

idp

ORGANIZAÇÃO:

ANNA CAROLINA P. R. FINAGEIV
JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO



**DIREITO
CONSTITUCIONAL
COMPARADO**

1ª EDIÇÃO

ISBN N° 978-65-87546-00-1

AUTORES:

ANA PAULA da Silva Ribeiro • GUILHERME de França Teixeira • GUSTAVO Costa Couto
HUGO Pereira Matos • JEMIMA Martins e Silva • LAÍS Azevedo Barreto Marques
LEONARDO de Vargas Marques • MARIANA Midori Lopes Motoki • MARTA Battaglia Custódio
THIAGO Moraes Marsiglia • YASMIN de Brito Góes

IDP | BRASÍLIA | 2020

ORGANIZAÇÃO:
ANNA CAROLINA P. R. FINAGEIV
JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO

DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

1ª edição

AUTORES:

Ana Paula da Silva Ribeiro
Guilherme de França Teixeira
Gustavo Costa Couto
Hugo Pereira Matos
Jemima Martins e Silva
Laís Azevedo Barreto Marques
Leonardo de Vargas Marques
Mariana Midori Lopes Motoki
Marta Battaglia Custódio
Thiago Moraes Marsiglia
Yasmin de Brito Góes

Brasília
2020

F491d Finageiv, Anna Carolina P. R. (Org.)
Direito constitucional comparado / Organizadores
Anna Carolina P. R. Finageiv, José dos Santos Carvalho Filho; Ana Paula da
Silva Ribeiro ...[et al.]. – Brasília: IDP, 2020.

186 p.

Inclui notas explicativas e bibliográficas.

ISBN: 978-65-87546-00-1

1. Direito Constitucional - coletânea. 2. Direito Constitucional. 3. Direito
comparado. I. Título. II. Finageiv, Anna Carolina (org.) III. Carvalho Filho,
José dos Santos (org.).

CDDir: 341.2

CDU: 342(81)

APRESENTAÇÃO

O Direito Constitucional Comparado tem se desenvolvido enquanto disciplina jurídica que estuda diferenças e semelhanças entre ordens jurídicas de jurisdições distintas, incluindo legislações, jurisprudências e doutrinas; entretanto ainda caminha paulatinamente no que diz respeito ao desenvolvimento de metodologia que incorpore valor epistemológico às comparações. Com efeito, o direito comparado não é apenas uma justaposição de sistemas/institutos de ordens jurídicas diversas, pois requer rigor científico na análise de elementos do direito estrangeiro, para que sejam evitados os nominalismos, cherry-pickings e argumentos de conveniência que comprometem o valor científico de trabalhos acadêmicos.

É nessa conjuntura que temos a grande satisfação de apresentar trabalhos de destaque, desenvolvidos por alunos da Disciplina Direito Constitucional Comparado, da especialização em Direito Constitucional, bem como de estudantes da graduação da Disciplina Seminário Interdisciplinar III, do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), em que analisam jurisprudência constitucional em perspectiva comparada, levando em consideração as lições aprendidas em sala de aula durante o segundo semestre de 2019.

O livro é composto por onze artigos, que analisam questões relativas à reprodução assistida, à união homoafetiva, à eutanásia, à liberdade religiosa, à presunção de inocência, ao direito à saúde, à proteção do patrimônio cultural e à flexibilização de direitos em contexto de crise econômica, sempre com foco na análise metodológica de elementos de direitos comparado.

A obra tem o condão de aprofundar as reflexões sobre o constitucionalismo brasileiro, por meio de comparações com ordens jurídicas distintas, e certamente pode contribuir à comunidade jurídica para conhecer melhor os temas desenvolvidos, bem como a metodologia de direito constitucional comparado.

Desejamos uma ótima leitura.

COORDENADORES:
Anna Carolina P. R. Finageiv
José dos Santos Carvalho Filho

SUMÁRIO 01

Capítulo 1: Do Direito à Vida e à Dignidade da Pessoa Humana ————— 07

*Lições do constitucionalismo lusitano:
O caso da reprodução assistida* ————— 08

*A Regulamentação da União Homoafetiva por
Decisão Judicial: Uma Análise Comparativa entre
Brasil e os Estados Unidos da América* ————— 26

*Uma Reflexão Sobre a Ponderação entre os
Direitos à Vida, à Dignidade da Pessoa Humana e à
Liberdade de Escolha Frente ao Instituto da Eutanásia* ————— 44

*Eutanásia: Um Estudo de Direito Comparado dos
Institutos Jurídicos no Brasil e na Holanda* ————— 59

Capítulo 2: Do Direito à Liberdade ————— 76

*Liberdade Religiosa: Análise Comparativa de
Decisões da Suprema Corte Norte-Americana
e do Tribunal Constitucional Federal Alemão* ————— 77

*A Cláusula do “Não Obstante” da Constituição
do Canadá e a Proibição do Uso de Símbolos
Religiosos por Funcionários Públicos do Québec* ————— 95

*A Presunção de Inocência na Constituição
Alemã e na Constituição Brasileira:
Um Estudo de Direito Comparado* ————— 119

SUMÁRIO 02

Capítulo 3: Direito À Saúde E À Cultura 133

*A Efetivação do Direito à Saúde Sob as
Perspectivas do Supremo Tribunal Federal
E da Suprema Corte da África Do Sul* 134

*A Destruição de Patrimônio Cultural no TPI e no Brasil:
Um Crime ou uma Responsabilidade de Mão Dupla?* 151

Capítulo 4: As Garantias Constitucionais Frente à Crise Econômico-financeira 166

*A Legislação e a Jurisprudência
da Crise no Brasil e em Portugal* 167

*A Jurisprudência da Crise e a Possibilidade
de Flexibilização de Direitos em Portugal e no Brasil* 180

idp

CAPÍTULO 1:
DO DIREITO À VIDA E À
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA



LIÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO LUSITANO: O caso da reprodução assistida

*Lessons from the portuguese constitutional experience:
the case of medically assisted procreation*

Leonardo de Vargas Marques¹

Resumo: Por meio deste trabalho, propõe-se abordar os julgados do Tribunal Constitucional português sobre alterações recentes da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que regula a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida (PMA). Fará parte da análise a apresentação do modelo de controle de constitucionalidade português, considerando a existência de Tribunal Constitucional e de controle preventivo em abstrato.

Ao final, a partir do caso submetido à apreciação do Tribunal, serão feitas considerações sobre como o caso português poderia contribuir com a discussão da temática no Brasil, inclusive sobre eventual confronto com direitos e garantias fundamentais.

Palavras-chave: Tribunal Constitucional. Procriação Medicamente Assistida. Sistema de Controle de Constitucionalidade português

Abstract: *Through this article, we intend to appraise judgments of the Portuguese Constitutional Court on recent amendments to Law nº 32/2006, of July 26, which regulates the use of medically assisted procreation. This analysis is composed by an initial presentation of the Portuguese constitutionality control system, taking into account the existence of Constitutional Court and preventive control of non-promulgated legislation. We conclude that the cases submitted to the Portuguese Court could be advocated as a potential solution to problems associated with the constitutional protection of procreative rights and statutory guarantees in Brazil.*

Keywords: *Constitutional Court. Medically Assisted Procreation. Portuguese constitutionality control system*

INTRODUÇÃO

¹ Servidor Público Federal, integrante de carreira de gestão da Secretaria Especial de Fazenda do Ministério da Economia, em exercício na função de Coordenador no Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH).

Neste trabalho, são analisadas alterações recentes da Lei portuguesa n.º 32/2006, de 26 de julho, à luz do Constitucionalismo daquele país europeu e de seus instrumentos de proteção a direitos fundamentais. A referida lei regula a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida (PMA), mais denominada no Brasil de reprodução assistida.

Uma das definições internacionais mais aceitas desse conjunto de técnicas é a de Kamel (2013). A PMA representaria o uso de tecnologias na área de saúde com vistas a promover a reprodução humana. Geralmente, fazem uso dessas alternativas casais inférteis; casais acometidos de doenças que possam comprometer a saúde do feto, tais como o vírus da imunodeficiência humana (HIV positivo), hepatites B ou C; ou com elevado risco de transmissão de doenças genéticas, como doença de Corino de Andrade (também conhecida como doença dos pezinhos), ou síndrome de down.

Diferentemente do Brasil, onde o tema é regulado pela Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina (CFM), em Portugal reservou-se à Lei n.º 32/2006 essa responsabilidade. Por se tratar de tema sensível, tal lei passou por várias alterações, sendo talvez, a mais impactante, a Lei n.º 25/2016, na qual se dispunha sobre três aspectos nevrálgicos: parâmetros para celebração de contratos escritos gratuitos de gestação de substituição (comumente conhecida no Brasil por “barriga de aluguel”); quem seriam considerados os pais da criança recém-nascida em função do recurso à gestação de substituição; e qual seria o limite temporal para revogação de consentimento estabelecido entre os beneficiários da técnica e a gestante.

Dada a abrangência do assunto, bem como seu enorme potencial de evocar análises das mais diversas searas, inclusive das que estariam mais afetas à sociologia, à ética médica e até à antropologia, nossa abordagem será limitada pelos três aspectos supracitados, sob perspectiva do controle de constitucionalidade.

Como se verá mais à frente, essas alterações suscitaram o pronunciamento do Tribunal Constitucional (TC) português, órgão ao qual compete um amplo controle de constitucionalidade de atos normativos, de forma preventiva e repressiva, abstrata e concreta, por ação e omissão. Também é importante salientar que lhe é atribuída, por força

da Constituição portuguesa de 1976, a fiscalização preventiva de constitucionalidade em abstrato.

Esses institutos lusitanos seguem o modelo europeu continental de controle de constitucionalidade e não estão presentes nem de forma assemelhada em nosso país, razão pela qual, antes de tratarmos da matéria, faremos breve apresentação do modelo.

1. ORIGENS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O Constitucionalismo passou por um longo processo de evolução até que a Lei Suprema pudesse vincular os órgãos institucionais, políticos, executivos, assim como os cidadãos. Quando esse processo se consolidou, a Lei Maior passou a ter força normativa para determinar a forma de criação e alteração de leis, os direitos individuais e coletivos, e a organização do estado.

Para que essa conquista social fosse resguardada, era preciso instituir sistemas eficazes de guarda da Constituição. Assim, entre o final do século XVIII e meados do século XIX, surgem dois grandes paradigmas de proteção da supremacia constitucional, sendo eles o modelo estadunidense e o europeu continental, seguidos por vários países.

O mais antigo seria o estadunidense, cujas origens remontam à Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 12 de janeiro de 1776, na qual se previu a existência de um Conselho de Revisão - Council of Revision. *Este foi* constituído de membros dos Poderes Executivo e Judiciário, com prerrogativas de fiscalização prévia das leis.

No plano europeu, o grande paradigma foi a criação do Tribunal do Império austríaco – Reichgericht, em 1867. Àquele órgão jurisdicional foram atribuídas prerrogativas para dar provimento a recursos interpostos contra atos do Poder Executivo que confrontassem direitos fundamentais protegidos pela Constituição.

O grande idealizador do Tribunal Constitucional austríaco teria sido o pensador Hans Kelsen, que via no controle jurisdicional concentrado um poderoso instrumento de guarda dos direitos fundamentais e dos valores democráticos. Eles estariam consagrados na Lei

Maior, a ponto de permitir que o Tribunal Constitucional afastasse do ordenamento jurídico norma que os confrontasse.

O modelo austríaco de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade se espalhou pela Europa continental após a Segunda Grande Guerra, imperando sobre a maior parte das Constituições, e reverberando na criação de vários tribunais constitucionais.

2. TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

Ao se falar sobre a criação de Tribunais Constitucionais, especialmente no contexto europeu, é mister salientar os três momentos históricos percebidos por Guerra (2004). Segundo o pesquisador espanhol, no primeiro momento, que antecede a Segunda Guerra Mundial, estabeleceram-se as Cortes Constitucionais na antiga Checoslováquia, em 1920; em seu país de origem, a Espanha, em 1931; e na Áustria, sob o modelo kelseniano, em 1920.

O segundo ciclo ocorreu após a Segunda Grande Guerra, tendo sido mais marcante do que o anterior. Nesse novo momento, houve o reestabelecimento do Tribunal austríaco em 1945; além do surgimento dos tribunais alemão, em 1949; do italiano, em 1956; do francês, em 1959; do turco em 1961; e do iugoslavo, em 1963.

O terceiro momento ocorreu durante a redemocratização de países que haviam acabado de sair de experiências autoritárias. Assim, foram instituídos o Tribunal Constitucional português, precisamente em 1982; o grego, em 1975; o novo Tribunal Constitucional espanhol, em 1978; o belga, em 1980; o croata, em 1990; o da antiga Checoslováquia, da Romênia, da Bulgária e da Eslovênia, em 1991; o da Albânia, Eslováquia, Lituânia, Macedônia, República Checa, Sérvia e Montenegro, em 1992; o bielorrusso, em 1993; o moldavo, em 1994; o da Bósnia-Herzegovina, em 1995; o da Letônia, em 1996; e o ucraniano, em 1996.

Dada a integração de séculos entre o Brasil e Portugal, nos desperta atenção o Tribunal Constitucional da antiga metrópole colonial, ainda mais quando nos recordarmos das lições de Pontes de Miranda (1981), para quem o direito brasileiro viria de um galho que o colonizador português plantou.

3. O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS

O Tribunal Constitucional de Portugal (TC) é constituído de treze juízes, que se dividem em duas seções – turmas - de igual hierarquia. Dos juízes do TC, denominados Conselheiros, dez são escolhidos pelo Parlamento - Assembleia da República -, e três pelo próprio Tribunal.

Dos dez conselheiros escolhidos pelo Parlamento, seis são obrigatoriamente dentre os membros dos demais tribunais e três entre juristas. Apesar de terem como garantia a independência, inamovibilidade, imparcialidade e irresponsabilidade por suas decisões, inclusive por força do artigo 202 da Constituição portuguesa, não possuem vitaliciedade.

Além do controle de constitucionalidade abstrato, também compete àquele tribunal o de legalidade, bem como a proteção de direitos fundamentais. Cabe esclarecer que o controle difuso de constitucionalidade é franqueado a todos os tribunais lusitanos. Ademais, ainda quanto a este tipo específico de controle, no caso de uma norma ser julgada inconstitucional por três vezes, é possível que o Tribunal instaure o processo abstrato, com repercussão geral obrigatória de sua decisão.

Os efeitos das decisões do TC variam conforme o momento em que elas ocorrem. Na forma de fiscalização preventiva, a norma deverá ser vetada pelo Presidente da República ou pelo Primeiro Ministro. Caso seja por meio de fiscalização repressiva abstrata, a decisão terá eficácia *erga omnes* e *ex tunc*, a menos que haja modulação de efeitos. Também, em regra, terá efeitos ripristinatórios e com força obrigatória sobre todos, sejam pessoas físicas e jurídicas, inclusive sobre os poderes públicos.

Chama também atenção o fato de o tribunal lusitano possuir a prerrogativa do controle jurisdicional preventivo em abstrato, algo que não se observa no Brasil. As origens históricas do controle de constitucionalidade jurisdicional preventivo *in abstracto* remontam a constituições promulgadas após Segunda Grande Guerra como na Itália, em 1948; na Alemanha, em 1949; na França, em 1946 e em 1958. Em Portugal, tal controle surge expressamente na Constituição de 1976, no art. 278, em capítulo específico intitulado “Fiscalização preventiva de constitucionalidade”.

Conforme o item 4 do referido dispositivo da Constituição lusitana:

Podem requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de decreto que tenha sido enviado ao Presidente da República para promulgação como lei orgânica, além deste, o Primeiro-Ministro ou um quinto dos Deputados à Assembleia da República em efetividade de funções. (REPÚBLICA PORTUGUESA, 1976, art. 278, número 4).

O modelo português foi replicado em constituições de países lusófonos; consta da Constituição espanhola de 1978; e em constituições de Estados francófonos. É possível constatar que o sistema de controle de constitucionalidade preventivo *in abstracto* é mais comum em países que adotam o sistema de governo parlamentarista, aliado à presença de Cortes Constitucionais.

4. A ANÁLISE CONSTITUCIONAL DAS ALTERAÇÕES DA LEI N.º 32/2006

No preâmbulo da Constituição portuguesa, promulgada aos 2 de Abril de 1976, assim se manifestou o poder constituinte:

A Assembleia Constituinte afirma a decisão do povo português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do Estado de Direito democrático e de abrir caminho para uma sociedade socialista, no respeito da vontade do povo português, tendo em vista a construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno. (REPÚBLICA PORTUGUESA, 1976, preâmbulo).

