativa perante o juiz corregedor permanente.

Estou ciente de que deverei providenciar a alteração nos demais registros que digam respeito, direta ou indiretamente, a minha pessoa e nos documentos pessoais.

Declaro que não sou parte em ação judicial em trâmite sobre identidade de gênero (ou Declaro que o pedido que estava em trâmite na via judicial foi arquivado, conforme certidão anexa.)

IV - FUNDAMENTO JURÍDICO

O presente requerimento está fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana, no art. 58 da Lei n. 6.015/1973, interpretado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 4.275, e no Provimento CN-CNJ n./2018.

Por ser verdade, firmo o presente termo.

Local e data.

Assinatura do requerente

CERTIFICO E DOU FÉ que a assinatura supra foi lançada em minha presença.

Local e data.

Carimbo e assinatura do cartório

Fonte: Portal CNJ. Atos Administrativos. Disponível em:< <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3503> >. Acesso em 12. out. 2018.

ANEXO B – Provimento Nº 63 de 14/11/2017

PROVIMENTO N. 63, DE 14 DE NOVEMBRO DE 2017.

Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos escritórios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida.

O CORREGEDOR NACIONAL DE JUSTIÇA, usando de suas atribuições, legais e regimentais e

CONSIDERANDO o poder de fiscalização e de normatização do Poder Judiciário dos atos praticados por seus órgãos (art. 103-B, § 4º, I, II e III, da Constituição Federal de 1988);

CONSIDERANDO a competência do Poder Judiciário de fiscalizar os serviços notariais e de registro (arts. 103-B, § 4º, I e III, e 236, § 1º, da Constituição Federal);

CONSIDERANDO a competência da Corregedoria Nacional de Justiça de regulamentar a padronização das certidões de nascimento, casamento, óbito e certidão de inteiro teor (art. 19, *caput*, da Lei de Registros Públicos);

CONSIDERANDO a existência de convênio firmado entre a Associação dos Registradores de Pessoas Naturais (ARPEN-Brasil) e a Receita Federal do Brasil (RFB) que viabiliza a integração da Central Nacional de Informações do Registro Civil (CRC) com o banco de dados da RFB;

CONSIDERANDO a gratuidade da incorporação do número do Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) aos documentos de identidade civil da União, dos Estados e do Distrito Federal e, mediante essa integração de dados, a possibilidade de verificação do cumprimento dos requisitos de elegibilidade para concessão e manutenção dos benefícios sociais pelo órgão concedente (art. 9º da Lei n. 13.444, de 11 de maio de 2017);

CONSIDERANDO a possibilidade de a naturalidade do cidadão corresponder à do município em que ocorreu o nascimento ou à do município de residência da mãe do registrando, desde que localizado em território nacional, cabendo a opção ao declarante no ato de registro de nascimento (art. 1º da Lei n. 13.484, de 26 de setembro de 2017);

CONSIDERANDO a possibilidade, no caso de adoção iniciada antes do registro de nascimento, de o declarante optar pela naturalidade do município de residência do adotante na data do registro;

CONSIDERANDO a necessidade de constar no assento de casamento a naturalidade dos cônjuges (art. 1º da Lei n. 13.484/2017);

CONSIDERANDO a importância da integração de dados para aumentar a confiabilidade da documentação e diminuir as possibilidades de fraudes no país, além de contemplar as fontes primárias de todo e qualquer cidadão concernentes ao nascimento, casamento e óbito, que compõem a base de dados da CRC;

CONSIDERANDO o eventual interesse de pessoa física de solicitar, quando da expedição de nascimento atualizada, a averbação de outros documentos, de forma a facilitar seu acesso a programas sociais e reunir informações em documento único;

CONSIDERANDO o sistema de registro eletrônico, que facilita a interoperabilidade de dados (arts. 37 e seguintes da Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009);

CONSIDERANDO o direito do adotado de acesso irrestrito a todos os procedimentos e incidentes da adoção (art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente);

CONSIDERANDO a existência de regulamentação pelas corregedorias-gerais de justiça dos Estados do reconhecimento voluntário de paternidade e maternidade socioafetiva perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais;

CONSIDERANDO a conveniência de edição de normas básicas e uniformes para a realização do registro ou averbação, visando conferir segurança jurídica à paternidade ou à maternidade socioafetiva estabelecida, inclusive no que diz respeito a aspectos sucessórios e patrimoniais;