Um dos casos envolvendo potencial confronto a direitos fundamentais que mais tem demandado o posicionamento do Tribunal Constitucional português, desde sua instituição, é a Procriação Medicamente Assistida (PMA), tendo a lei que versa sobre o tema passado por seis² alterações legislativas. Segundo o art. 2º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, serão por ela reguladas as seguintes técnicas de PMA:

² REPÚBLICA PORTUGUESA, Lei n.º 59, de 04 de setembro de 2007, que trata da Vigésima terceira alteração ao Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro; Lei n.º 17, de 20 de junho de 2016, que alarga o âmbito dos beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida, procedendo à segunda alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida); Lei n.º 25, de 22 de

- a) Inseminação artificial;
- b) Fertilização in vitro;
- c) Injeção intracitoplasmática de espermatozoides;
- d) Transferência de embriões, gâmetas ou zigotos;
- e) Diagnóstico genético pré-implantação;
- f) Outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias. (REPÚBLICA PORTUGUESA, 2006, art. 2º).

A referida lei também versa sobre a gestação de substituição, em seu artigo 8.º. Este pode ser considerado o tema mais polêmico, já que suscitou dois pronunciamentos do Tribunal Constitucional, nos últimos dois anos, na forma dos Acórdãos n.º 465/2019 e n.º 225/2018.

Para facilitar o entendimento dos itens (números) do art. 8º que foram considerados inconstitucionais, é mister a reprodução dos textos do dispositivo, com todos os seus respectivos números:

1 - Entende-se por “gestação de substituição” qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade.

2 - A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição só é possível a título excecional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem. (Declarado inconstitucional, com força obrigatória geral, em sede do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018 - Diário da República n.º 87/2018, Série I de 2018-05-07)

agosto de 2016, que regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à [Lei n.º 32/2006](#), de 26 de julho (procriação medicamente assistida) ; Lei n.º 58, de 25 de julho de 2017, que trata da quarta alteração à [Lei n.º 32/2006](#), de 26 de julho (Procriação medicamente assistida); Lei n.º 49, de 14 de agosto de 2018, que cria o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação, previstos no Código Civil, aprovado pelo [Decreto-Lei n.º 47 344](#), de 25 de novembro de 1966; e Lei n.º 48 de 8 de julho de 2019, que dispõe sobre o regime de confidencialidade nas técnicas de procriação medicamente assistida, procedendo à sexta alteração à [Lei n.º 32/2006](#), de 26 de julho (procriação medicamente assistida).

3 - A gestação de substituição só pode ser autorizada através de uma técnica de procriação medicamente assistida com recurso aos gâmetas de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários, não podendo a gestante de substituição, em caso algum, ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante. (Declarado inconstitucional, com força obrigatória geral, em sede do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018 - Diário da República n.º 87/2018, Série I de 2018-05-07)

4 - A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição carece de autorização prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, entidade que supervisiona todo o processo, a qual é sempre antecedida de audição da Ordem dos Médicos e apenas pode ser concedida nas situações previstas no n.º 2. (Declarado inconstitucional, com força obrigatória geral, em sede do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018 - Diário da República n.º 87/2018, Série I de 2018-05-07)

5 - É proibido qualquer tipo de pagamento ou a doação de qualquer bem ou quantia dos beneficiários à gestante de substituição pela gestação da criança, exceto o valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo em transportes, desde que devidamente tituladas em documento próprio.

6 - Não é permitida a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição quando existir uma relação de subordinação económica, nomeadamente de natureza laboral ou de prestação de serviços, entre as partes envolvidas.

7 - A criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários. (Declarado inconstitucional, com força obrigatória geral, em sede do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018 - Diário da República n.º 87/2018, Série I de 2018-05-07)

8 - No tocante à validade e eficácia do consentimento das partes, ao regime dos negócios jurídicos de gestação de substituição e dos direitos e deveres das partes, bem como à intervenção do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida e da Ordem dos Médicos, é aplicável à gestação de substituição, com as devidas adaptações, o disposto no artigo 14.º da presente lei³.

³ (...)

(Declarado inconstitucional, com força obrigatória geral, em sede do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018 - Diário da República n.º 87/2018, Série I de 2018-05-07)

9 - Os direitos e os deveres previstos nos artigos 12.º e 13.º são aplicáveis em casos de gestação de substituição, com as devidas adaptações, aos beneficiários e à gestante de substituição.

10 - A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição é feita através de contrato escrito, estabelecido entre as partes, supervisionado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, onde devem constar obrigatoriamente, em conformidade com a legislação em vigor, as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez. (Declarado inconstitucional, com força obrigatória geral, em sede do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018 - Diário da República n.º 87/2018, Série I de 2018-05-07)

11 - O contrato referido no número anterior não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade. (Declarado inconstitucional, com força obrigatória geral, em sede do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018 - Diário da República n.º 87/2018, Série I de 2018-05-07)

12 - São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de gestação de substituição que não respeitem o disposto nos números anteriores” (Declarado inconstitucional, com força obrigatória geral, em sede do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018 - Diário da República n.º 87/2018, Série I de 2018-05-07)_(REPÚBLICA PORTUGUESA, 2006, art. 8º, grifo e negrito do autor).

4 - O consentimento dos beneficiários é livremente revogável por qualquer deles até ao início dos processos terapêuticos de PMA.

5 - O disposto nos números anteriores é aplicável à gestante de substituição nas situações previstas no artigo 8.º (Declarado inconstitucional, com força obrigatória geral, em sede do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018 - Diário da República n.º 87/2018, Série I de 2018-05-07)

6 - Nas situações previstas no artigo 8.º, devem os beneficiários e a gestante de substituição ser ainda informados, por escrito, do significado da influência da gestante de substituição no desenvolvimento embrionário e fetal” (REPÚBLICA PORTUGUESA, 2006, art. 14, negrito nosso).

O texto do art. 8º, com seus doze números, assim como os números 5 e 6 do art. 14, foram introduzidos pela Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto. Antes dessa alteração legislativa, a lei vedava negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição. Mas esta situação já era entendida como aquela em que a mulher se dispusesse a suportar a gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando, assim, aos poderes e deveres próprios da maternidade.

Porém, a lei, a despeito de apresentar a referida definição do que seria maternidade/gestação de substituição, dispunha que a mulher que suportasse tal condição seria dada, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que viesse a nascer.

a. O Acórdão n.º 225/2018.

As alterações promovidas pela Lei n.º 25/2016 implicaram em pedido de declaração de inconstitucionalidade, feito sob a modalidade abstrata repressiva, por um grupo de trinta deputados.

Diferentemente do sistema brasileiro, em que não é possível que parlamentar, individualmente ou em grupo, proponha Ação de Direta de Inconstitucionalidade (ADI) (art. 103 da Constituição Federal brasileira de 1988), em Portugal, o é. Um décimo dos Deputados da Assembleia da República poderá exercer tal prerrogativa, na forma do artigo 281.º, n.º 1, alínea a, e n.º 2, alínea f da Constituição da República Portuguesa.

Em análise sobre as referidas alterações legislativas, invocou-se, da parte do TC, violação do princípio da dignidade da pessoa humana (resguardado pelos arts. 1.º e 67, n.º 2, alínea e, da Constituição Portuguesa); do dever do Estado de proteção da infância (resguardado pelo art. 69.º, n.º 1, da Constituição Portuguesa); do princípio da igualdade (resguardado pelo art. 13.º da Constituição Portuguesa); e do princípio da proporcionalidade (resguardado pelo art. 18.º, n.º 2, da Constituição Portuguesa).

Também foram invocados pelo TC entendimentos já expressos no Acórdão n.º 101/2009, cujo objeto foram vários outros dispositivos da Lei n.º 32/2006. Com base neste acórdão, fora consignado que o constituinte não se limitou a impor dever de regulamentar a procriação medicamente assistida. O constituinte fez questão de deixar expresso no texto da

Lei Maior princípio ao qual o legislador ordinário deveria se submeter, sendo este o da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, complementarmente ao posicionamento do Egrégio lusitano, é mister citar a alínea “e” do artigo 67 da Constituição portuguesa:

1. A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à proteção da sociedade e do Estado e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros.
2. Incumbe, designadamente, ao Estado para proteção da família:
(...)
e) Regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana. (REPÚBLICA PORTUGUESA, 1976, art. 67, negrito do autor).

Importante frisar que, antes do pronunciamento TC na forma do Acórdão n.º 225/2018, o n.º 8 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, em conjugação com o n.º 5 do seu artigo 14.º, não admitia a revogação do consentimento da gestante de substituição após o início dos processos terapêuticos de reprodução assistida. Cabe esclarecer que n.º 8 do artigo 8.º dispunha que a validade e eficácia do consentimento das partes e o regime dos negócios jurídicos de gestação de substituição seriam aplicáveis à gestação de substituição. Assim, em síntese, seria também válida para a gestão de substituição a seguinte disposição do art. 14: “O consentimento dos beneficiários é livremente revogável por qualquer deles até ao início dos processos terapêuticos de PMA” (REPÚBLICA PORTUGUESA, 2006, art. 14, número 4, sublinhado do autor).

Nesse sentido, em julgamento que reverberou no Acórdão n.º 225/2018, há menção ao Parecer n.º 63, de 2012, do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV). Conforme este, a gestação de substituição seria aceita, excepcionalmente, desde que a lei garantisse a observância de treze condições postas. Entre estas, haveria a de que o consentimento pudesse ser revogado pela gestante de substituição em qualquer momento até ao início do parto. Nessas condições, a criança deveria ser considerada para todos os efeitos sociais e legais como filha de quem lhe deu à luz.

Ao declarar a inconstitucionalidade do n.º 8 do artigo 8.º e de sua conjugação com o n.º 5 do artigo 14.º, o Tribunal firmou entendimento de que a limitação do poder de revogação implicaria para a gestante a impossibilidade de se exonerar da obrigação de suportar a

gestação até o fim, bem como da de entregar a criança após o parto. Ou seja, a ela não seria permitido se arrepender da decisão inicial de dispor da sua integridade física, tampouco lhe seria franqueada a liberdade geral de ação e o seu direito de constituir família a partir da criança que gerasse.

Ainda quanto ao arrependimento sobre o compromisso de entregar a criança, o TC entendeu que seria uma violação excessiva dos seus direitos a constituir família e ao livre desenvolvimento da personalidade impedir que a gestante seguisse com um projeto parental próprio que ela houvesse desenvolvido durante a gravidez em relação à criança. Por tais razões também se fulminou de inconstitucionalidade critério legal do n.º 7 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, segundo o qual os beneficiários seriam sempre tidos como pais da criança.

b. O Acórdão n.º 465/2019.

O acórdão do Tribunal Constitucional n.º 465/2019, por sua vez, foi exarado em consequência de o Presidente da República ter suscitado processo de fiscalização preventiva da constitucionalidade do Decreto n.º 383/XIII da Assembleia da República (AR), que procurava reintroduzir o n.º 8 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006.

Em Portugal, o processo legislativo também se difere consideravelmente do brasileiro. Lá, denomina-se o texto final de uma iniciativa legislativa aprovado em plenário de Decreto da Assembleia da República. No caso de promulgação pelo Presidente da República e concordância do Primeiro-Ministro, o texto é publicado como Lei em Diário Oficial - *Diário da República*.

Na forma do artigo 278 da Constituição Portuguesa, é possível que o Presidente da República requeira ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de Decreto da AR que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei. Por sua vez, o Tribunal Constitucional deve pronunciar-se em prazo de vinte e cinco dias, que pode ser abreviado pelo Presidente da República, por motivo de urgência.

No Decreto da AR 383/XIII, aprovado em 19 de julho de 2019, o texto do inconstitucional número 8 do artigo 8.º receberia o n.º 13. Também, por instrumento desse

Decreto, procurava-se resgatar os critérios para revogação do consentimento prestado pela gestante. Este foi o conteúdo de análise pelo TC:

Artigo 2.º

Alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho

Os artigos 8.º e 39.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, passam a ter a seguinte redação:

Artigo 8.º

(...)

(...)

13 - (Anterior n.º 8.)

(...)

15 - A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição é feita através de contrato escrito, estabelecido entre as partes, supervisionado pelo CNPMA, onde consta, obrigatoriamente, entre outras, cláusulas tendo por objeto:

(...)

j) Os termos de revogação do consentimento ou do contrato em conformidade com a presente lei;

(...) (REPÚBLICA PORTUGUESA, 2019, art. 2º, negrito do autor).

Assim, em consonância ao posicionamento do Acórdão n.º 225/2018, o TC pronunciou-se pela inconstitucionalidade dos dispositivos em análise, por violação do direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante, analisado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, e do direito de constituir família.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A complexidade do tema já se faz perceber pelo número de alterações pelas quais passou a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, sendo elas as Leis nº 59/2007, de 4 de setembro; nº 17/2016, de 20 de junho; nº 25/2016, de 22 de agosto; nº 58/2017, de 25 de julho; nº 49/2018, de 14 de agosto; e nº 48/2019, de 8 de julho.

Ademais, além da natureza dos contratos envolvendo a procriação assistida e o momento da revogação do consentimento, outro aspecto assaz polêmico pertinente ao normativo seria a confidencialidade em técnicas relativas a doadores de esperma, ovócitos ou embriões.

Por instrumento do Acórdão n.º 225/2018, o TC declarou a inconstitucionalidade das normas do n.º 1 do artigo 15, na parte em que se impõe a obrigação de sigilo absoluto relativamente às pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medicamente assistida, incluindo situações de gestação de substituição. Entendeu-se que haveria violação dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade em consequência de uma restrição desnecessária. Dada a enfatizada complexidade do assunto, optamos por abordá-lo em outros debates.

No texto do Acórdão n.º 225/2018, são citados três modelos de normatização da gestação de substituição. Um deles é o da França, onde tal prática é proibida expressamente pelo legislador desde 1994, quando entraram em vigor as leis bioéticas. Naquele país, por força do artigo 227-12 do Código Penal, criminalizou-se o incitamento ao abandono de criança, com o objetivo de coibir a adoção praticada para encobrir contratos de gestação de substituição. A Itália também se filia ao modelo francês, sendo as condutas de realização, de organização e de publicitação da gestação de substituição, gratuita ou onerosa, legalmente proibidas e criminalizadas.

A Grécia, por sua vez, seria o país europeu com legislação mais liberal sobre o tema. Porém, somente cidadãos gregos ou residentes na Grécia, por força do artigo 8.º da Lei n.º 3089/2002, podem usufruir das técnicas. Seria uma forma de se evitar os casos de turismo reprodutivo.

Também naquele país, os contratos onerosos de gestação de substituição são vedados, e há sanções penais para quem contrate ou intermedeie procedimentos de gestação de substituição que violem o que a lei permite.

O Reino Unido, segundo texto do acórdão, seria um modelo intermediário entre o francês e o grego. A primeira legislação criada sobre gestação de substituição pelo país anglo-

saxão é 1985, e, atualmente, regida pelo *Human Fertilization and Embriology Act* - Lei de Fertilização e Embriologia Humana, de 2008. Basicamente, as condições seriam as seguintes:

(i) os beneficiários devem ser casais, heterossexuais ou homossexuais, que se encontrem unidos pelo matrimónio, por união civil ou por união de facto; (ii) os contratos de gestação não são judicialmente executáveis contra a vontade de qualquer dos intervenientes; (iii) são proibidos e criminalmente punidos os contratos onerosos de gestação; (iv) não se exige autorização judicial ou administrativa prévia do contrato de gestação; (v) a criança deve ser concebida com recurso aos gâmetas de pelo menos um dos membros do casal beneficiário; (vi) é proibida a substituição genética (ou seja, a utilização de gâmetas da gestante, o que faria com que a criança fosse geneticamente sua); e (vii) consagra-se um modelo de transferência judicial da parentalidade da criança, após o nascimento - em regra, através de uma “ordem de parentalidade” (parental order), nos primeiros seis meses de vida do menor - sendo a gestante legalmente considerada como mãe até então. (REPÚBLICA PORTUGUESA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Acórdão n.º 225/2018, Relator: Conselheiro Pedro Machete, Data de Julgamento: 24/04/2018, Plenário, Data de Publicação: 07/05/2018, Diário da República).

O modelo português, talvez por possuir legislação mais recente, esteja em estágio de institucionalização. De qualquer forma, a citação do Parecer n.º 63/CNECV/2012, demonstra que o reconhecimento de aspectos técnico-científicos se faz necessário em decisões que reverberam em impactos que vão muito além da seara jurídica.

No Brasil, o tema da reprodução assistida é regulado, basicamente, pela Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina (CFM). Adicionalmente, a Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, versa sobre normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados (OGM); sobre a criação do Conselho Nacional de Biossegurança (CNBS), da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) e da Política Nacional de Biossegurança (PNB).

No entanto, há projeto de lei (PL) em tramitação sob a forma do (PL) da Câmara dos Deputados nº 1184/2003, ao qual foram apensados outros 18 PL's. Até a data de conclusão deste artigo, o texto aguardava parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

Ausência de Tribunal Constitucional específico e de controle jurisdicional preventivo em abstrato no sistema brasileiro poderá impor desafios adicionais para conjugação de valores supremos postos pela Constituição Federal, bem como para a manutenção da segurança jurídica.

Talvez a decisão de se amparar no Parecer n.º 63/CNECV/2012 seja inspiradora para o caso brasileiro, ensejando assim uma parametrização dos projetos de lei em tramitação a partir da Resolução 2.168/2017 do CFM.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 nov. 2019.

_____. **Projeto de Lei nº 1.184, de 2003**. Disponível em:<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

_____. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.168/2017**. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 24 nov. 2019.

- CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª. ed. Salvador: Juspodivim, 2008. p. 256.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. 3ª. ed. Madrid: Civitas, 1994. p. 286-287.
- ESPINOZA, Baruch de. **Tratado Político**. Trad. Manuel de Castro. São Paulo: Nova Cultural, 1989.
- FARINATI, Débora Marcondes. **Aspectos emocionais da infertilidade e da Reprodução Medicamentosa Assistida [Em linha]**. Porto Alegre: PUCRS, 2006. [Consult. 24 nov. 2019]. Disponível em http://www.sig.org.br/_files/artigos/aspectosemocionaisdainfertilidadeedareproduçãomedicamentosaassistida.pdf. p. 7.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. **As Constituições dos Estados de Língua Portuguesa**. 4. ed. Lisboa: Almedina, 2014.
- GUERRA, Otto Marroquín. *El Magistrado Constitucional*. In: **Revista de Derecho (Latin America Journals Online)**, nº 8 (2004). Universidad Centroamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas. Disponível em <http://www.lamjol.info/index.php/DERECHO/article/view/983/806>.
- KAMEL, Remah Moustafa. *Assisted Reproductive Technology after the Birth of Louise Brown*. **Journal of Reproduction & Infertility**. 2013;14(3):96-109.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1. 1640p
- MIRANDA, Jorge. **As actuais normas constitucionais e o Direito Internacional**. Disponível em: <https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/3431/1/NeD36_JorgeMiranda.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2019.
- _____. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV, Coimbra, Coimbra Editora, 3.ª ed., 2000.
- NELSON, William E. Marbury v. Madison: **The Origins and Legacy of Judicial Review**. University Press of Kansas, 2000.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**. 2.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- REPÚBLICA PORTUGUESA. Tribunal Constitucional. **Acórdão n.º 465/2019, 18 de outubro de 2019**. Processo n.º 829/2019. págs. 117 a 137. Disponível em: <<https://dre.pt/application/conteudo/125468550>>. Acesso em: 24 nov. 2019.
- _____. Tribunal Constitucional. **Acórdão n.º 225/2018, 7 de maio de 2018**. Processo n.º 95/17. págs. 1885 a 1979. Disponível em: <<https://dre.pt/application/conteudo/115226940>>. Acesso em: 24 nov. 2019.
- _____. Tribunal Constitucional. **Acórdão n.º 101/2009, 01 de abril de 2009**. Processo n.º n.º 963/06. págs. 12452 a 12472. Disponível em: <<https://dre.pt/application/conteudo/1143211>>. Acesso em: 24 nov. 2019.
- _____. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 24 nov. 2019.

_____. **Decreto n.º 383/XIII, 19 de julho de 2019.** Sétima alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que regula a procriação medicamente assistida. Disponível em: <<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c755a47566a636d563062334d7657456c4a5353396b5a574d7a4f444d7457456c4a5353356b62324d3d&fich=dec383-XIII.doc&Inline=true>>. Acesso em: 24 nov. 2019.

_____. Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho. **Procriação medicamente assistida.** Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis&so_miolo=>>. Acesso em: 24 nov. 2019.

_____. Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto. **Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida).** Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2590&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=>>. Acesso em: 24 nov. 2019.

_____. **Parecer n.º 63, de 2012, do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV).** Disponível em: <<http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1333387220-parecer-63-cneqv-2012-apr.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2019.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 1015 p.

A REGULAMENTAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA POR DECISÃO JUDICIAL: Uma análise comparativa entre Brasil e os Estados Unidos da América

The regulation of homoaffection union by judicial decision: a comparative analysis between Brazil and the United States of America

Mariana Midori Lopes Motoki⁴

⁴ Estudante de Direito no Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Estagiária de Direito na Seção Judiciária do Distrito Federal.

Resumo: O presente artigo visa analisar o processo de regulamentação da União Homoafetiva tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos da América, considerando que ambos se deram por decisão judicial em suas respectivas Supremas Cortes. Primeiramente, faz-se necessária uma breve abordagem histórica, tendo em vista que a homossexualidade, conforme o avanço da humanidade, foi encarada de diversas formas pelas civilizações. Além disso, imperioso trazer alguns conceitos primordiais sobre jurisdição constitucional, bem como apresentar, sumariamente, quais são os papéis desempenhados pelas Supremas Cortes Constitucionais na defesa dos direitos fundamentais assegurados em uma Constituição. Por fim, tem-se bagagem suficiente para a análise propriamente dita da regulamentação da União Homoafetiva nos dois países em estudo.

Palavras-chave: Direito Constitucional Comparado, Mutação Constitucional, Decisão Judicial, Direitos Fundamentais, União Homoafetiva, Brasil, Estados Unidos da América.

Abstract: *This article aims to analyze the regulation process of homosexual union in Brazil and in the United States of America, considering that both occurred by judicial decision in their respective Supreme Courts. First, a brief passage through history, considering that homosexuality, as humanity has advanced, has been faced in so different ways by civilizations. In addition, it is imperative to bring some primordial concepts about constitutional jurisdiction, as well as briefly present the roles played by the Supreme Constitutional Courts in defending fundamental rights enshrined in a Constitution. Finally, there is sufficient baggage for the proper analysis of homoaffection union regulations in the two countries under study.*

Keywords: *Comparative Constitutional Law, Constitutional Mutation, Judicial Decision, Fundamental Rights, Homoaffection Union, Brazil, United States of America.*

1. HOMOSSEXUALIDADE: Um breve histórico

A união entre pessoas do mesmo sexo remonta aos tempos mais remotos da humanidade. Na Antiguidade, segundo Berenice Dias (2009), a homossexualidade fazia parte da vida comum dos gregos, mais precisamente nas classes mais intelectuais, como “um privilégio dos bem-nascidos”, com caráter pedagógico, cuja prática recebia o nome de pederastia⁵.

Um homem mais velho (Erastes) era escolhido por um adolescente (Erômenos) e sua família para a função de “amigo” e “educador” do jovem a partir dos 12 anos, o qual

⁵ DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito & a justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 4.ed., 2009, p. 36-37

permanecia na condição de parceiro passivo até os 18 anos, podendo, inclusive, tornar-se Erastes de outro menor quando alcançasse os 25 anos de idade (FILHO; MADRID. 2008)⁶.

Com o advento do cristianismo, qualquer expressão de relação homossexual tornou-se um tabu, bem como o próprio ato, um pecado. Em 390 a.C, o Imperador Romano Teodósio I proclamou uma lei proibindo terminantemente todas as relações sexuais com pessoas do mesmo sexo, tendo como punição a morte⁷.

No fim do Império Romano, especificamente no governo de Justiniano, a Peste Bubônica que assolava a cidade levou a sociedade a encará-la como uma punição de Deus por todos os seus pecados. Eis que Justiniano, altamente religioso, também editou uma lei proibindo a homossexualidade, visto que, em sua concepção, tratava-se de prática pecaminosa aos olhos de Deus, cuja punição também era a morte.

No século XII, após as derrotas nas Cruzadas, “de diversas pragas e outros eventos trágicos que contribuíram para dizimar boa parte da população europeia, surgiu a necessidade de encontrar responsáveis por tais infortúnios” (Lima, 2016)⁸. O papel de bodes expiatórios, mais uma vez, coube a judeus, muçulmanos, feiticeiras, como também aos homossexuais.

Na Idade Moderna, “em toda a Europa, mas em particular nos países germânicos, o radicalismo religioso no que concerne à atividade sexual foi levado a níveis extremos” (Lima, 2016)⁹.

Na França, a última condenação à morte imposta a alguém devido à sua homossexualidade ocorreu em 1783. O Código Penal de 1791 descriminalizou o ato,

⁶ FILHO, Francisco Carlos Moreira; MADRID, Daniela Martins. **A Homossexualidade e Sua História**. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/1646/1569>> Acesso em 27 de novembro de 2019.

⁷ M. Hyamson, ed. and tr., **Mosaicarum et romanarum legum collatio**, London 1913 (reimpresión Buffalo, 1997), pp. 82-83. (Coll. leg. mos. et rom. 5.3.1-2) (Coll. leg mos. Et Roman 5.3.1-2)

⁸ LIMA, Andre Estefam. **Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana**. Saraiva Educação SA (paginação irregular). Disponível em <<https://books.google.com.br/books?id=idViDwAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=inauthor:%22ANDRE+ESTEFAM+ARAUJO+LIMA%22&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwjSo5r-MbnAhUAHbkGHcbFCNUQ6AEIVTAF#v=onepage&q&f=false>> Acesso em 27 de novembro de 2019

⁹ Idem. (paginação irregular)

consagrando um espírito de tolerância em respeito às liberdades individuais, segundo os ideais da Revolução Francesa (Lima, 2016).¹⁰

Já no Brasil, o comportamento deixou de ter natureza criminosa com a entrada em vigor do Código Criminal do Império, em 1830 (Lima, 2016)¹¹. No entanto, seguiu como um “desvio sexual” ao ser incluído na Classificação Internacional de Doenças (CID) da OMS a partir da sua 6ª Revisão, em 1948, na Categoria 320, que correspondia à “personalidade patológica”, então denominada de “homossexualismo”. Nesse catálogo permaneceu até o fim da Ditadura Militar, em 1985 (Laurenti, 1984)¹².

Ocorre que àquela época, com as eleições indiretas prevendo o retorno de um presidente civil ao poder e toda a comoção nacional pelo renascimento da democracia no país, o Grupo Gay Bahia (GGB), juntamente com atores homossexuais, a sociedade civil e alguns políticos, conseguiu de Tancredo Neves a promessa de conceder aos homossexuais “um lugar ao sol” (Carneiro, 2015, p.12)¹³.

Em 9 de fevereiro de 1985, o Conselho Federal de Medicina migrou a homossexualidade para a Categoria 2062.9, referente a “outras circunstâncias psicossociais” tais como o “desemprego, desajustamento social, tensões, psicológicas”¹⁴.

No entanto, apenas 14 anos depois, o tratamento psicológico objetivando a “cura” da homossexualidade passou a ser proibido pelo Conselho Federal de Psicologia, por meio da

¹⁰ Idem. (paginação irregular)

¹¹ Idem. (paginação irregular)

¹² LAURENTI, Ruy. “**Homossexualismo e a Classificação Internacional de doenças**”. Rev. Saúde Pública, vol.18, nº 5, São Paulo, Outubro de 1984. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101984000500002> Acesso em 27 de novembro de 2019.

¹³ CARNEIRO, Ailton José dos Santos. “**A morte da clínica: movimento homossexual e luta pela despatologização da homossexualidade no Brasil (1978-1990)**”. p.12. Disponível em <http://www.snh2015.anpuh.org/resources/anais/39/1439866235_ARQUIVO_Artigo-Amortedaclinica.pdf>. Acesso em 27 de novembro de 2019.

¹⁴ BOLETIM DO GRUPO GAY DA BAHIA. Ano IV. Nº 11. Julho de 1985. p.188 <<https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2018/02/2-boletim-do-ggb.pdf> > Acesso em 26 de novembro de 2019.

resolução CFP 01/99¹⁵. Afinal, se a homossexualidade não é uma doença, não haveria como encontrar-lhe uma cura.

I. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso (2018), em seu artigo *“Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas”*:

O constitucionalismo americano, ao menos desde de *Marbury v. Madison*, julgado em 1803, caracterizou-se pelo reconhecimento de uma dimensão jurídica à Constituição, com a possibilidade de sua aplicação direta e imediata por todos os órgãos do Poder Judiciário¹⁶.

Para o ilustre Ministro, a Supremacia da Constituição foi a responsável por permitir que juízes e tribunais, e especialmente a Suprema Corte, pudessem exercer o controle de constitucionalidade e, conseqüentemente, deixar de aplicar as normas que considerassem incompatíveis com a Constituição, fenômeno que os americanos denominam de *“Judicial Review”* (Barroso, 2018)¹⁷.

Em outras palavras, o princípio da Supremacia da Constituição seria o principal responsável, desde o início, pelo exercício de dizer o direito guardado na Carta Maior de um Estado Democrático, ou seja, o exercício da Jurisdição Constitucional - seja em relação a ameaças dos demais Poderes em relação aos particulares, seja em relação a ameaças dentro da relação entre os próprios particulares.

¹⁵ LAURENTI, Ruy. **“Homossexualismo e a Classificação Internacional de doenças”**. Rev. Saúde Pública, vol.18, nº 5, São Paulo, Outubro de 1984. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101984000500002> Acesso em 27 de novembro de 2019.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*. p. 220. **Revista Interdisciplinar de Direito**, [S.l.], v. 16, n. 1, 217-266, jun. 2018. ISSN 2447-4290. Disponível em: <<http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/494>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

¹⁷ Idem. p. 220

A ausência de mecanismos claros e contundentes de defesa e/ou proteção da Constituição em países sobretudo de tradição romano-germânica fez com que o mundo presenciasse alguns dos maiores desastres humanitários, tais como o Fascismo de Mussolini, a 2ª Guerra Mundial e o Nazismo de Hitler.

Nesse cenário, e influenciados pela obra de Hans Kelsen, a Constituição Austríaca de 1920 previu um órgão específico, fora da estrutura ordinária do Poder Judiciário, para desempenhar o controle de constitucionalidade. No entanto, a implantação do Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 1951, foi o que possibilitou a difusão deste modelo de prestação jurisdicional nas democracias pelo mundo (Barroso, 2018)¹⁸.

E em que pese haja peculiaridades entre o modelo dos tribunais constitucionais europeus e o americano, “o conceito subjacente é o mesmo: a Constituição é dotada de supremacia e os atos dos outros Poderes que sejam incompatíveis com ela podem ser invalidados por um tribunal” (Barroso, 2018).¹⁹

Decerto, observou-se, desde àquela época, a importância de um Judiciário forte e independente como elemento essencial das democracias modernas, visando à proteção dos direitos fundamentais trazidos na Constituição de um país e à manutenção da própria estrutura do Estado.

II. OS PAPÉIS DESEMPENHADOS PELOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS E AS SUPREMAS CORTES EM DEMOCRACIAS.

Primeiramente, é importante ressaltar que, nos Estados Unidos, a *judicial review* está mais atrelada à possibilidade de a Suprema Corte declarar a inconstitucionalidade de uma lei existente.

Ainda em seu artigo “*Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*”, o Ministro

¹⁸ Idem. p. 221

¹⁹ Idem. p. 221

Luís Roberto Barroso (2018), explica que em alguns países, sobretudo os de Constituições mais analíticas, tais como o Brasil, a *jurisdição constitucional*, além da invalidação de um ato legislativo, engloba: (i) a aplicação direta da Constituição a determinadas situações, com atribuição de sentido a determinada cláusula constitucional, a exemplo da liberdade de expressão protegendo a divulgação de fatos verdadeiros, não podendo ser afastada pela invocação do chamado direito ao esquecimento; (ii) a interpretação conforme à Constituição, técnica que importa na exclusão de determinado sentido possível de uma norma, porque incompatível com a Constituição, e na afirmação de uma interpretação alternativa, esta sim em harmonia com o texto constitucional, a exemplo da extensão do sentido de família e/ou entidade familiar expressa no art. 1.723 do Código Civil, para abarcar também a família formada não só pela união de um homem e uma mulher, bem como à monoparental ou a união entre pessoas do mesmo sexo; e (iii) a criação temporária de normas para sanar hipóteses conhecidas como de *inconstitucionalidade por omissão*, que ocorrem quando determinada norma constitucional depende de regulamentação por lei, mas o Legislativo se queda inerte, deixando de editá-la, a exemplo da edição da lei de greve dos servidores públicos, que ante o silêncio do Legislativo, até o momento, segue analogicamente ao exposto em relação à greve no setor privado²⁰.

Postuladas tais premissas, segue-se à análise sumária dos papéis desempenhados pelos Tribunais Constitucionais e pelas Supremas Cortes:

- (a) papel contramajoritário
- (b) papel representativo e;
- (c) papel iluminista.

O primeiro, denominado **papel contramajoritário**, resume-se ao dever do Estado em assegurar os direitos fundamentais a minorias, a exemplo da comunidade LGBT, considerando que inserida em uma sociedade que ainda tem, em seu seio, resquícios de preconceito e discriminação cultivados por séculos em relação a este grupo, deve ter seus direitos

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. p. 240. *Revista Interdisciplinar de Direito*, [S.l.], v. 16, n. 1, 217-266, jun. 2018. ISSN 2447-4290. Disponível em: <<http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/494>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

resguardados, bem como merece tratamento igualitário em relação aos demais, na medida de suas desigualdades.

Até porque “a maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à sua suprema corte ou corte constitucional, o *status* de sentinela contra o risco da tirania das maiorias” (Barroso, 2018)²¹.

O **papel representativo** consiste na função de intervir nos demais poderes, de forma representativa, no sentido de deliberar sobre temas em que há um interesse da maioria, mas ao mesmo tempo, há uma inércia tanto do poder executivo, quanto do poder legislativo, ou dos dois, simultaneamente, em satisfazer a vontade da sociedade.