CONSIDERANDO a ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial da paternidade e maternidade socioafetiva, contemplando os princípios da afetividade e da dignidade da pessoa humana como fundamento da filiação civil;

CONSIDERANDO a possibilidade de o parentesco resultar de outra origem que não a consanguinidade e o reconhecimento dos mesmos direitos e qualificações aos filhos, havidos ou não da relação de casamento ou por adoção, proibida toda designação discriminatória relativa à filiação (arts. 1.539 e 1.596 do Código Civil);

CONSIDERANDO a possibilidade de reconhecimento voluntário da paternidade perante o oficial de registro civil das pessoas naturais e, ante o princípio da igualdade jurídica e de filiação, de reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade socioafetiva;

CONSIDERANDO a necessidade de averbação, em registro público, dos atos judiciais ou extrajudiciais que declararem ou reconhecerem a filiação (art. 10, II, do Código Civil);

CONSIDERANDO o fato de que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante

baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios (Supremo Tribunal Federal – RE n. 898.060/SC);

CONSIDERANDO o previsto no art. 227, § 6º, da Constituição Federal e no art. 1.609 do Código Civil;

CONSIDERANDO as disposições do Provimento CN-CNJ n. 13, de 3 de setembro de 2010, bem como da Resolução CNJ n. 175, de 14 de maio de 2013;

CONSIDERANDO o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante para toda a administração pública e demais órgãos do Poder Judiciário (Supremo Tribunal Federal, ADPF n. 132/RJ e ADI n. 4.277/DF);

CONSIDERANDO a garantia do direito ao casamento civil às pessoas do mesmo sexo (Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 1.183.378/RS);

CONSIDERANDO as normas éticas para uso de técnicas de reprodução assistida, tornando-as dispositivo deontológico a ser seguido por todos os médicos brasileiros (Resolução CFM n. 2.121, DOU de 24 de setembro de 2015);

CONSIDERANDO a necessidade de uniformização, em todo o território nacional, do registro de nascimento e da emissão da respectiva certidão para filhos havidos por técnica de reprodução assistida de casais homoafetivos e heteroafetivos;

CONSIDERANDO a competência da Corregedoria Nacional de Justiça de expedir provimentos e outros atos normativos destinados ao aperfeiçoamento das atividades dos serviços notariais e de registro (art. 8º, X, do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça);

CONSIDERANDO as sugestões encaminhadas à Corregedoria Nacional de Justiça, bem como as decisões proferidas nos autos dos Pedidos de Providência n. 0006194-84.2016.2.00.0000, 0002653-77.2015.2.00.0000, 00003764-28.2017.2.00.0000 e 0005066-92.2017.2.00.0000, em trâmite no Conselho Nacional de Justiça,

RESOLVE:

Seção I Das regras gerais

Art. 1º Os modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotados pelos escritórios de registro civil das pessoas naturais em todo o país, ficam instituídos na forma dos Anexos I, II e III deste provimento.

Art. 2º As certidões de casamento, nascimento e óbito, sem exceção, passarão a consignar a matrícula que identifica o código nacional da serventia, o código do acervo, o tipo do serviço prestado, o tipo de livro, o número do livro, o número da folha, o número do termo e o dígito verificador, observados os códigos previstos no Anexo IV.

§ 1º A certidão de inteiro teor requerida pelo adotado deverá dispor sobre todo o conteúdo registral, mas dela não deverá constar a origem biológica, salvo por determinação judicial (art. 19, § 3º, c/c o art. 95, parágrafo único, da Lei de Registros Públicos).

§ 2º A certidão de inteiro teor, de natimorto e as relativas aos atos registrados ou transcritos no Livro E deverão ser emitidas de acordo com o modelo do Anexo V.

Art. 3º O oficial de registro civil das pessoas naturais incluirá no assento de nascimento, em campo próprio, a naturalidade do recém-nascido ou a do adotado na hipótese de adoção iniciada antes do registro de nascimento.

§ 1º O registrando poderá ser cidadão do município em que ocorreu o nascimento ou do município de residência da mãe na data do nascimento, desde que localizado em território nacional, cabendo ao declarante optar no ato de registro de nascimento.

§ 2º Os modelos de certidão de nascimento continuarão a consignar, em campo próprio, o local de nascimento do registrando, que corresponderá ao local do parto.

Art. 4º As certidões de nascimento deverão conter, no campo filiação, as informações referentes à naturalidade, domicílio ou residência atual dos pais do registrando.

Art. 5º O número da declaração do nascido vivo, quando houver, será obrigatoriamente lançado em campo próprio da certidão de nascimento.

Art. 6º O CPF será obrigatoriamente incluído nas certidões de nascimento, casamento e óbito.

§ 1º Se o sistema para a emissão do CPF estiver indisponível, o registro não será obstado, devendo o oficial averbar, sem ônus, o número do CPF quando do reestabelecimento do sistema.

§ 2º Nos assentos de nascimento, casamento e óbito lavrados em data anterior à vigência deste provimento, poderá ser averbado o número de CPF, de forma gratuita, bem como anotados o número do DNI ou RG, título de eleitor e outros dados cadastrais públicos relativos à pessoa natural, mediante conferência.

§ 3º A partir da vigência deste provimento, a emissão de segunda via de certidão de nascimento, casamento e óbito dependerá, quando possível, da prévia averbação cadastral do número de CPF no respectivo assento, de forma gratuita.

§ 4º A inclusão de dados cadastrais nos assentos e certidões por meio de averbação ou anotação não dispensará a parte interessada de apresentar o documento original quando exigido pelo órgão solicitante ou quando necessário à identificação do portador.

§ 5º As certidões não necessitarão de quadros predefinidos, sendo suficiente que os dados sejam preenchidos conforme a disposição prevista nos Anexos I, II, III e IV, e os sistemas para emissão das certidões de que tratam referidos anexos deverão possuir quadros capazes de adaptar-se ao texto a ser inserido.

Art. 7º Será incluída no assento de casamento a naturalidade dos cônjuges (art. 70 da Lei de Registros Públicos).

Art. 8º O oficial de registro civil das pessoas naturais não poderá exigir a identificação do doador de material genético como condição para a lavratura do registro de nascimento de criança gerada mediante técnica de reprodução assistida.

Art. 9º Os novos modelos deverão ser implementados até o dia 1º de janeiro de 2018 e não devem conter quadros preestabelecidos para o preenchimento dos nomes dos genitores e progenitores, bem como para anotações de cadastro que não estejam averbadas ou anotadas nos respectivos registros.

Parágrafo único. As certidões expedidas em modelo diverso até a data de implementação mencionada no *caput* deste artigo não precisarão ser substituídas e permanecerão válidas por prazo indeterminado.

Seção II - Da Paternidade Socioafetiva

Art. 10. O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais.

§ 1º O reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade será irrevogável, somente podendo ser desconstituído pela via judicial, nas hipóteses de vício de vontade, fraude ou simulação.

§ 2º Poderão requerer o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva de filho os maiores de dezoito anos de idade, independentemente do estado civil.

§ 3º Não poderão reconhecer a paternidade ou maternidade socioafetiva os irmãos entre si nem os ascendentes.

§ 4º O pretense pai ou mãe será pelo menos dezesseis anos mais velho que o filho a ser reconhecido.

Art. 11. O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva será processado perante o oficial de registro civil das pessoas naturais, ainda que diverso daquele em que foi lavrado o assento, mediante a exibição de documento oficial de identificação com foto do requerente e da certidão de nascimento do filho, ambos em original e cópia, sem constar do traslado menção à origem da filiação.

§ 1º O registrador deverá proceder à minuciosa verificação da identidade do requerente, mediante coleta, em termo próprio, por escrito particular, conforme modelo constante do Anexo VI, de sua qualificação e assinatura, além de proceder à rigorosa conferência dos documentos pessoais.

§ 2º O registrador, ao conferir o original, manterá em arquivo cópia de documento de identificação do requerente, juntamente com o termo assinado.

§ 3º Constarão do termo, além dos dados do requerente, os dados do campo FILIAÇÃO e do filho que constam no registro, devendo o registrador colher a assinatura do pai e da mãe do reconhecido, caso este seja menor.

§ 4º Se o filho for maior de doze anos, o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva exigirá seu consentimento.

§ 5º A coleta da anuência tanto do pai quanto da mãe e do filho maior de doze anos deverá ser feita pessoalmente perante o oficial de registro civil das pessoas naturais ou escrevente autorizado.