Nesses casos, o Poder Judiciário funciona como intérprete do sentimento social, vez que o voto depositado no Legislativo e no Executivo não se faz suficiente para tais minorias se façam ouvidas.

Sobre este papel, imperioso ressaltar um trecho do artigo do ilustre Ministro Roberto Barroso, ao se referir à Súmula Vinculante nº 13 STF, editada com base na decisão de relatoria do Min. Ayres Britto, em 2009, na ADC 12:

No Brasil, coube à jurisdição constitucional uma série de decisões apoiadas pela maioria da população que não tiveram acolhida na política majoritária. Esse foi o caso da decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a constitucionalidade da proibição de contratar cônjuge, companheiro ou parentes para o exercício de funções de confiança e de cargos públicos na estrutura do Poder Judiciário (nepotismo), proibição que foi, posteriormente, estendida pela jurisprudência do Tribunal para os Poderes Executivo e Legislativo (Barroso, 2018, p. 248)²².

²¹ BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*. p. 241. **Revista Interdisciplinar de Direito**, [S.l.], v. 16, n. 1, 217-266, jun. 2018. ISSN 2447-4290. Disponível em: <<http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/494>>. Acesso em: 10 fev. 2020. “A expressão foi utilizada por John Stuart Mill, *On Liberty*, 1874, p. 13: “A tirania da maioria é agora geralmente incluída entre os males contra os quais a sociedade precisa ser protegida (...)””.

²² BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*. p. 248. **Revista Interdisciplinar de Direito**, [S.l.], v. 16, n. 1, 217-266, jun. 2018. ISSN 2447-4290. Disponível em: <<http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/494>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

Por fim, o **papel iluminista** consiste na deliberação acerca de temas que permitam o avanço da sociedade, numa espécie de impulso ao processo civilizatório, em situações que a própria sociedade ainda não encara racionalmente, a exemplo, novamente, do tema objeto do presente artigo, qual seja a constitucionalidade da união homoafetiva no Brasil.

Isto porque até pouco tempo atrás, as mulheres eram consideradas propriedades dos homens, os homossexuais eram considerados criminosos, pecadores e/ou doentes e os negros classificados como uma sub-raça, o que legitimaria a sua escravização.

Como se vê, essa três minorias, por muitos anos, foram vítimas da crueldade e da obscuridade humana. A função iluminista, portanto, tem como objetivo superar esses bloqueios institucionais e históricos enraizados na sociedade, de forma a trazê-la para a luz, assim como fizeram os Iluministas no século XVIII.

III. REGULAMENTAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA POR DECISÃO JUDICIAL NO BRASIL

a. ADPF 132-rj e adi 4277-df. Brasil (2011)

Viu-se que, no Brasil, bem como em quase todo o mundo, a homossexualidade foi vista de diversas maneiras pelas civilizações no decorrer dos anos. No entanto, desde o advento do Cristianismo, o que por muitas civilizações era visto como algo natural, positivo (do ponto de vista pedagógico, ético, moral), passou a ser visto como pecaminoso, ilegal, vexatório ou doentio.

Além disso, por influência da religião, o Estado por muito tempo limitou o exercício da sexualidade ao casamento, regulando não só sequelas de ordem patrimonial, mas a própria postura dos cônjuges, impondo-lhes deveres e assegurando direitos de natureza pessoal (Berenice Dias, 20--?)²³.

Nesse contexto, o modelo de família consagrado pelo Código Civil de 1916 era tipicamente conservador, patriarcal, patrimonializado, indissolúvel, hierarquizado e

²³DIAS, Maria Berenice. **A família homoafetiva (p. 3)**. Disponível em <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/44 - a_fam%EDlia_homoafetiva.pdf> Acesso em: 10 fev. 2020.

sobretudo heterossexual. Portanto, qualquer relacionamento fora desses moldes, além de não ter visibilidade, estava sujeito a severas sanções (Berenice Dias, 20--?).²⁴

Segundo o autor Roger Raupp Rios (20--?), “podemos afirmar que vivemos em uma sociedade branca, masculina, cristã, mas, também, heterossexual, ou, mais modernamente denominado, heterossexista”²⁵. Pelo que se pode concluir que, baseado nessa perspectiva, negros, mulheres e homossexuais, por exemplo, são considerados minorias.

Uma vez que a Constituição firma um estado democrático de direito e que cabe à Jurisdição Constitucional principalmente a proteção e garantia dos direitos humanos, desdobrados em liberdades fundamentais, na igualdade, na solidariedade, alcançando inclusive direitos coletivos e difusos, a questão da liberdade sexual do indivíduo não poderia ter sido deixada de lado por tanto tempo.

A Constituição Federal, no seu art. 226 §3º, inseriu no conceito de entidade familiar o instituto da união estável. Além de alargar o conceito de família para além do casamento, foi derogada toda a legislação que por anos hierarquizava os homens em relação às mulheres.

É o que traz a ementa do julgamento conjunto da ADPF 132-RJ e da ADI 4.277 “A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros”.

Em que pese o intuito do r. artigo em ampliar o conceito de família, não se restringindo ao proveniente do matrimônio, uma parcela da doutrina e da jurisprudência, por muito tempo, ainda interpretou o dispositivo restritivamente, como se a Carta Magna mantivesse o modelo patriarcal e heterossexual de tempos anteriores como o único legítimo, ou seja, restringindo a família ao casamento ou união estável entre heterossexuais.

²⁴ Idem. (p. 2).

²⁵ RIOS, Roger Raupp e PIOVESAN, Flavia. **A discriminação por gênero e por orientação sexual**. (p. 156). Disponível em: <http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/693_609_riosroger.pdf> Acesso em: 27 nov. 2019.

Não houve promulgação de nenhuma Emenda Constitucional para modificar o parágrafo 3º do artigo 226 da CF, com o reconhecimento da união estável dos homossexuais como “entidade familiar”, bem como o reconhecimento da monoparentalidade como uma quarta forma de “entidade familiar”, para fins de proteção estatal.

Tampouco foram promulgadas as leis infraconstitucionais apresentadas por parlamentares para o reconhecimento dos direitos pessoais ou patrimoniais advindos da união homoafetiva.

Ante a clara omissão legislativa em tratar sobre o assunto, em 1999, foi possível visualizar uma movimentação sobre o tema em algumas partes do Brasil por parte do Judiciário. Alguns Tribunais já sinalizavam pelo entendimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como outra forma de entidade familiar, a exemplo da Justiça Gaúcha²⁶, incentivando outros estados a atribuir efeitos jurídicos às uniões homoafetivas²⁷.

O próprio TSE chegou a proclamar a inelegibilidade (art. CF 14 § 7º) em relações homossexuais ainda em 2004²⁸.

Porém, o STF só colocou um ponto final a esta questão em 2011, no julgamento conjunto da ADPF 132-RJ e da ADI 4.277 - DF, de relatoria do Ministro Ayres Britto, ao dar

²⁶ Relações homossexuais. Competência para julgamento de separação de sociedade de fato dos casais formados por pessoas do mesmo sexo. Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido. (TJRS - AI 599 075 496, 8ª C. Cív., Rel. Des. Breno Moreira Mussi, j. 17/6/1999).

²⁷ Dissolução de sociedade e partilha de bens. Relação homossexual. Reconhecimento de união estável. Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa e da igualdade entre todos. Uso da analogia autorizado pelo ART. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Perseguição dos objetivos de construção de uma sociedade justa, com o bem de todos. Reconhecimento do direito como instrumento garantidor da paz social. Verificação de elementos característicos da união estável, excetuando-se a relação homem mulher. Direitos constituídos. Reforma da sentença. Provimento do recurso. (TJRJ, 17ª C. Cív., AC 30.315, Rel. Des. Raul Celso Lins e Silva, j. 24/11/2004).

União homoafetiva. Pensão. Sobrevivente. Prova da relação. Possibilidade. À união homoafetiva que irradia pressupostos de união estável deve ser conferido o caráter de entidade familiar, impondo reconhecer os direitos decorrentes deste vínculo, pena de ofensa aos princípios constitucionais da liberdade, da proibição de preconceitos, da igualdade e dignidade da pessoa humana. (TJMG, AC 1.0024.05.750258-5, Rel. Des. Belizário de Lacerda, j. 04/09/07).

²⁸ Registro de candidato. Candidata ao cargo de prefeito. Relação estável homossexual com a prefeita reeleita do município. Inelegibilidade. Art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento. (TSE, REsp. Eleitoral 24.564, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01/10/2004).

interpretação conforme à Constituição Federal ao artigo 1.723 do Código Civil de 2002, excluindo qualquer entendimento que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e estendendo-lhes o regime jurídico aplicável às uniões estáveis heteroafetivas, com base no direito à não discriminação em razão do sexo e na proteção constitucional conferida à família:

“Logo, é tão proibido discriminar as pessoas em razão da sua espécie masculina ou feminina quanto em função da respectiva preferência sexual. Numa frase: há um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomo-fisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; c) de, nas situações de uso emparelhado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não; quer dizer, assim como não assiste ao espécime masculino o direito de não ser juridicamente equiparado ao espécime feminino – tirante suas diferenças biológicas –, também não assiste às pessoas heteroafetivas o direito de se contrapor à sua equivalência jurídica perante sujeitos homoafetivos. O que existe é precisamente o contrário: o direito da mulher a tratamento igualitário com os homens, assim como o direito dos homoafetivos a tratamento isonômico com os heteroafetivos;” (ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219- PP-00212)

Imperioso destacar que, no presente caso, tem-se o fenômeno da mutação constitucional, consistente na mudança do sentido do texto positivado, através de um processo não legislativo, sem alteração de seu conteúdo. O relator ainda esclarece que:

“O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. **Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa**”. (Grifou-se).

Em 2013, foi editada a Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça, com base no julgamento da ADPF 132-RJ e ADI 4.277-DF, dispondo sobre o tratamento legal às uniões estáveis constituídas por relações homoafetivas, estabelecendo a obrigatoriedade, para todas as autoridades, principalmente Cartórios de Notas e de Registro Civil, de cumprir a determinação judicial.

Ou seja, na prática, em todo território nacional, deu-se a equiparação dos efeitos civis do matrimônio e da união estável aos casais homoafetivos, sem a necessidade de criação de leis regulamentares para sua formalização.

Destaca-se que no presente caso, a Suprema Corte Brasileira, revestida de Poder para dizer o Direito Constitucional, excluiu qualquer interpretação discriminatória e restritiva do conceito de “família” ou “entidade familiar” dado pelo Código Civil de 2002, assegurando aos casais de mesmo sexo o mesmo direito de constituírem união estável dado aos casais heterossexuais.

Decerto, a Corte também desempenhou seu papel contramajoritário e iluminista com maestria, em se tratando de uma minoria que por séculos sofreu discriminação - e até hoje sofre -, por parte da sociedade e do próprio poder estatal: mesmo que por omissão legislativa.

b. Obergefell vs Hodges (2015)

A longa trajetória de luta dos homossexuais na reivindicação de seus direitos e liberdades, principalmente no que concerne aos direitos provenientes da união com outra pessoa do mesmo sexo, também foi vista nos Estados Unidos da América.

Catorze casais do mesmo sexo e dois homens cujos parceiros haviam morrido, processaram os estados de Kentucky, Michigan, Ohio e Tennessee por proibirem o casamento gay, considerando que tal proibição violava a cláusula de igualdade da Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos em duas vertentes: tanto do reconhecimento constitucional do casamento homossexual, quanto em relação ao reconhecimento dos referidos casamentos em qualquer Estado.

A Suprema Corte Norte Americana, no caso Obergefell vs Hodges, em decisão paradigmática, uma vez que a Constituição Americana não trata sobre matrimônio entre pessoas do mesmo sexo, coletou indiretamente da cláusula que garante igual proteção aos indivíduos, prevista na 14^a Emenda Constitucional, o fundamento para reconhecer o casamento entre casais homossexuais, tais como reconhecidos aos heterossexuais.

Na análise do caso, o autor David Delgado Ramos (2017), no livro *“Obergefell contra Hodges: la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo”* escreveu que “é de particular interesse entender o nascimento do

princípio da igualdade no direito constitucional dos Estados Unidos, dado o contexto de particularidades históricas e socioeconômicas do país”²⁹.

Explicitou ainda a relevância das cláusulas contidas na Décima Quarta Emenda para o caso, visto que, na análise do contexto escravagista, foi também fundamental ao desmantelamento da prática judicial de apoio à escravidão então existente, ao garantir o cumprimento do princípio da igualdade - especialmente nos estados do sul, contrários à abolição e onde, apesar da introdução do fim da escravidão via Décima Terceira Emenda, na guerra civil americana do pós-guerra, tal previsão não foi observada - forçando o legislador dos EUA a garantir a abolição por meio da série de cláusulas presentes na Décima Quarta Emenda³⁰.

No que diz respeito ao direito ao casamento, em conexão com a Décima Quarta Emenda, e particularmente com a discriminação racial, destaca-se o caso *Loving v. Virginia*, resolvido pela Suprema Corte em 1967, o qual derrubou a Lei de Integridade Racial de 1924, que proibia o casamento inter-racial, declarando-a inconstitucional, depois de vigorar por alguns estados.

No caso específico do casamento entre pessoas do mesmo sexo, não existe legislação federal nos Estados Unidos, uma vez que cada Estado estabelece sua própria legislação sobre a matéria. Até 2015, 14 (quatorze) Estados negavam o reconhecimento de outras formas de união civil, que não aquela entre homem e mulher, muitas vezes expressando na lei a proibição da união homoafetiva.

Portanto, a aplicação prática da cláusula de igualdade no campo do casamento gay teve origem nos regulamentos dos próprios Estados, entre os quais se destacam

²⁹ RAMOS, David Delgado. **Obergefell contra Hodges**: la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo // *Obergefell v. Hodges: The judgement of the Supreme Court of the United States on same-sex marriage*. 2017/07/19. Revista de Derecho Político (paginação irregular). Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/319489115_Obergefell_contra_Hodges_la_sentencia_de_la_Corte_Suprema_de_los_Estados_Unidos_sobre_el_matrimonio_entre_personas_del_mismosexo_Obergefell_v_Hodges_The_judgement_of_the_Supreme_Court_of_the_United_States. Acesso em: 27 nov. 2019.

³⁰ Idem.

Massachusetts, - por ser o primeiro a reconhecê-lo, no ano de 2004 -, e a Califórnia, por ser o Estado maior e mais populoso dos Estados Unidos³¹.

Na própria Suprema Corte houve marcos anteriores como *Bowers v. Hardwick*³², que considerou legítima a criminalização de relações íntimas entre pessoas do mesmo sexo, e *Lawrence v. Texas*³³, que superou este entendimento, afirmando o direito de casais homossexuais à liberdade e à privacidade, com base na mesma cláusula da 14ª Emenda à Constituição³⁴.

O primeiro argumento utilizado no caso Obergefell contra Hodges foi que “o direito ao casamento em termos de escolha pessoal é inerente ao conceito de autonomia individual”, pois, como as “opções de contracepção, relações familiares, procriação e parentalidade, filhos protegidos pela Constituição, as decisões relativas ao casamento são entre os mais íntimos que um indivíduo pode fazer”³⁵.

O segundo argumento trazido diz que “o direito ao casamento é fundamental, porque apoia uma união de duas pessoas como nenhuma outra de sua importância para indivíduos comprometidos”³⁶.

O terceiro fundamento da decisão diz que:

³¹ RAMOS, David Delgado. **Obergefell contra Hodges**: la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo // Obergefell v. Hodges: The judgement of the Supreme Court of the United States on same-sex marriage. 2017/07/19. Revista de Derecho Político (paginação irregular). Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/319489115_Obergefell_contra_Hodges_la_sentencia_de_la_Corte_Suprema_de_los_Estados_Unidos_sobre_el_matrimonio_entre_personas_del_mismosexo_Obergefell_v_Hodges_The_judgement_of_the_Supreme_Court_of_the_United_States>. Acesso em: 27 nov. 2019

³² 478 U.S. 186 (1986).

³³ 539 U.S. 558 (2003).

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. p. 255. **Revista Interdisciplinar de Direito**, [S.l.], v. 16, n. 1, 217-266, jun. 2018. ISSN 2447-4290. Disponível em: <<http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/494>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

³⁵ RAMOS, David Delgado. **Obergefell contra Hodges**: la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo // Obergefell v. Hodges: The judgement of the Supreme Court of the United States on same-sex marriage. 2017/07/19. Revista de Derecho Político (paginação irregular). Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/319489115_Obergefell_contra_Hodges_la_sentencia_de_la_Corte_Suprema_de_los_Estados_Unidos_sobre_el_matrimonio_entre_personas_del_mismosexo_Obergefell_v_Hodges_The_judgement_of_the_Supreme_Court_of_the_United_States>. Acesso em: 27 nov. 2019

³⁶ Idem (paginação irregular).

"de acordo com as leis de vários Estados, algumas das proteções do casamento para crianças e famílias são de natureza material, mas o casamento também traz benefícios mais profundos. No caso de exclusão de casais do mesmo sexo do direito ao casamento, pode levar a sérios problemas para as crianças, já que sem tal reconhecimento para casais homossexuais, a estabilidade e previsibilidade que o casamento oferece, seus filhos sofrem o estigma de saber que suas famílias são de alguma forma inferiores. (...) As leis do casamento em questão prejudicam e humilham os filhos de casais do mesmo sexo"³⁷.

A quarta e última razão central do julgamento diz que o casamento homossexual é essencial à ordem social, vez que “como um casal, comprometem-se a apoiar-se mutuamente, também apoiando a sociedade, oferecendo reconhecimento simbólico e benefícios materiais para proteger e nutrir a união”³⁸.

Aqui, observa-se que a Suprema Corte Americana, igualmente à Brasileira no caso analisado, também desempenhou um papel contramajoritário e iluminista ao reconhecer amplamente o direito fundamental dos homossexuais, sob todos os aspectos do direito material e pessoal do casamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese várias diferenças em relação à própria formação do Brasil e dos Estados Unidos da América, que acaba interferindo diretamente nos sistemas jurídicos adotados em cada país, observa-se uma semelhança em relação à luta pelos direitos fundamentais dos homossexuais, visto que nos dois países, foi preciso provocar a Suprema Corte para dela extrair o reconhecimento de uma gama de direitos fundamentais assegurados por suas Constituições, mesmo que não expressamente.

No Brasil, foi necessária a provocação do Judiciário para reconhecer a união estável homoafetiva como uma forma de “entidade familiar”, ensejando a interpretação do art. 1.723 CC conforme à Constituição e estendendo aos casais homoafetivos o regime jurídico aplicável

³⁷ Idem (paginação irregular).

³⁸ Idem (paginação irregular).

às uniões estáveis heteroafetivas, com base no direito à não discriminação em razão do sexo e na proteção constitucional conferida à família.

Nos Estados Unidos da América, foi necessária a provocação do Judiciário para reconhecer a constitucionalidade do casamento homossexual, estendendo-lhes o regime jurídico aplicável ao casamento heterossexual, com base na cláusula de igualdade de proteção da 14ª Emenda Constitucional.

Percebe-se, portanto, a tamanha importância da jurisdição constitucional e, principalmente, das Cortes Constitucionais, na proteção dos direitos fundamentais do ser humano trazidos (expressa ou implicitamente) na Carta Maior de um Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito & a justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 4.ed., 2009, p. 36-37.

FILHO, Francisco Carlos Moreira; MADRID, Daniela Martins. **A Homossexualidade e Sua História**. Disponível em:

<<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/1646/1569>> Acesso em 27 de novembro de 2019.

M. Hyamson, ed. and tr., **Mosaicarum et romanarum legum collatio**, London 1913 (reimpresión Buffalo, 1997), pp. 82-83. (Coll. leg. mos. et rom. 5.3.1-2) (Coll. leg mos. Et Roman 5.3.1-2).

LIMA, Andre Estefam. **Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana**. Saraiva Educação SA (paginação irregular). Disponível em <<https://books.google.com.br/books?id=idViDwAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=inauthor:%22ANDRE+ESTEFAM+ARAUJO+LIMA%22&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKewjSo5r->

[_MbnAhUAHbkGHcbFCNUQ6AEIVTAF#v=onepage&q&f=false](#)> Acesso em 27 de novembro de 2019.

LAURENTI, Ruy. "Homossexualismo e a Classificação Internacional de doenças". **Rev. Saúde Pública**, vol.18, nº 5, São Paulo, Outubro de 1984. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101984000500002> Acesso em 27 de novembro de 2019.

CARNEIRO, Ailton José dos Santos. **A morte da clínica: movimento homossexual e luta pela despatologização da homossexualidade no Brasil (1978-1990)**. p.12. Disponível em http://www.snh2015.anpuh.org/resources/anais/39/1439866235_ARQUIVO_Artigo-Amortedaclinica.pdf> Acesso em 27 de novembro de 2019.

BOLETIM DO GRUPO GAY DA BAHIA. Ano IV. Nº 11. Julho de 1985. p.188 <<https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2018/02/2-boletim-do-ggb.pdf> > Acesso em 26 de novembro de 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Interdisciplinar de Direito**, [S.l.], v. 16, n. 1, 217-266, jun. 2018. ISSN 2447-4290. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/494>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **A família homoafetiva** (pp. 2-3). Disponível em http://www.mariaberenice.com.br/uploads/44_-_a_fam%EDlia_homoafetiva.pdf> Acesso em: 10 fev. 2020.

RIOS, Roger Raupp e PIOVESAN, Flavia. **A discriminação por gênero e por orientação sexual**. (p. 156). Disponível em http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/693_609_riosroger.pdf> Acesso em: 27 nov. 2019.

RAMOS, David Delgado. **Obergefell contra Hodges**: la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo // Obergefell v. Hodges: The judgement of the Supreme Court of the United States on same-sex marriage. 2017/07/19. Revista de Derecho Político (paginação irregular). Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/319489115_Obergefell_contra_Hodges_la_sentencia_de_la_Corte_Suprema_de_los_Estados_Unidos_sobre_el_matrimonio_entre_personas_del_mismosexo_Obergefell_v_Hodges_The_judgement_of_the_Supreme_Court_of_the_United_S>. Acesso em: 27 nov. 2019.

UMA REFLEXÃO SOBRE A PONDERAÇÃO ENTRE OS DIREITOS À VIDA, À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À LIBERDADE DE ESCOLHA FRENTE AO INSTITUTO DA EUTANÁSIA

A reflection on the righteousness between life rights, human dignity and freedom of choice from the euthanasia institute

Jemima Martins e Silva³⁹

Resumo: A eutanásia consiste em um procedimento médico que possibilita ao paciente portador, por exemplo, de doença incurável, ter uma morte tranquila e segura. Tal conduta provoca, ainda hodiernamente, discussões que enfrentam polêmicas em diversos países, inclusive no Brasil, uma vez que entram em choque valores éticos, morais, religiosos e os direitos à vida, à liberdade de escolha e a dignidade da pessoa humana.

Mediante a escassez de uma legislação específica sobre o tema no ordenamento jurídico brasileiro, o presente artigo visa fomentar a reflexão de até que ponto a vida, o bem jurídico de mais alto valor, segundo a nossa Constituição, deve ser mantida nesse patamar, diante de circunstâncias que colocam em conflito outros direitos também previstos na Magna Carta.

Pretende-se mostrar a partir da análise exemplificativa de pessoas que decidiram se submeter a este procedimento, levando em consideração motivos que transcendem simplesmente a existência, para reputar as subjetividades envolvidas, visto que, estar impossibilitado de executar atividades existenciais como respirar e se alimentar, ou estar submetido a dores insuportáveis incessantemente, perde-se, na visão das pessoas, o significado de viver.

Por esta razão, busca-se perquirir até que ponto é positiva ou negativa a intromissão estatal na liberdade de escolha do indivíduo em planejar a própria morte.

Palavras-chave: Eutanásia; Direito à vida; Liberdade de escolha.

Abstract: *Euthanasia is a medical procedure that enables the patient with, for example, incurable disease, have a peaceful and safe death. Such conduct provokes, even today, discussions that face controversy in several countries, including Brazil, as it clashes ethical, moral, religious values and the rights to life, freedom of choice and the dignity of the human person.*

Due to the scarcity of specific legislation on the subject in the Brazilian legal system, this article aims to encourage the reflection of the extent to which life, the highest legal value, according

³⁹ Graduanda em Direito pelo Instituto Brasileiro de Direito Público IDP/EDB.

to our Constitution, should be maintained at this level in the face of circumstances conflicting other rights also provided for in the Magna Carta.

It is intended to show from the exemplary analysis of people who have decided to submit to this procedure, taking into account motives that simply transcend existence, but regard the subjectivities involved, as for some unable to perform existential activities such as breathing and eating or being subjected to unbearable pain, in the view of this people, the meaning of living is lost.

For this reason, it is intended to inquire to what extent is the positive or negative state interference in the freedom of choice of the individual in planning his own death.

Keywords: *Euthanasia; Right to life; Freedom of choice.*

INTRODUÇÃO

A morte é um fato, ninguém por mais rico e poderoso que seja pode dela se eximir. Em regra ela ocorre em razão de um evento natural ou acidental mas, em algumas vezes, pode ser provocada. Diante de uma doença incurável, por exemplo, existem procedimentos médicos que garantem ao paciente a possibilidade de planejar uma morte tranquila e segura. Tal procedimento é conhecido como eutanásia.

A origem etimológica da palavra advém da expressão grega *euthanatos*, onde *eu* significa bom e *thanatos*, morte. Em linhas gerais, consiste na morte boa, calma ou humanitária. Esta é uma prática milenar realizada em diversas culturas dos povos antigos, a qual era motivada por múltiplos fatores, sendo em regra, bem aceitos socialmente, uma vez que faziam parte de suas tradições.

Com o passar dos anos, os conceitos e os significados das coisas foram amoldando-se a outros valores e princípios sociais. Na maioria das culturas da contemporaneidade, a vida é o bem jurídico de mais alto valor, inalienável e intransferível, que exige dever geral de abstenção. Por essa e outras razões, hodiernamente, há grandes polêmicas em relação à eutanásia, pois envolve questões éticas, morais, religiosas e jurídicas que estão entranhadas na consciência da maior parte da sociedade internacional.

O conceito de vida é muito subjetivo, logo, extremamente variável, uma vez que advém de crenças e culturas ao qual o indivíduo está inserido. A visão do cristianismo em relação ao budismo, por exemplo, é extremamente diferente no tocante ao tema: para as religiões cristãs, a vida e a morte estão nas mãos de Deus e só este tem o poder de determiná-

la; para a religião budista, a vida deve ser vivida plena e integralmente, sendo mais valorizada a paz da mente e a honra da vida, em detrimento de uma vida longa.

Assim sendo, por uma questão lógica, a vida está no topo da hierarquia em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que esta somente pode ser reconhecida e protegida mediante a sua existência. Ao consagrar tal direito em elevado patamar, o Estado proíbe a morte provocada. Por esse motivo, a eutanásia é visivelmente uma ameaça a esse direito.

Diante desse posicionamento, surge uma grande controvérsia, uma vez que, segundo alguns estudiosos da área, não há possibilidade de o direito à vida estar ameaçado pela eutanásia, quando o indivíduo não goza de tal em sua totalidade. É extremamente complicado definir o conceito de vida digna, pois cada ser em sua individualidade a idealiza de formas diferentes.

Para alguns, o fato de respirar já é uma dádiva; ao tempo que, para outros, não há que se falar em vida quando se está privado do exercício de muitos de seus direitos, não podendo deles usufruir. Há ainda aqueles que acreditam que, se não tiver um nível de vida adequado, com educação, cultura, lazer, quando nem mesmo as funções vitais são autônomas, perde-se o conceito constitucional de tal direito, pois um indivíduo nessas condições não mais o detém, visto que este direito lhe foi tirado involuntariamente.

É importante salientar que a vida não pode ser entendida apenas como um dever em si mesma, mas também deve ser considerada como um direito atrelado a diversos outros fatores. Limitá-la a um intervalo de tempo entre o nascer e o morrer, como apenas um fenômeno biológico, é ignorar de forma impiedosa toda a complexidade da existência humana.

O instituto da eutanásia envolve um choque entre direitos fundamentais previstos em nossa Carta Constitucional, ocorrendo inevitavelmente uma afrontosa colisão entre o direito à vida, à liberdade de escolha de uma morte digna e o princípio da dignidade da pessoa humana. A grande indagação que surge quando a busca por concretizar tais princípios termina em sua colisão, é saber qual prevalecerá frente o instituto da eutanásia.

O presente artigo visa exatamente fomentar a reflexão em relação a este tema tão complexo, sobre o qual pairam diversas opiniões e discussões no seio social há séculos. No

Brasil, nunca houve um posicionamento no Congresso Nacional, a fim de legislar sobre a questão, o que faz com que muitas questões em relação à temática permaneçam obscuras.

Inicialmente, haverá um breve apanhado histórico sobre o instituto da eutanásia e suas variações, logo após a sua previsão no ordenamento jurídico brasileiro e no Direito Comparado, fazendo alusão a situações ocorridas em casos concretos. Por fim, serão realizadas algumas considerações a respeito dos pontos e contrapontos da intromissão do Estado na vida dos cidadãos, especificamente no que tange à liberdade de escolha pelo indivíduo na decisão sobre sua própria morte.

1. EUTANÁSIA

No decorrer da história, várias civilizações realizavam a eutanásia, no entanto, seu significado resultava de concepções e motivações diferenciadas entre si. Os celtas, por exemplo, consideravam a eutanásia uma prática misericordiosa dos filhos em relação aos pais, quando estes alcançavam a velhice e padeciam de enfermidades. Na Índia, os doentes incuráveis eram levados até a beira do rio Ganges, onde tinham as suas narinas e a boca obstruídas com barro, e, logo após, eram atirados ao rio para morrerem.

Vários filósofos da Grécia e da Roma Antiga comungavam da ideia, vez que, para eles, o sofrimento resultante de uma doença dolorosa justificava o suicídio. No livro sagrado da Bíblia há também relatos sobre a realização desta prática. No Egito, a Cleópatra VII (69 aC-30 a.C.) criou uma "academia" para estudar formas de morte menos dolorosas.

Na Idade Média, os guerreiros feridos em combates eram sacrificados, como um ato de "misericórdia", mediante golpes de punhal muito afiado introduzido na articulação, que lhes servia para evitar o sofrimento e a desonra. As populações rurais norte-americanas, que, devido aos fatores ambientais, eram nômades, sacrificavam enfermos e anciãos para não os abandonar ao ataque de animais selvagens.

A partir dessas considerações, percebe-se que vários exemplos poderiam servir para balizar a amplitude de suas práticas. O termo Eutanásia vem do grego, podendo ser traduzido como "boa morte" ou "morte apropriada". A primeira vez que foi designada como a conhecemos hoje foi pelos escritos de Francis Bacon, em 1623, por meio de sua obra "Historia

vitae et mortis", como sendo o "tratamento adequado as doenças incuráveis". (GOLDIM, 2004)

Partindo dessa premissa, a abreviação do momento da morte pode ocorrer de distintas formas, em relação ao ato em si, de acordo com uma distinção já clássica, a saber:

1) eutanásia ativa, ato deliberado de provocar a morte sem sofrimento do paciente, para fins humanitários (como no caso da utilização de uma injeção letal);

2) eutanásia passiva, quando a morte ocorre por omissão em se iniciar uma ação médica que garantiria a perpetuação da sobrevivida (por exemplo, deixar de se acoplar um paciente em insuficiência respiratória ao ventilador artificial);

3) eutanásia de duplo efeito, quando a morte é acelerada como consequência de ações médicas não visando ao êxito letal, mas sim ao alívio do sofrimento de um paciente (por exemplo, emprego de uma dose de benzodiazepínico para minimizar a ansiedade e a angústia, gerando, secundariamente, depressão respiratória e óbito). (NEUKAMP, 1937)

Uma outra maneira de classificar as várias modalidades de eutanásia leva em conta não só as consequências do ato, mas também o consentimento do paciente:

1) eutanásia voluntária, a qual atende uma vontade expressa do doente – o que seria um sinônimo do suicídio assistido;

2) eutanásia involuntária, que ocorre se o ato é realizado contra a vontade do enfermo – ou seja, sinônimo de "homicídio";

3) eutanásia não voluntária, quando a morte é levada a cabo sem que se conheça a vontade do paciente. (MARTIN, 1998)

O emprego de tais variantes do instituto da eutanásia gera alguns problemas conceituais, tendo inclusive diferentes tratamentos na seara jurídica brasileira. Dentre as variações, encontra-se a distanásia, que, em linhas gerais, trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal, ou tratamento inútil, visando não o prolongamento da vida, mas sim do processo até chegar a morte.

Há também a ortotanásia, que ocorre quando o doente já se encontra em processo natural de morte, processo esse que recebe uma contribuição do médico, no sentido de deixar que esse estado se desenvolva no seu curso natural. Por somente poder ser realizado por profissionais da medicina, é uma conduta atípica no Código Penal, pois não é a causa da morte da pessoa, considerando que o processo de falecimento já fora instalado.

Outrossim, a totanásia é a situação do paciente que se encontra em morte cerebral ou encefálica. Neste caso, a pessoa já está morta, permitindo a lei, inclusive, não apenas que os

aparelhos sejam desligados, mas que seus órgãos sejam retirados a fim de que sejam transplantados em outra pessoa.

Deste modo, é possível vislumbrar a contradição em face da temática, visto que a morte sofredora é aceitável, como por exemplo, na distanásia, onde não é levado em consideração o sofrimento que padece o enfermo. Da mesma forma, na totanásia, o interesse está voltado para fins técnico-científicos, tornando o paciente um mero objeto para tal, o que claramente deixa de lado a subjetividade do enfermo em questão.

2. ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No ordenamento jurídico brasileiro, o instituto da eutanásia não tem uma legislação específica, é prevista apenas como uma variante, tipificado no § 1º.art. 121 no Código Penal brasileiro, o qual institui o tipo do homicídio privilegiado, nos seguintes termos:

Art. 121 - Matar alguém.

(...)