§ 6º Na falta da mãe ou do pai do menor, na impossibilidade de manifestação válida destes ou do filho, quando exigido, o caso será apresentado ao juiz competente nos termos da legislação local.

§ 7º Serão observadas as regras da tomada de decisão apoiada quando o procedimento envolver a participação de pessoa com deficiência (Capítulo III do Título IV do Livro IV do Código Civil).

§ 8º O reconhecimento da paternidade ou da maternidade socioafetiva poderá ocorrer por meio de documento público ou particular de disposição de última vontade, desde que seguidos os demais trâmites previstos neste provimento.

Art. 12. Suspeitando de fraude, falsidade, má-fé, vício de vontade, simulação ou dúvida sobre a configuração do estado de posse de filho, o registrador fundamentará a recusa, não praticará o ato e encaminhará o pedido ao juiz competente nos termos da legislação local.

Art. 13. A discussão judicial sobre o reconhecimento da paternidade ou de procedimento de adoção obstará o reconhecimento da filiação pela sistemática estabelecida neste provimento.

Parágrafo único. O requerente deverá declarar o desconhecimento da existência de processo judicial em que se discuta a filiação do reconhecendo, sob pena de incorrer em ilícito civil e penal.

Art. 14. O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais e de duas mães no campo FILIAÇÃO no assento de nascimento.

Art. 15. O reconhecimento espontâneo da paternidade ou maternidade socioafetiva não obstaculizará a discussão judicial sobre a verdade biológica.

Seção III - Da Reprodução Assistida

Art. 16. O assento de nascimento de filho havido por técnicas de reprodução assistida será inscrito no Livro A, independentemente de prévia autorização judicial e observada a legislação em vigor no que for pertinente, mediante o comparecimento de ambos os pais, munidos de documentação exigida por este provimento.

§ 1º Se os pais forem casados ou conviverem em união estável, poderá somente um deles comparecer ao ato de registro, desde que apresente a documentação referida no art. 17, III, deste provimento.

§ 2º No caso de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem referência a distinção quanto à ascendência paterna ou materna.

Art. 17. Será indispensável, para fins de registro e de emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos:

I – declaração de nascido vivo (DNV);

II – declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários;

III – certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal.

§ 1º Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação.

§ 2º Nas hipóteses de reprodução assistida *post mortem*, além dos documentos elencados nos incisos do *caput* deste artigo, conforme o caso, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida.

§ 3º O conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento do vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o filho gerado por meio da reprodução assistida.

Art. 18. Será vedada aos oficiais registradores a recusa ao registro de nascimento e à emissão da respectiva certidão de filhos havidos por técnica de reprodução assistida, nos termos deste provimento.

§ 1º A recusa prevista no *caput* deverá ser comunicada ao juiz competente nos termos da legislação local, para as providências disciplinares cabíveis.

§ 2º Todos os documentos referidos no art. 17 deste provimento deverão permanecer arquivados no ofício em que foi lavrado o registro civil.

Art. 19. Os registradores, para os fins do presente provimento, deverão observar as normas legais referentes à gratuidade de atos.

Seção IV - Das Disposições Finais

Art. 20. Revogam-se os Provimentos CN-CNJ n. 2 e 3, de 27 de abril de 2009, e 52, de 14 de março de 2016.

Art. 21. Este provimento entra em vigor na data de sua publicação.

Fonte: Portal CNJ. Atos Administrativos. Disponível em:< <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>>. Acesso em 20 ago. 2018

ANEXO C – Resolução 213 do CNJ

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ), no uso de suas atribuições legais e regimentais;

CONSIDERANDO o art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, bem como o art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica);

CONSIDERANDO a decisão nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 do Supremo Tribunal Federal, consignando a obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente;

CONSIDERANDO o que dispõe a letra "a" do inciso I do art. 96 da Constituição Federal, que defere aos tribunais a possibilidade de tratarem da competência e do funcionamento dos seus serviços e órgãos jurisdicionais e administrativos;

CONSIDERANDO a decisão prolatada na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5240 do Supremo Tribunal Federal, declarando a constitucionalidade da disciplina pelos Tribunais da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente;

CONSIDERANDO o relatório produzido pelo Subcomitê de Prevenção à Tortura da ONU (CAT/OP/BRA/R.1, 2011), pelo Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária da ONU (A/HRC/27/48/Add.3, 2014) e o relatório sobre o uso da prisão provisória nas Américas da Organização dos Estados Americanos;