§1º - Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço

É neste preceito que a doutrina situa o tratamento penal dispensado à eutanásia, quando praticada por motivo piedoso e para a qual o consentimento do paciente ao médico não tem qualquer relevância, pois não exclui a ilicitude da conduta. O motivo de relevante valor social ou moral que tenha sido considerado pelo médico ao praticar a eutanásia pode vir a ser considerado como causa especial de redução de pena, mas a conduta continua a ser típica, ou seja, a caracterizar homicídio. (CESARIN, 2008)

Hodiernamente, caso um médico venha a realizar a eutanásia, pode ser condenado por crime de homicídio, onde há previsão da pena de 12 a 30 anos. Em relação ao auxílio ao suicídio, a pena pode variar entre dois a seis anos de prisão. No mesmo diploma legal, a eutanásia passiva pode ser tipificada como crime previsto no artigo 135, intitulado omissão de socorro:

Art. 135. Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparado ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos socorro da autoridade pública.

Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.

A pena é aumentada da metade, se da omissão resultar lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resultar a morte. Bem próximo à eutanásia está o suicídio assistido, mas os dois não se confundem. Nem o suicídio assistido se confunde com a indução, instigação ou auxílio ao suicídio, crime tipificado no artigo 122 do Código Penal:

Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Na eutanásia, o médico age ou se omite, dessa ação ou omissão surge diretamente a morte. No suicídio assistido, a morte não depende propriamente da ação de terceiro. Ela é consequência de uma ação do próprio paciente, que pode ter sido orientado ou auxiliado por esse terceiro.

No que concerne à omissão médica, há o Projeto de Lei nº 7/2018 do Senado Federal em que o relator é o senador Lasier Martins (PSD-RS), que visa isentar de crime a omissão de tratamento de saúde a um paciente que recuse a oferta de cuidados para prolongar a vida. Lasier é também autor do PLS 149/2018, que possibilita a toda pessoa adulta e capaz declarar se tem ou não interesse em se submeter a tratamentos caso enfrente no futuro doença incurável ou em fase terminal.

Segundo ele, “o respeito à manifestação do paciente consagra o princípio da autonomia da vontade, inclusive nessa delicada fase da vida, consagrando a liberdade individual e aperfeiçoando nosso modelo de assistência à saúde”. O parlamentar viu ainda a alteração no CP como uma importante mudança direcionada a livrar o profissional de saúde de punições, em caso de recusa do paciente à oferta de assistência. Esse PLS (Projeto de Lei do Senado) está em tramitação e, se for aprovada na CCJ (Comissão de Constituição e Justiça) e não houver recurso para votação pelo Plenário do Senado, a proposta será enviada à Câmara dos Deputados. (SENADO NOTÍCIAS, 2018)

3. DIREITO COMPARADO

Quando vislumbrada sob o prisma internacional, as legislações estrangeiras têm se ocupado frequentemente do tema em seus respectivos códigos. Desta maneira, é possível afirmar que, em diversos países, a eutanásia é vista como uma forma de homicídio privilegiado, especialmente na América Latina, nos Estados da Colômbia, Cuba, Bolívia, Costa Rica, Uruguai, entre outros.

O Brasil, como visto, acompanhado da Argentina, ainda é extremamente conservador, visto que não exclui a eutanásia de um tipo penal alocado entre os tipos de homicídio previstos no Código Penal. Diferentemente, o Uruguai aprovou recentemente em seu código o perdão judicial, o qual concede a prerrogativa ao juiz de concedê-lo aos indivíduos honestos, sem antecedentes, que cometeram um homicídio por ato de piedade, mediante súplicas da vítima.

De igual modo, na Europa, as legislações tendem a ser mais benevolentes, tendo em vista que isentam de pena, como ocorre na Rússia, ou aplicam atenuantes como se vê na Itália, Inglaterra, entre outros. A eutanásia, como suicídio assistido, já é prática legalmente prevista em vários países, entre eles a Holanda, a Bélgica, a Suíça, Luxemburgo, a Colômbia, o Canadá, alguns Estados dos EUA, entre outros.

Nos territórios do Norte da Austrália esteve em vigor, de 1º de julho de 1996 a março de 1997, a primeira lei que autorizava a eutanásia ativa, que recebeu a denominação de Lei dos Direitos dos Pacientes Terminais. Esta lei estabelecia inúmeros critérios e precauções para permitir a realização do ato eutanásico. No entanto, a legislação foi revogada pelo Parlamento Australiano. (JUNIOR, 2002)

Em 2001 a Holanda tornou-se o primeiro país do mundo a legalizar a eutanásia. Houve protestos populares contra esta medida, apesar de uma maioria expressiva da população ter se manifestado favoravelmente a este respeito em pesquisas de opinião pública. Antes de aprovação oficial da lei, a eutanásia era tolerada sob condições especiais, desde 1997. (GOLDIM, 2003)

A lei holandesa alterou o Código Penal e o médico passou a poder, de acordo com as circunstâncias previstas pela Lei relativa ao Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido, praticar a eutanásia. A referida legislação não se aplica a quem não for médico.

Segundo a lei, para que a prática de eutanásia seja considerada lícita, devem ser observados uma série de requisitos. O médico deve estar convencido de que se trata de “uma

solicitação voluntária e bem pensada do paciente” (art. 2º, § 1º, “a”). Ele também deve estar convencido de que as dores do paciente são “sem perspectiva e insuportáveis” (art. 2º, § 1º, “b”).

O paciente deve ter sido esclarecido sobre “a situação na qual ele se encontrava e sobre suas perspectivas” (art. 2º, § 1º, “c”). Deve-se chegar à conclusão de que “não havia outra solução razoável” (art. 2º, § 1º, “d”). Deve-se consultar ao menos “um outro médico independente” (art. 2º, § 1º, “e”). (ALBUQUERQUE, 2008)

Na Bélgica, alguns pontos da lei que versam também sobre os requisitos essenciais para a realização da eutanásia são importantes para a compreensão da forma proposta pela legislação, quais sejam: a) que o profissional se tenha assegurado de que o paciente tenha plena capacidade e consciência quando da manifestação do pedido; b) que o pedido seja voluntário, pensativo e reiterado, independentemente de qualquer pressão; c) que o paciente esteja em uma situação médica irreversível, ou seja, com uma doença grave e incurável acidental ou patológica; d) que o paciente esteja em um estado de sofrimento físico ou psicológico insuportável. (BENEVIDES, 2017)

A legislação da Suíça não distingue a prática da eutanásia realizada por um médico ou não. No entanto, este ato não é qualificado como assassinato. O Código do país instituiu como homicídio privilegiado aquele que agir por motivos honrosos, como por exemplo a piedade, da morte daquele que faz um “pedido sério e inequívoco”. Porém, torna passível de punição a assistência ao suicídio, apenas se o autor agiu “movido por um motivo egoísta”, como aquele que visa à herança, por exemplo. (SOUZA, 2016)

4. CASOS CONCRETOS

Na contemporaneidade, tem-se diversas notícias de pessoas que se submeteram a eutanásia, especialmente em países da Europa. Um caso famoso ocorreu na Bélgica com a atleta paraolímpica Marieke Vervoort, aos 40 anos. A decisão deu-se em razão do sofrimento com dores insuportáveis por conta de uma síndrome degenerativa que paralisava suas pernas e que provocava desmaios na atleta ao longo do dia.

Segundo entrevista feita a BBC em 2016, a atleta dizia se sentir muito mal, pois sofria ataques epiléticos, chorava e gritava em razão da dor, o que a obrigava tomar muitos analgésicos. Como já mencionado, a eutanásia é legal na Bélgica. Assim em 2008, Vervoort assinou papéis que permitiam que um médico encerrasse sua vida quando ela achasse que era hora.

Vervoort ganhou ouro na corrida de cadeira de rodas T52 100m nos Jogos de Londres, em 2012, e prata na corrida de cadeira de rodas T52 200m. Na Paraolimpíada do Rio, em 2016, conquistou prata nos T51/52 400m e bronze nos T51/52 100m. Obteve muitas conquistas, mas segundo depoimentos, "ela havia aceitado que seu tempo seria mais curto que o de muitas pessoas, mas estava determinada a aproveitar ao máximo enquanto pudesse". A atleta realizou o procedimento em outubro de 2019. (BBC NEWS, 2019)

Outro caso também de grande repercussão midiática foi o de uma jovem holandesa identificada como Aurelia Brouwers, que bebeu veneno fornecido por um médico e se deitou para morrer. O fato ocorreu em janeiro de 2018. Porém o caso de Aurelia não se tratava de uma doença em estado terminal, como normalmente ocorre. A jovem foi autorizada a acabar com a própria vida devido a uma doença psiquiátrica. Tal instituto é legal na Holanda, e a morte de Brouwers foi sancionada pelo Estado.

Segundo uma entrevistada também dada à BBC, a holandesa fez o seguinte depoimento: "Eu tenho 29 anos e escolhi ser voluntariamente submetida à eutanásia. Escolhi isso porque tenho muitos problemas de saúde mental. Sofro de maneira insuportável e sem esperança. Cada suspiro que eu dou é uma tortura ...".

De acordo com a lei holandesa, um médico deve estar convencido de que o pedido de eutanásia do paciente é "voluntário e suficientemente ponderado". Durante as duas últimas semanas de vida, Aurelia passou por vários momentos de angústia e automutilação. "Ela não se expressava muito bem - exceto quando o assunto era a eutanásia, era muito clara nesse ponto", dizia e repórter que a acompanhou.

O desespero de Browser foi tão grande que ela fazia a seguinte afirmação: "Eu estou presa no meu próprio corpo, na minha própria cabeça e só quero ser livre". "Eu nunca fui feliz - não conheço o conceito de felicidade." Antes da eutanásia, Aurelia havia sido tratada por sua doença - fazia terapia e tomava remédios -, mesmo com todos os tratamentos, assim se

manifestou sobre o tema: "Precisamos nos livrar do tabu de que você deve permanecer sempre em tratamento, até o amargo fim". E complementou: "para pessoas como eu nem sempre há uma solução - você não pode continuar tomando remédio, nem rezar indefinidamente... Em algum momento você simplesmente tem que parar."

A morte de Aurelia Brouwers provocou um grande debate na Holanda e ganhou manchetes em vários países. Ninguém sugeriu que o procedimento foi ilegal, mas muitos questionaram se foi para esse tipo de caso que a legislação de 2002 que permitiu a eutanásia foi promulgada. No caso de Aurelia, os médicos não administraram as drogas que a mataram - ela mesma bebeu a medicação. (BBC NEWS, 2018)

Neste mesmo sentido, a UOL publicou uma notícia de um casal holandês com a mesma idade, 91 anos, em que viveram juntos 65 deles, e faleceram lado a lado, em um caso raro de dupla eutanásia. Segundo o jornal holandês *Algemeen Dagblad*, Nic e Trees Elderhorst morreram em julho de 2017, um pouco depois de fazerem a sua última viagem juntos.

Os dois tinham problemas de saúde. Ele sofreu um acidente vascular cerebral há cinco anos, que deixou a sua mobilidade bem limitada e lhe rendeu vários problemas físicos, muita dor e hospitalizações regulares. Manteve-se vivo este tempo todo por causa de antibióticos. Ela sofreu para cuidar do marido. Com o passar do tempo, caminhar tornou-se cada vez mais difícil e sua memória começou a enfraquecer.

Depois que o pedido do casal foi considerado, o processo demorou cerca de seis meses. Para testar se cada um deles tinha o desejo de morrer, duas equipes do órgão do governo holandês responsável pelo processo de eutanásia foram nomeadas para cada um, foi feita a entrevista separadamente para ser investigado o porquê de cada um optar pelo fim da vida. Ambos os pedidos foram autorizados e uma data foi definida para eles. É raro que sejam aceitos pedidos assim, mas o estágio de saúde de ambos ajudou para que o desejo fosse atendido.

Nic e Trees Elderhorst informaram aos vizinhos e amigos sobre sua escolha. Eles disseram adeus a todos, em um processo que foi muito intenso e assumiram o controle até dos preparativos do funeral deles próprios. No dia da eutanásia, falaram palavras doces um para o outro e morreram de mãos dadas. (UOL NOTÍCIAS, 2017)

5. LIBERDADE DE ESCOLHA E O PATERNALISMO ESTATAL

O direito à vida está assegurado e consagrado no ordenamento jurídico pátrio por ser o alicerce de qualquer prerrogativa jurídica da pessoa, razão pela qual o Estado resguarda a vida humana, desde a concepção até a morte e prevê, no entanto, a sua indisponibilidade.

Como visto, colocar o direito à vida em tão elevado patamar, frente ao instituto da eutanásia não é tão fácil assim, visto que traz à baila direitos outros que relativizam, em certo sentido, o conceito de vida. Viver em estado vegetativo ou estar submetido incessantemente a dores fortes e irremediáveis, e pior, perder o sentido como ser humano, é realmente viver?

Esta é uma pergunta cheia de complexidades, por isso é difícil discutir esse assunto por exemplo, no Congresso Nacional, o que dificulta a criação de uma legislação específica sobre a temática. Isso porque, sob a égide de nossa Constituição Federal, a eutanásia é ainda hoje considerada como crime.

Percebe-se que no Brasil o paternalismo estatal, nos impede muitas vezes de dispor de alguns direitos, e a vida é um deles, o que torna a eutanásia um instituto de difícil aplicabilidade em nosso ordenamento. Mas, ao considerar apenas a imposição da vontade e ditames por parte do Estado, ficam de lado as subjetividades dos indivíduos que compõem o seio social.

No Brasil, se uma pessoa em estado de doença terminal quiser dar fim ao sofrimento, a única saída será o suicídio, e, se tiver ajuda de qualquer pessoa, este responderá criminalmente. Ora, mesmo diante da previsão do princípio da dignidade da pessoa humana, o ordenamento só deve se ater à vida formalmente, de forma que a pessoa não possa ter a liberdade de desfrutar uma morte digna e em paz?

Claro que, mediante a legalização de tal instituto seria necessário que o Estado realizasse investimentos para haver uma comissão, a fim de analisar minuciosamente cada pedido. Isto necessitaria, claro, de verbas públicas mas, também, e principalmente, de uma maturação na consciência de cada indivíduo da sociedade, de forma a aceitar a opinião e escolha do outro e a conhecer as peculiaridades para a realização da eutanásia.

Sabe-se que qualquer pessoa em estado de desespero de uma doença em estado terminal pode vir a desejar a morte mas, também sabe-se que deve haver a clareza no entendimento de cada um, no sentido de que o procedimento só é realizado quando realmente se esvaíram todas as possibilidades médicas existentes. Assim sendo, o paternalismo por parte do Estado mitiga, indiscutivelmente, a liberdade de escolha do indivíduo. Assim, para que possamos evoluir, faz-se necessário a releitura de certos valores e compreensões sociais.

Claro que não estamos falando aqui em liberar para toda a população a possibilidade de planejar a própria morte, e sim em priorizar, em certos casos, a subjetividade dos indivíduos que padecem sem esperança de melhoras, uma vez que viver não se resume apenas na mera existência. A tutela do Estado para cada cidadão é essencial, pois sem ela muitos de nossos direitos não poderiam ser usufruídos. No entanto, em certos casos, tal tutela sufoca o direito de escolha dos indivíduos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mediante todo o exposto, percebe-se que muitas mudanças ainda precisam ser realizadas para que possamos, primeiramente, termos a maturidade intelectual necessária para discutirmos um tema tão complexo como este, nas várias camadas da sociedade com racionalidade e empatia. Os argumentos baseados puramente em dogmas religiosos ou morais não nos levará aonde precisamos chegar.

A grande dificuldade da humanidade está em não aceitar a opinião do outro por simplesmente não pensar da mesma forma, ou pior, não ser capaz de se colocar no lugar do próximo. Muitas vezes, as pessoas preferem o sofrimento do outro, para sentirem consolo em razão de o enfermo ainda estar vivo, a deixá-los partir em paz e dignamente.

Como visto, nos países em que é permitida a eutanásia, sempre há a necessidade de comprovação dos requisitos essenciais previstos em lei. Assim, não basta simplesmente querer, tem que provar. Logo, legislar sobre o tema não se resume em autorizar toda e qualquer pessoa em indefinidas situações a tirarem a própria vida por meio da eutanásia.

Deve-se haver, na compreensão social, que esta somente é realizada quando se exauriram todas as possibilidades possíveis, de forma que já houve a utilização de todos os recursos e por meio de nenhum foi possível alcançar resultados. São situações extremamente peculiares.