CONSIDERANDO o diagnóstico de pessoas presas apresentado pelo CNJ e o INFOPEN do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DEPEN/MJ), publicados, respectivamente, nos anos de 2014 e 2015, revelando o contingente desproporcional de pessoas presas provisoriamente;

CONSIDERANDO que a prisão, conforme previsão constitucional (CF, art. 5º, LXV, LXVI), é medida extrema que se aplica somente nos casos expressos em lei e quando a hipótese não comportar nenhuma das medidas cautelares alternativas;

CONSIDERANDO que as inovações introduzidas no Código de Processo Penal pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, impuseram ao juiz a obrigação de converter em prisão preventiva a prisão em flagrante delito, somente quando apurada a impossibilidade de relaxamento ou concessão de liberdade provisória, com ou sem medida cautelar diversa da prisão;

CONSIDERANDO que a condução imediata da pessoa presa à autoridade judicial é o meio mais eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão, assegurando, portanto, o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal, previsto no art. 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 2.1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes;

CONSIDERANDO o disposto na Recomendação CNJ 49 de 1º de abril de 2014;

CONSIDERANDO a decisão plenária tomada no julgamento do Ato Normativo 0005913-65.2015.2.00.0000, na 223ª Sessão Ordinária, realizada em 15 de dezembro de 2015;

RESOLVE:

Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

§ 1º A comunicação da prisão em flagrante à autoridade judicial, que se dará por meio do encaminhamento do auto de prisão em flagrante, de acordo com as rotinas previstas em cada Estado da Federação, não supre a apresentação pessoal determinada no caput.

§ 2º Entende-se por autoridade judicial competente aquela assim disposta pelas leis de organização judiciária locais, ou, salvo omissão, definida por ato normativo do Tribunal de Justiça ou Tribunal Federal local que instituir as audiências de apresentação, incluído o juiz plantonista.

§ 3º No caso de prisão em flagrante delito da competência originária de Tribunal, a apresentação do preso poderá ser feita ao juiz que o Presidente do Tribunal ou Relator designar para esse fim.

§ 4º Estando a pessoa presa acometida de grave enfermidade, ou havendo circunstância comprovadamente excepcional que a impossibilite de ser apresentada ao juiz no prazo do caput, deverá ser assegurada a realização da audiência no local em que ela se encontre e, nos casos em que o deslocamento se mostre inviável, deverá ser providenciada a condução para a audiência de custódia imediatamente após restabelecida sua condição de saúde ou de apresentação.

§ 5º O CNJ, ouvidos os órgãos jurisdicionais locais, editará ato complementar a esta Resolução, regulamentando, em caráter excepcional, os prazos para apresentação à autoridade judicial da pessoa presa em Municípios ou sedes regionais a serem especificados, em que o juiz competente ou plantonista esteja impossibilitado de cumprir o prazo estabelecido no caput .

Art. 2º O deslocamento da pessoa presa em flagrante delito ao local da audiência e desse, eventualmente, para alguma unidade prisional específica, no caso de aplicação da prisão preventiva, será de responsabilidade da Secretaria de Administração Penitenciária ou da Secretaria de Segurança Pública, conforme os regramentos locais.

Parágrafo único. Os tribunais poderão celebrar convênios de modo a viabilizar a realização da audiência de custódia fora da unidade judiciária correspondente.

Art. 3º Se, por qualquer motivo, não houver juiz na comarca até o final do prazo do art. 1º, a pessoa presa será levada imediatamente ao substituto legal, observado, no que couber, o § 5º do art. 1º.

Art. 4º A audiência de custódia será realizada na presença do Ministério Público e da Defensoria Pública, caso a pessoa detida não possua defensor constituído no momento da lavratura do flagrante.

Parágrafo único. É vedada a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência de custódia.

Art. 5º Se a pessoa presa em flagrante delito constituir advogado até o término da lavratura do auto de prisão em flagrante, o Delegado de polícia deverá notificá-lo, pelos meios mais comuns, tais como correio eletrônico, telefone ou mensagem de texto, para que compareça à audiência de custódia, consignando nos autos.

Parágrafo único. Não havendo defensor constituído, a pessoa presa será atendida pela Defensoria Pública.

Art. 6º Antes da apresentação da pessoa presa ao juiz, será assegurado seu atendimento prévio e reservado por advogado por ela constituído ou defensor público, sem a presença de agentes policiais, sendo esclarecidos por funcionário credenciado os motivos, fundamentos e ritos que versam a audiência de custódia.

Parágrafo único. Será reservado local apropriado visando a garantia da confidencialidade do atendimento prévio com advogado ou defensor público.

Art. 7º A apresentação da pessoa presa em flagrante delito à autoridade judicial competente será obrigatoriamente precedida de cadastro no Sistema de Audiência de Custódia (SISTAC).

§ 1º O SISTAC, sistema eletrônico de amplitude nacional, disponibilizado pelo CNJ, gratuitamente, para todas as unidades judiciais responsáveis pela realização da audiência de custódia, é destinado a facilitar a coleta dos dados produzidos na audiência e que decorram da apresentação de pessoa presa em flagrante delito a um juiz e tem por objetivos:

- I - registrar formalmente o fluxo das audiências de custódia nos tribunais;
- II - sistematizar os dados coletados durante a audiência de custódia, de forma a viabilizar o controle das informações produzidas, relativas às prisões em flagrante, às decisões judiciais e ao ingresso no sistema prisional;
- III - produzir estatísticas sobre o número de pessoas presas em flagrante delito, de pessoas a quem foi concedida liberdade provisória, de medidas cautelares aplicadas com a indicação da respectiva modalidade, de denúncias relativas a tortura e maus tratos, entre outras;
- IV - elaborar ata padronizada da audiência de custódia;
- V - facilitar a consulta a assentamentos anteriores, com o objetivo de permitir a atualização do perfil das pessoas presas em flagrante delito a qualquer momento e a vinculação do cadastro de seus dados pessoais a novos atos processuais;
- VI - permitir o registro de denúncias de torturas e maus tratos, para posterior encaminhamento para investigação;
- VII - manter o registro dos encaminhamentos sociais, de caráter voluntário, recomendados pelo juiz ou indicados pela equipe técnica, bem como os de exame de corpo de delito, solicitados pelo juiz;
- VIII - analisar os efeitos, impactos e resultados da implementação da audiência de custódia.

§ 2º A apresentação da pessoa presa em flagrante delito em juízo acontecerá após o protocolo e distribuição do auto de prisão em flagrante e respectiva nota de culpa perante a unidade judiciária correspondente, dela constando o motivo da prisão, o nome do condutor e das testemunhas do flagrante, perante a unidade responsável para operacionalizar o ato, de acordo com regramentos locais.

§ 3º O auto de prisão em flagrante subsidiará as informações a serem registradas no SISTAC, conjuntamente com aquelas obtidas a partir do relato do próprio autuado.

§ 4º Os dados extraídos dos relatórios mencionados no inciso III do § 1º serão disponibilizados no sítio eletrônico do CNJ, razão pela qual as autoridades judiciárias responsáveis devem assegurar a correta e contínua alimentação do SISTAC.

Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo:

- I - esclarecer o que é a audiência de custódia, ressaltando as questões a serem analisadas pela autoridade judicial;
- II - assegurar que a pessoa presa não esteja algemada, salvo em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, devendo a excepcionalidade ser justificada por escrito;
- III - dar ciência sobre seu direito de permanecer em silêncio;
- IV - questionar se lhe foi dada ciência e efetiva oportunidade de exercício dos direitos constitucionais inerentes à sua condição, particularmente o direito de consultar-se com advogado ou defensor público, o de ser atendido por médico e o de comunicar-se com seus familiares;
- V - indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão;

VI - perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis;

VII - verificar se houve a realização de exame de corpo de delito, determinando sua realização nos casos em que:

a) não tiver sido realizado;

b) os registros se mostrarem insuficientes;

c) a alegação de tortura e maus tratos referir-se a momento posterior ao exame realizado;

d) o exame tiver sido realizado na presença de agente policial, observando-se a Recomendação CNJ 49/2014 quanto à formulação de quesitos ao perito;

VIII - abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante;

IX - adotar as providências a seu cargo para sanar possíveis irregularidades;

X - averiguar, por perguntas e visualmente, hipóteses de gravidez, existência de filhos ou dependentes sob cuidados da pessoa presa em flagrante delito, histórico de doença grave, incluídos os transtornos mentais e a dependência química, para analisar o cabimento de encaminhamento assistencial e da concessão da liberdade provisória, sem ou com a imposição de medida cautelar.