Levando em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à liberdade de escolha, a realização da eutanásia não mitigaria de forma alguma o sentido constitucional de vida, uma vez que, para esta ser plena, tem de ser digna até o fim. Ao paciente que não tiver solução aos olhos da ciência e optar pela realização da eutanásia, este direito deveria ter respaldo legal, visto que o tratamento fútil é indigno.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- GOLDIM, José Roberto. **Eutanásia**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2004. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/eutanasi.htm>> Acessado em: 24/11/2019.
- GOLDIM, José Roberto. **Eutanásia- Holanda**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2003. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/eutanol.htm>
- NEUKAMP, F 1937. **Zum Problem der Euthanasie**. Der Gerichtssaal, 109:403
- MARTIN, LM 1998. **Eutanásia e distanásia, pp 171-192**. In SIF Costa, G Oselka & V Garrafa (orgs.). Iniciação à bioética. Conselho Federal de Medicina, Brasília.
- CESARIN, Selma Aparecida. **Breves considerações sobre a eutanásia e ortotanásia e o respeito ao princípio da dignidade no momento da morte**. Anuário da Produção Acadêmica Docente Vol. XII, Nº. 2, Ano 2008.
- Pacientes terminais poderão recusar procedimentos de suporte de vida**. <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/07/26/pacientes-terminais-poderao-recusar-procedimentos-de-suporte-de-vida>>.
- JÚNIOR, Geraldo. **Eutanásia: aspectos éticos e jurídicos**. 2002.
- DIAS, R. **O Direito Fundamental à Morte Digna: uma visão constitucional da eutanásia**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BBC News. A medalhista paraolímpica que se submeteu a eutanásia aos 40 anos. 23 outubro 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-50159939>>.

BBC News. **Eutanásia: a jovem com problemas psiquiátricos que conseguiu ajuda dos médicos para morrer**. 13 agosto 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-45144669>>.

UOL notícias. **Casal de 91 anos morre de mãos dadas em caso de dupla eutanásia**. 14 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2017/08/14/casal-de-91-anos-morre-de-maos-dadas-em-caso-de-dupla-eutanasia.htm>>.

BENEVIDES, Jonatas Ribeiro; NETO, Zaiden Geraige. **Terminalidade da vida: Eutanásia e suicídio assistido no Direito Comparado**. Revista do Curso de Direito. v.1, n.2, 2017. Disponível em:

<<http://unibarretos.net/revistadigital/index.php/JusPopulis/article/view/80>>. Acessado em 26/11/2019.

ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. **A Lei relativa ao Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido e a Constituição holandesa**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 103 p. 357-378, jan./dez. 2008. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v103i0p357-378> >.

SOUZA, Gabriela de. **Eutanásia: uma comparação à luz das semelhanças e diferenças entre legislações de diferentes países**. Anais da 9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES (9; 8: 2016: Santa Maria, RS). Disponível em: <<http://metodistacentenario.com.br/jornada-de-direito/anais/9a-jornada-de-pesquisa-e-8a-jornada-em-extensao-do-curso-de-direito/artigos/o-direito-civil-no-seculo-xxi/e2-07.pdf>>

EUTANÁSIA: um estudo de Direito Comparado dos institutos jurídicos no Brasil e na Holanda

EUTANASIA: A Comparative Law study of legal institutes in Brazil and the Netherlands

Ana Paula da Silva Ribeiro⁴⁰

Resumo: O presente artigo trata do procedimento da eutanásia como uma omissão ou ação que abrevia a morte de um enfermo com o intuito de atenuar o seu sofrimento e acelerar a sua morte. Seu escopo discute os seguintes pontos: (1) analisar se a prática da eutanásia fere o princípio do direito à inviolabilidade à vida, previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal do Brasil; (2) apresentar os conceitos de eutanásia passiva e eutanásia ativa; (3) expor, de forma breve, o posicionamento da eutanásia no ordenamento jurídico pátrio e suas divergências doutrinárias; (4) estudar o direito comparado na Holanda, primeiro país a legalizar e regulamentar a prática da eutanásia pela Lei de 12 de abril de 2001 relativa ao Término da Vida Sob Solicitação e Suicídio Assistido. Para tanto, será feito uso – ao menos como ponto de partida - das lições de Hans Kelsen (2006), de Ives Gandra Silva Martins (2005), de Maria Helena Diniz (2010) entre outros. Nesse sentido, este artigo procurará averiguar se a eutanásia fere o princípio da inviolabilidade do direito à vida, numa tentativa de compreender o tema em questão.

Palavras-chave: Eutanásia. Direito à vida. Constituição Federal. Suicídio.

Abstract: *This article treats the euthanasia procedure as an omission or action that shortens the death of a sick person in order to alleviate his suffering and accelerate his death. Its scope discusses the following points: (1) to analyze if the practice of euthanasia violates the principle of the right to inviolability to life, provided for in the caput of art. 5 of the Federal Constitution of Brazil; (2) present the concepts of passive euthanasia and active euthanasia; (3) briefly expose the position of euthanasia in the homeland legal system and its doctrinal differences; (4) study comparative law in the Netherlands, the first country to legalize and regulate the practice of euthanasia under the Law of April 12, 2001 on the Termination of Life on Request and Assisted Suicide. To this end, we will use - at least as a starting point - the lessons of Hans Kelsen (2006), Ives Gandra Silva Martins (2005), Maria Helena Diniz (2010) and others. In this*

⁴⁰ Advogada. Consultora jurídica na Federação de Agricultura e Pecuária do Pará (Faepa). Conselheira do Conselho Estadual de Meio Ambiente do Estado do Pará (Coema). Pós-graduanda em Direito Constitucional no Instituto de Direito Público Brasiliense (IDP). Contato: paulasrribeiro@gmail.com

sense, this article will seek to ascertain whether euthanasia violates the principle of the inviolability of the right to life, in an attempt to understand the issue in question.

Keywords: *Euthanasia. Right to life. Federal Constitution. Suicide.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo trata do procedimento da eutanásia, analisando-a tanto sob o enfoque negativo da doutrina constitucionalista, no qual o direito fundamental assegura a todo e qualquer ser humano o direito de permanecer vivo, quanto sob o enfoque positivo que associa esse direito à existência digna.

A eutanásia pode ser compreendida como uma omissão ou ação que apressa a morte de um enfermo como objetivo de amenizar o seu sofrimento e acelerar a sua morte.

Historicamente a prática da eutanásia já era prevista entre os primitivos. Entre os *bataks* de Sumatra, o pai já ancião, após ter convidado os filhos a lhe comerem a carne, deixa-se cair de uma árvore, como um fruto maduro, depois do que os parentes o matam, e comem a sua carne, conforme Screccia (1996).

A eutanásia é um direito legalmente previsto em alguns países como a Holanda. Neste país a eutanásia seria permitida para o caso de pacientes terminais ou portadores de doenças incuráveis, que produzem sofrimento emocional e físico tanto para o paciente quanto para os seus familiares.

Além da Holanda, outros países permitem em seu ordenamento jurídico a prática da eutanásia ativa e passiva e do suicídio assistido. A título de exemplo, é possível citar a Bélgica, a Suíça e os Estados Unidos da América (EUA). Nesse último país, a competência é de cada Estado da Federação para autorizar a prática do suicídio assistido.

Na Bélgica, a legalização de ambos os institutos ocorreu em maio de 2002. Tal como na Holanda, os procedimentos são obrigatoriamente analisados por um comitê especial. Importante frisar que, em fevereiro de 2014, o país passou a autorizar a eutanásia em qualquer idade, bem como restrita somente a paciente em estado terminal.

Na Suíça não há regulamentação expressa no seu ordenamento jurídico no que diz respeito a eutanásia e o suicídio assistido. Entretanto, a Corte Federal reconheceu o direito

ao suicídio assistido. Nesse país, a promoção do suicídio assistido ocorre em duas associações locais: a *Dignitas* (onde o suicídio assistido ocorre em um apartamento em Zurique) e o *Exit* (onde o procedimento é praticado somente em cidadãos suíços e estrangeiros residentes no país, diferentemente da primeira, que aceita assistir cidadãos estrangeiros).

Nos EUA, o Estado de Oregon foi o primeiro Estado a permitir o suicídio em 1997, seguido do Estado de Washington, em 2008, que passou a exigir que o paciente esteja em estado terminal, com seis meses de vida, devendo ser maior de idade e estar consciente.

No Estado de Montana, a Suprema Corte, em 2009, passou a autorizar a morte assistida por processo judicial. Por fim, o Estado de Texas possui a Lei “*Advance Directives Act*”, autorizando a eutanásia passiva.

No Brasil, contudo, a eutanásia é um crime entendido como homicídio previsto no Código Penal, artigo 121, havendo, porém, uma atenuante, que é verificada quando há em vista o alívio de um sofrimento latente e inevitável, que reduz a pena para a reclusão de 3 a 6 anos.

Nesse sentido, o artigo indaga se a eutanásia fere o princípio da inviolabilidade do direito à vida, assegurado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

O artigo analisa ainda a classificação ativa e passiva da eutanásia. A primeira considera necessária a presença de um terceiro – nesse caso um médico –, para fazer o manuseio de substâncias para provocar a morte instantânea e indolor do paciente. A segunda, ao seu turno, consiste na interrupção de tratamentos utilizados que prolongariam a vida do paciente.

O presente artigo analisa, ainda que de forma breve, o posicionamento da eutanásia no ordenamento jurídico pátrio e suas divergências doutrinárias.

Por fim, o artigo estuda o direito comparado na Holanda (primeiro país a legalizar e regulamentar a prática da eutanásia), na qual tanto a eutanásia como o suicídio assistido estão regulamentados e legalizados pela Lei de 12 de abril de 2001, relativa ao Término da Vida Sob Solicitação e Suicídio Assistido.

1. DIREITO À VIDA

Hans Kelsen (2006) afirma em sua obra Teoria Pura do Direito que há uma hierarquia normativa. Uma norma fundamenta-se em outra norma hierarquicamente superior. Trata-se de uma verdadeira verticalidade hierárquica, na qual a Constituição Federal de 1988 encontra-se no topo. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana está elencada no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 como um dos principais fundamentos do texto constitucional. Estimado como o princípio-matriz de todos os direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana deve ser percebida como um princípio relacionado com o respeito a direitos fundamentais inerentes à própria pessoa.

Para analisar a eutanásia, muito se observará por parte dos doutrinadores o princípio da inviolabilidade do direito à vida sendo suscitado. Para a doutrina constitucionalista na acepção negativa, esse direito fundamental consiste no direito assegurado a todo e qualquer ser humano de permanecer vivo. Em contrapartida, a acepção positiva se firma quando associa esse direito à existência digna (NOVELINO, 2014).

Nesse ponto, indaga-se: A eutanásia fere o princípio da inviolabilidade do direito à vida? Tal questionamento será explorado no decorrer do artigo.

Indubitável que a vida é, sem sombra de dúvidas, um dos princípios mais importantes, pois sem a vida seria impossível desfrutar de outros direitos e garantias fundamentais.

Por ser essencial ao ser humano, o direito à vida condiciona os demais direitos da personalidade. A CF/88, no artigo 5º, caput, assegura a inviolabilidade do direito à vida. Portanto, esse bem jurídico é tutelado como direito fundamental básico desde a concepção.

A obra de Ives Gandra da Silva Martins objetiva mostrar que científica e juridicamente a vida do ser humano começa na concepção, isto é, na união do espermatozoide com o óvulo, formando, portanto, o zigoto. O livro exaspera a vida como o bem mais fundamental de todos os direitos inerentes aos seres humanos.

Nesse sentido, há a imposição *erga omnes* do direito à vida, porque “o direito natural é o fundamento do dever-ser ou melhor, do direito positivo, uma vez que se baseia num consenso” (DINIZ, 2010, p. 47).

Em análise breve, deve-se ilustrar de modo científico a primeira etapa do desenvolvimento que segue à concepção: a fusão dos gametas. A primeira etapa refere-se ao

zigoto. A segunda, por sua vez, vai do zigoto ao blastocisto. A terceira, do blastocisto ao disco embrionário. A quarta, a morfogênese.

Juridicamente a vida humana é resguardada desde a fecundação do óvulo pelo espermatozoide. O Código Civil Brasileiro de 1916 já assegurava, no artigo 4º, como início aos direitos da personalidade o nascimento com vida, desde a concepção do nascituro. Seguindo o mesmo procedimento, o Novo Código Civil de 2002, no artigo 2º, reproduz o mesmo texto.

Nesse sentido, o Código Penal aborda, nos artigos 124, 125 e 126, a proibição do aborto como violação do direito à vida. Importante ressaltar que no artigo 128 do mesmo texto legal há duas hipóteses de excludente de ilicitude – que merecem em destaque: o aborto, em virtude do estupro e o aborto terapêutico, em que o direito à vida da mãe sobrepõe o direito à vida do nascituro.

Logo, é garantido o direito à vida como cláusula pétrea, portanto, intangível, conforme o artigo 60, parágrafo 4º da CF/88.

2. DIREITO À MORTE DIGNA (SUICÍDIO ASSISTIDO, EUTANÁSIA, ORTOTANÁSIA E DISTANÁSIA)

Nessa perspectiva, quando se aborda o direito à vida, deve-se conseqüentemente analisar a complexidade do direito de morrer com dignidade. Contudo, algumas questões éticos-jurídicas serão ponderadas.

A doutrinadora Maria Helena Diniz (2010) em sua obra “O Estado Atual do Biodireito” suscita questionamentos como: “em uma sociedade pluralista, em que vários grupos tem concepções diversas da moral social, poderia haver aceitação, de comum acordo, de um Código de Ética de Medicina?” (DINIZ, 2010, p. 509). Tais perguntas são feitas para posteriormente nos posicionar a respeito da eutanásia. A autora ainda questiona se, não havendo condições de uma vida digna, como se deve proceder para uma morte digna, bem como a quem preocuparia manter uma pessoa “morta-viva”. Essas questões são levantadas dada a adequação entre o que se entende por relativo e absoluto, isto é, pela complexidade que torna difícil encontrar uma solução jurídica frente às questões morais que podem ser levantadas.

Seguindo essa análise, passa-se a explicar o que seria o suicídio assistido, eutanásia, ortotanásia e distanásia.

O suicídio assistido, nos termos de Maria Helena Diniz, configura-se como “hipótese em que a morte advém de ato praticado pelo próprio paciente, orientado ou auxiliado por terceiro ou por médico” (DINIZ, 2010, p. 511).

A eutanásia, para o doutrinador Ives Gandra (2005), significa “Morte Suave. Na prática significa ação direta ou omissão voluntária de cuidados básicos que visam provocar a morte de um paciente para evitar-lhes sofrimento” (MARTINS, 2005, p. 588).

Portanto, é uma determinação de antecipar a morte de doente irreversível ou terminal, a pedido seu ou dos seus familiares, perante o fato da incurabilidade de sua doença, ou devido a um sofrimento insuportável e à ineficiência de seu tratamento.

A eutanásia possui duas classificações: ativa e passiva.

A ativa, nas palavras de Martins (2005, p. 588), ocorre “quando um agente ocisivo é ministrado ao paciente com a intenção de mata-lo.” É necessária a presença de um terceiro, nesse caso o médico, para fazer o manuseio de substâncias para provocar a morte instantânea e indolor do paciente.

Para Maria Helena Diniz (2010):

[A] eutanásia ativa, também designada benemortásia ou sanicídio, que, no nosso entender, não passa de um homicídio, em que, por piedade, há a deliberação de antecipar a morte de doente irreversível ou terminal a pedido seu ou de seus familiares, ante o fato da incurabilidade de sua moléstia. (DINIZ, 2010, p. 520).

A eutanásia passiva (ortotanásia), por sua vez, consiste na interrupção de tratamentos até então empregados. Para Martins (2005), versa quando por omissão deliberada é negado ao paciente tratamentos essenciais que prolongariam a vida, isto é, com a intenção de fazê-lo morrer. Aqui temos a omissão por parte do terceiro (DINIZ, 2010, p. 520).

José Roberto Goldin (2000), em uma de suas obras que versam sobre bioética, preleciona que a eutanásia passiva ocorre quando “a morte do paciente ocorrer dentro de uma situação de terminalidade, ou porque não se inicia uma ação médica ou pela interrupção de uma medida extraordinária, com o objetivo de minorar o sofrimento” (GOLDIN, 2000).

Portanto, é a hipótese em que ocorre a supressão ou interrupção dos sistemas terapêuticos aplicados ao paciente, visto que a adoção de outros procedimentos apenas prolongaria o sofrimento, sem haver, de fato, possibilidades de cura para a enfermidade. Na ortotanásia o médico deixa de prolongar a vida do paciente por meios artificiais, configurando-se, portanto, no ato de deixá-lo morrer no seu próprio tempo, sem prolongações ou abreviações da vida.

Diniz cita em seu livro, a título de exemplo, um caso ocorrido nos Estados Unidos, em que uma mulher tem um filho com malformação grave e evidente. O médico responsável pelo parto, por entender que o recém-nascido tinha apenas 30% a 50% de chances de vida o colocou em frente a um ventilador para prolongar a sobrevivência. O pai, também médico, desligou o ventilador, sendo acusado de assassinato por não aguardar os exames de sangue. Exames estes que atestaram posteriormente a impossibilidade de sobrevivência do menino (DINIZ, 2010, p. 528).

A distanásia configura-se como morte lenta. É o procedimento pelo qual se conserva a vida do paciente por artefatos artificiais, ainda que o indivíduo não apresente possibilidades de cura.

Para Ronaldo Lastres Silva (2012, *online*), a distanásia configura-se como:

[O] prolongamento exagerado da agonia e do sofrimento, ou, em outras palavras, o tratamento inútil, cuja consequência é uma morte medicamente lenta e prolongada acompanhada, quase sempre, de sofrimento. Nesta conduta, não se prolonga a vida, mas sim o processo de morrer. É a obstinação terapêutica— *l'acharnement thérapeutique* — como chamam os franceses, ou *medical futility* (futilidade médica), como denominam os ingleses e estadunidenses.