§ 1º Após a oitiva da pessoa presa em flagrante delito, o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, reperguntas compatíveis com a natureza do ato, devendo indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação, permitindo-lhes, em seguida, requerer:

I - o relaxamento da prisão em flagrante;

II - a concessão da liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão;

III - a decretação de prisão preventiva;

IV - a adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa.

§ 2º A oitiva da pessoa presa será registrada, preferencialmente, em mídia, dispensando-se a formalização de termo de manifestação da pessoa presa ou do conteúdo das postulações das partes, e ficará arquivada na unidade responsável pela audiência de custódia.

§ 3º A ata da audiência conterà, apenas e resumidamente, a deliberação fundamentada do magistrado quanto à legalidade e manutenção da prisão, cabimento de liberdade provisória sem ou com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, considerando-se o pedido de cada parte, como também as providências tomadas, em caso da constatação de indícios de tortura e maus tratos.

§ 4º Concluída a audiência de custódia, cópia da sua ata será entregue à pessoa presa em flagrante delito, ao Defensor e ao Ministério Público, tomando-se a ciência de todos, e apenas o auto de prisão em flagrante, com antecedentes e cópia da ata, seguirá para livre distribuição.

§ 5º Proferida a decisão que resultar no relaxamento da prisão em flagrante, na concessão da liberdade provisória sem ou com a imposição de medida cautelar alternativa à prisão, ou quando determinado o imediato arquivamento do inquérito, a pessoa presa em flagrante delito será prontamente colocada em liberdade, mediante a expedição de alvará de soltura, e será informada sobre seus direitos e obrigações, salvo se por outro motivo tenha que continuar presa.

Art. 9º A aplicação de medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do CPP deverá compreender a avaliação da real adequação e necessidade das

medidas, com estipulação de prazos para seu cumprimento e para a reavaliação de sua manutenção, observandose o Protocolo I desta Resolução.

§ 1º O acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão determinadas judicialmente ficará a cargo dos serviços de acompanhamento de alternativas penais, denominados Centrais Integradas de Alternativas Penais, estruturados preferencialmente no âmbito do Poder Executivo estadual, contando com equipes multidisciplinares, responsáveis, ainda, pela realização dos encaminhamentos necessários à Rede de Atenção à Saúde do Sistema Único de Saúde (SUS) e à rede de assistência social do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), bem como a outras políticas e programas ofertados pelo Poder Público, sendo os resultados do atendimento e do acompanhamento comunicados regularmente ao juízo ao qual for distribuído o auto de prisão em flagrante após a realização da audiência de custódia.

§ 2º Identificadas demandas abrangidas por políticas de proteção ou de inclusão social implementadas pelo Poder Público, caberá ao juiz encaminhar a pessoa presa em flagrante delito ao serviço de acompanhamento de alternativas penais, ao qual cabe a articulação com a rede de proteção social e a identificação das políticas e dos programas adequados a cada caso ou, nas Comarcas em que inexistirem serviços de acompanhamento de alternativas penais, indicar o encaminhamento direto às políticas de proteção ou inclusão social existentes, sensibilizando a pessoa presa em flagrante delito para o comparecimento de forma não obrigatória.

§ 3º O juiz deve buscar garantir às pessoas presas em flagrante delito o direito à atenção médica e psicossocial eventualmente necessária, resguardada a natureza voluntária desses serviços, a partir do encaminhamento ao serviço de acompanhamento de alternativas penais, não sendo cabível a aplicação de medidas cautelares para tratamento ou internação compulsória de pessoas autuadas em flagrante que apresentem quadro de transtorno mental ou de dependência química, em desconformidade com o previsto no art. 4º da Lei 10.216, de 6 de abril de 2001, e no art. 319, inciso VII, do CPP.

Art. 10. A aplicação da medida cautelar diversa da prisão prevista no art. 319, inciso IX, do Código de Processo Penal, será excepcional e determinada apenas quando demonstrada a impossibilidade de concessão da liberdade provisória sem cautelar ou de aplicação de outra medida cautelar menos gravosa, sujeitando-se à reavaliação periódica quanto à necessidade e adequação de sua manutenção, sendo destinada exclusivamente a pessoas presas em flagrante delito por crimes dolosos puníveis com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos ou condenadas por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Código Penal, bem como pessoas em cumprimento de medidas protetivas de urgência acusadas por crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, quando não couber outra medida menos gravosa.

Parágrafo único. Por abranger dados que pressupõem sigilo, a utilização de informações coletadas durante a monitoração eletrônica de pessoas dependerá de autorização judicial, em atenção ao art. 5º, XII, da Constituição Federal.

Art. 11. Havendo declaração da pessoa presa em flagrante delito de que foi vítima de tortura e maus tratos ou entendimento da autoridade judicial de que há indícios da prática de tortura, será determinado o registro das informações, adotadas as providências cabíveis para a investigação da denúncia e preservação da segurança

física e psicológica da vítima, que será encaminhada para atendimento médico e psicossocial especializado.

§ 1º Com o objetivo de assegurar o efetivo combate à tortura e maus tratos, a autoridade jurídica e funcionários deverão observar o Protocolo II desta Resolução com vistas a garantir condições adequadas para a oitiva e coleta idônea de depoimento das pessoas presas em flagrante delito na audiência de custódia, a adoção de procedimentos durante o depoimento que permitam a apuração de indícios de práticas de tortura e de providências cabíveis em caso de identificação de práticas de tortura.

§ 2º O funcionário responsável pela coleta de dados da pessoa presa em flagrante delito deve cuidar para que sejam coletadas as seguintes informações, respeitando a vontade da vítima:

I - identificação dos agressores, indicando sua instituição e sua unidade de atuação;

II - locais, datas e horários aproximados dos fatos;

III - descrição dos fatos, inclusive dos métodos adotados pelo agressor e a indicação das lesões sofridas;

IV - identificação de testemunhas que possam colaborar para a averiguação dos fatos;

V - verificação de registros das lesões sofridas pela vítima;

VI - existência de registro que indique prática de tortura ou maus tratos no laudo elaborado pelos peritos do Instituto Médico Legal;

VII - registro dos encaminhamentos dados pela autoridade judicial para requisitar investigação dos relatos;

VIII - registro da aplicação de medida protetiva ao autuado pela autoridade judicial, caso a natureza ou gravidade dos fatos relatados coloque em risco a vida ou a segurança da pessoa presa em flagrante delito, de seus familiares ou de testemunhas.

§ 3º Os registros das lesões poderão ser feitos em modo fotográfico ou audiovisual, respeitando a intimidade e consignando o consentimento da vítima.

§ 4º Averiguada pela autoridade judicial a necessidade da imposição de alguma medida de proteção à pessoa presa em flagrante delito, em razão da comunicação ou denúncia da prática de tortura e maus tratos, será assegurada, primordialmente, a integridade pessoal do denunciante, das testemunhas, do funcionário que constatou a ocorrência da prática abusiva e de seus familiares, e, se pertinente, o sigilo das informações.

§ 5º Os encaminhamentos dados pela autoridade judicial e as informações deles resultantes deverão ser comunicadas ao juiz responsável pela instrução do processo.

Art. 12. O termo da audiência de custódia será apensado ao inquérito ou à ação penal.

Art. 13. A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução.

Parágrafo único. Todos os mandados de prisão deverão conter, expressamente, a determinação para que, no momento de seu cumprimento, a pessoa presa seja imediatamente apresentada à autoridade judicial que determinou a expedição da ordem de custódia ou, nos casos em que forem cumpridos fora da jurisdição do juiz processante, à autoridade judicial competente, conforme lei de organização judiciária local.

Art. 14. Os tribunais expedirão os atos necessários e auxiliarão os juízes no cumprimento desta Resolução, em consideração à realidade local, podendo realizar os convênios e gestões necessárias ao seu pleno cumprimento.

Art. 15. Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais terão o prazo de 90 dias, contados a partir da entrada em vigor desta Resolução, para implantar a audiência de custódia no âmbito de suas respectivas jurisdições.

Parágrafo único. No mesmo prazo será assegurado, às pessoas presas em flagrante antes da implantação da audiência de custódia que não tenham sido apresentadas em outra audiência no curso do processo de conhecimento, a apresentação à autoridade judicial, nos termos desta Resolução.

Art. 16. O acompanhamento do cumprimento da presente Resolução contará com o apoio técnico do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e Execução das Medidas Socioeducativas.

Art. 17. Esta Resolução entra em vigor a partir de 1º de fevereiro de 2016.