Nesse embasamento, é oportuno fazer a classificação da eutanásia quanto ao consentimento.

A eutanásia voluntária ocorre quando a morte é provocada atendendo a uma vontade do paciente. Na Eutanásia involuntária, por sua vez, a morte é provocada sem o consentimento do paciente, contra a sua vontade. E por fim, a eutanásia não-voluntária não há manifestação por parte do paciente, ou seja, deve-se dizer que, nesse caso, o paciente não tem sua posição manifestada em relação aos procedimentos (FRÓES, 2010).

A eutanásia não-voluntária caracteriza-se ao causar a morte de um ser humano incapaz de tomar decisões entre a vida e a morte, portanto, se refere a pessoas que submergiram à capacidade de compreender a complexidade da eutanásia e jamais poderão expressar sua concepção sobre o procedimento, por não possuírem o discernimento necessário.

3. EUTANÁSIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal no artigo 5º, elenca os direitos e garantias fundamentais que devem ser acessíveis a todo cidadão brasileiro. Entretanto, os direitos preconizados na Constituição não se restringem ao rol taxativo do tipo constitucional supracitado, devido aos princípios implícitos na própria formação do texto constitucional.

Os direitos individuais são aqueles aferidos ao indivíduo para protegê-lo contra o arbítrio do Estado, tais como direitos de resistência e direitos de defesa. As garantias individuais, contudo, são os instrumentos para assegurar o exercício dos direitos individuais. Entretanto, ainda que consagrados pela CF/88 no artigo 5º, estes não se restringem a esse dispositivo.

Nesse sentido, a doutrina diverge de posicionamento quanto à prática da eutanásia. Fato é que o ordenamento jurídico – apesar de implícito – vislumbra a eutanásia como crime de homicídio.

A Eutanásia necessita de ser tratada pela legislação penal brasileira de forma mais clara, por não estar prevista explicitamente no Código Penal. Para desmistificar se houve ou não eutanásia, seria necessário entender o *animus necandi* do agente.

Ocorre que para a legislação brasileira não importará se a doença que acomete o paciente é incurável ou não. Por si só, o ato de antecipar a morte do enfermo será considerado como homicídio, conforme tipificado no artigo 121 do Código Penal. Entretanto, nos casos de homicídio privilegiado – que aqui poderemos incluir a eutanásia ativa - o Código Penal possibilita a redução de pena de 1/6 a 1/3, se o homicídio for cometido por relevante valor social ou moral, conforme artigo 121, parágrafo 1º do texto legal. Para

que isso aconteça, o enfermo deve estar em forte sofrimento, ser portador de doença ou mal incurável ou em estado terminal. Vejamos:

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Caso de diminuição de pena

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Nessa linha, a assentimento do paciente terminal é de extrema irrelevância. Isso porque, ainda que livre e consciente, não afasta a existência do crime de homicídio. A prática da eutanásia com o consentimento do paciente apenas poderia desqualificar o crime para o tipo penal presente no art. 122 – induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio – impossibilitando a tese de excludente de ilicitude:

Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Parágrafo único - A pena é duplicada:

Aumento de pena

I - se o crime é praticado por motivo egoístico;

II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

Portanto, a eutanásia ativa é considerada como crime de homicídio pelo ordenamento jurídico brasileiro, ainda que não haja previsão expressa na lei.

Em contrapartida, no Brasil a ortotanásia é considerada como ato lícito. O fato de existir um esgotamento dos recursos existentes para que o paciente continue vivo e a recusa do médico em manter tal situação não se configura como fato típico.

Em 09 de novembro de 2006, o Conselho Federal de Medicina (CFM), por meio da Câmara Técnica sobre Terminalidade da Vida, aprovou a Resolução 1.805/06, regulamentando a ortotanásia como procedimento lícito em pacientes terminais ou incuráveis, invocando o artigo 5, III da CF/88, com o fundamento de que ninguém deve ser submetido a tortura, tratamentos desumanos ou degradantes. Conforme dispõe:

Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§ 2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§ 3º É assegurado ao doente ou representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

Conforme preconiza a Resolução 1.805/2006, a prática da eutanásia passiva deve ser registrada e fundamentada no prontuário médico.

Embora tenha sido alvo de ação civil pública pelo Ministério Público Federal, o mesmo acabou reconhecendo que a prática não era ofensiva ao princípio fundamental da vida contido na Carta Magna. Ainda nessa esteira, o Código de Ética de Medicina já previa a ortotanásia na resolução 1.246/88, no art.66, o qual dispõe “Utilizar, em qualquer caso, meios destinados a abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu responsável legal.”

O novo Código Penal traz em seu projeto de lei a proposta de isenção de pena para o médico praticante da ortotanásia, no artigo 121, parágrafo 4º.

Algumas indagações devem ser suscitadas: teriam as resoluções do Conselho Federal de Medicina força de lei para modificar o que dispõe a Constituição Federal e o Código Penal? Seriam as resoluções inconstitucionais por não respeitarem o direito à vida, violando o artigo 5º, CF, que configura tal direito como cláusula pétrea? Seria justo praticar a eutanásia passiva com base em fundamentos econômicos?

Indubitavelmente, a resposta para esses questionamentos requer estudos esclarecedores, bem como análises médicas para que possamos valorar juridicamente a questão com segurança. Entretanto, vislumbra-se como pertinente opinar que não se poderia admitir a licitude da suspensão de tratamentos, como tubos respiratórios, ainda que disposto na Resolução 1.805/06, CFM, se a Constituição Federal, no artigo 5º, consagra o direito à vida (cláusula pétrea), compreendendo, desta forma, que apenas deveria ser possível a ortotanásia com a anuência do paciente, se este ainda possuir capacidade cognitiva. Caso contrário, feriria o princípio maior previsto no texto constitucional.

Nessa esteira, cumpre ressaltar que o único precedente encontrado no Supremo Tribunal Federal a respeito da eutanásia ativa foi o Habeas Corpus (HC) nº 104963. O pedido de liminar pede a suspensão do andamento do processo perante a Comarca de Cascavel, no Paraná.

Um médico foi denunciado por homicídio qualificado, por determinar que fosse ministrado por duas enfermeiras quantidade excessiva de uma substância em dois pacientes, sendo um deles paciente terminal. Entretanto, o HC versa sobre a nulidade absoluta do processo, em virtude do advogado contratado estar suspenso na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

O ministro Celso de Mello entendeu pelo indeferimento do pedido.

4. DIREITO COMPARADO NA HOLANDA

Na Holanda, a eutanásia e o suicídio assistido estão regulamentados e legalizados pela Lei de 12 de abril de 2001 relativa ao Término da Vida Sob Solicitação e Suicídio Assistido.⁴¹ É o primeiro país do mundo a legalizar e regulamentar a prática. O Direito holandês também faz a distinção entre eutanásia ativa, passiva e suicídio assistido.

Antes de adentrar em uma análise mais específica da lei em estudo, faz-se necessário fazer uma breve análise histórica do ordenamento jurídico holandês.

Anteriormente à regulamentação por lei da prática da eutanásia, a justiça consentia quando o procedimento fosse a pedido do paciente em estado terminal e atestado por dois médicos, sob as diretrizes estabelecidas em 1984, pela Comissão Governamental Holandesa, pautados pela *Royal Dutch Medical Association* (RDMA) e pelo Ministério da Justiça.

Como a prática do procedimento existia, foi necessário instituir a Lei Funeral em 1993.

A Lei Funeral tinha como objetivo, além de impedir que os médicos que praticassem eutanásia fossem processados, também criar requisitos mais ríspidos para que o procedimento da eutanásia fosse realizado, tais como:

⁴¹ “Wet van 12 april 2001, houdende toetsing levensveeindiging op verzoek em hulp bij zelfdodoing em wijziging van bet Wetboek van Strafrecht em van de Wet op lijkbezorging”.

- 1) Solicitação para morrer, decorrente de decisão voluntária e consciente;
- 2) Consideração de seu pedido por pessoa que tenha conhecimento de sua condição;
- 3) Manutenção do desejo de morrer por um lapso considerável de tempo;
- 4) Irresignação do doente com seu sofrimento físico ou mental inaceitável ou insuportável;
- 5) Concordância obrigatória para a implantação da medida letal por outro médico;
- 6) Proibição da emissão de atestado de óbito por morte natural, devendo informar a autoridade medica local, preenchendo um questionário;
- 7) Relato medico ao promotor distrital para decidir se haverá ou não acusação contra o médico.

Desta forma, para não abrir precedentes, sem o preenchimento das condições previstas na Lei Funeral e sem concordância do paciente, a eutanásia era crime de homicídio, previsto no artigo 293 do Código Penal holandês.

A tipificação preconizava *“A person who takes the life of another person t that other person’s express and earnest reques tis liable to a term of imprisonment of not more than twelve years or a fine of the fifth category.”*⁴²

O suicídio assistido, por sua vez, configurava-se como a participação criminosa em suicídio, conforme tipificava o artigo 294 do Código Penal holandês abaixo:

*Art. 294. A person who intentionally incites to commit suicide, assists in the suicide of another, or procures for that other person the means to commit suicide , is liable to a termo of imprisonment of not more than three years or a fine of the fourth category, where the suicide ensues.*⁴³

Alguns casos foram apresentados à Suprema Corte holandesa e foram esses precedentes jurisprudenciais que deram ensejo aos critérios legais previstos na lei de eutanásia. São cinco precedentes essenciais para o desenvolvimento e a justificava da prática da eutanásia. A título de exemplo, podemos citar o NJ 1985, 106, que versa sobre um médico que praticou eutanásia e pôde se beneficiar da excludente de ilicitude do estado de necessidade.

⁴² Código penal holandês, artigo 293

⁴³ Código penal holandês, artigo 294.

Para elucidar, a Lei relativa ao Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido veio com o objetivo de colocar os médicos em posição de excludente de ilicitude ao praticarem a eutanásia, nas situações em que a lei prevê.

A nova lei foi aprovada pela Câmara Baixa e Senado holandês – parlamento – por maioria dos votos, 104 votos favoráveis e 40 votos contrários.

Mesmo após a aprovação da lei em análise, a eutanásia ainda constitui objeto de sanção penal. O que a lei altera no Código Penal holandês são as excludentes de ilicitudes previstas no artigo 293, que, em virtude da nova legislação, o médico passa a poder – de acordo com as circunstâncias previstas na Lei – praticar a eutanásia, conforme dispõe o artigo 2º da Lei relativa ao Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido. Uma vez não cumpridos os requisitos dispostos na lei, o médico responderá por crime de homicídio, previsto no artigo 293 do texto legal supracitado.

Novos critérios foram incluídos para a prática do procedimento da eutanásia e do suicídio assistido, de acordo com o artigo 2, parágrafo 1º, tais como⁴⁴:

- 1) O paciente tiver uma doença incurável e estiver com dores insuportáveis;
- 2) O paciente deve ter pedido voluntariamente para morrer;
- 3) A realização do procedimento só pode ocorrer após um segundo médico emitir opinião sobre a incurabilidade do caso;
- 4) Passou a ser permitida a eutanásia a partir de 12 anos, contudo entre 12 e 16 anos os pais devem autorizar o procedimento.

⁴⁴ Lei relativa ao Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido, art. 2º: “1. De zorgvuldigheidseisen, bedoeld in artikel 293, tweede lid, Wetboek van Strafrecht, houden in dat de arts: a. de overtuiging heeft gekregen dat er sprake was van een vrijwillig en weloverwogen verzoek van de patiënt, b. de overtuiging heeft gekregen dat er sprake was van uitzichtloos en ondraaglijk lijden van de patiënt, c. de patiënt heeft voorgelicht over de situatie waarin deze zich bevond en over diens vooruitzichten. d. met de patiënt tot de overtuiging is gekomen dat er voor de situatie waarin deze zich bevond geen redelijke andere oplossing was, e. ten minste één andere, onafhankelijke arts heeft geraadpleegd, die de patient heeft gezien en schriftelijk zijn oordeel heeft gegeven over de zorgvuldigheidseisen, bedoeld in de onderdelen a tot en met d, en f. de levensbeëindiging of hulp bij zelfdoding medisch zorgvuldig heeft uitgevoerd” (Tradução do autor: “§ 1º As exigências de cuidado, mencionadas no art. 293, § 2º, do Código Penal determinam que o médico: a) deve ter-se sentido convencido de que houve uma solicitação voluntária e bem pensada do paciente; b) deve ter-se sentido convencido de que o paciente sofria de dores sem perspectiva e insuportáveis; c) deve ter esclarecido o paciente sobre a situação na qual ele se encontrava e sobre suas perspectivas; d) deve ter-se convencido com o paciente de que não havia outra solução razoável para a situação na qual este se encontrava; e) deve ter consultado ao menos um outro médico independente que tenha visto o paciente e escrito um parecer sobre as exigências de cuidado, mencionadas da alínea “a”-“d”; e f) deve ter executado o término da vida ou suicídio assistido cuidadosamente sob o ponto de vista médico”).

Quando é feito o pedido da eutanásia é designada uma comissão regional formada por médicos, juízes e sociólogos para debater a viabilidade do ato. Havendo dúvida, será encaminhado ao judiciário. Conforme o capítulo III da lei, são cinco comissões, que possuem sede em cinco cidades, Groningen, Haarlem, Arnhem, 's-Hertogenbosch e Rijswijk.

Portanto, a eutanásia apenas pode ser praticada se o paciente estiver submetido a insuportável sofrimento físico ou mental, se não houver outra alternativa confirmada por parecer de outro médico e a comissão de especialistas e, por fim, se não houver chance de cura.

a. A aplicação da Lei relativa ao Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido pela Suprema Corte holandesa

Em 3 de junho de 2003 o Supremo Tribunal de Justiça de Amsterdã determinou a condenação por homicídio e falsidade ideológica de um médico que praticou eutanásia em uma paciente idosa. O caso é citado como “Hoge Raad, nº 02641/03 de 09/11/2004. Strafkamer”⁴⁵. O médico provocou intencionalmente, em 05 de fevereiro de 1997, a morte de sua paciente de 85 anos com uma injeção de Alloferine com 50 mg, preparando um atestado de óbito falso de morte natural. A justificativa do médico era a ação por estado de necessidade.

A defesa do médico alegou que ao chegar ao asilo para idosos “*De Open Hof*” a sua paciente encontrava-se em estado desumano, deplorável e em estado de extrema necessidade, não vislumbrando, portanto, nenhuma alternativa para a paciente. A paciente estava deitada em uma cama, imobilizada, sofrendo com lesões necróticas de odor forte. Sofria ainda de problemas cardíacos.

O médico teria tentado internar – sem sucesso - a paciente em um hospital, devido à condição precária em que se encontrava. Para amenizar as dores físicas da osteoporose, foram ministrados à paciente MS Contin e em seguida Durogesic 50 mg⁴⁶. Em 18 de dezembro de

⁴⁵ Hoge Raad, nº 02641/03, de 09/11/2004.

⁴⁶ O Durogesic é um remédio contra dor mais forte que a morfina.

1996, a situação da paciente se agravou consideravelmente, chegando a uma situação em que quase não se alimentava e possuía dificuldades de ingerir alimentos.

O médico decidiu administrar Alloferine, o que ocasionou a morte da paciente e não aguardou a chegada do enfermeiro. Após o falecimento da paciente, preencheu um atestado de óbito de morte natural. A defesa alegou, dada a situação crítica da enferma, a necessidade da eutanásia e que a medicação era paliativa.

O Supremo Tribunal de Justiça de Amsterdã não concordou com a tese da defesa, concluindo que a situação da paciente não era insuportável, já que, de acordo com o próprio médico, a paciente encontrava-se em estado comatoso devido à administração do sedativo Fenobarbital. Outro ponto de destaque foi a ausência de outro médico que analisasse a situação. A Suprema Corte holandesa alegou também que o remédio ministrado estava fora da validade, caracterizando a ausência de cuidados na prática do procedimento da eutanásia. A falta de comunicação ao Instituto Médico Legal e o atestado de óbito de morte natural contribuiu para a decisão da Corte holandesa.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal de Justiça de Amsterdã entendeu que o médico não informou as filhas da possível alternativa de aguardar o falecimento natural da mãe.

O Tribunal concluiu que o médico não agiu de forma ética e a eutanásia foi praticada em uma paciente que não solicitou o procedimento, nem a sua família. Outro fato - decisivo para a Corte - foi que quando estava lúcida, a paciente foi questionada sobre o procedimento e respondeu que gostaria de viver. Evidentemente, a conduta médica não exauriu os requisitos previstos no artigo 2º da Lei relativa ao Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido, a qual é expressa quanto a vontade do paciente ser determinante e a necessidade da presença de outro médico.

A Suprema Corte holandesa condenou a conduta perpetrada pelo médico por homicídio e falsidade ideológica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As referências jurisprudenciais e doutrinárias em relação ao procedimento da eutanásia são, na maioria dos casos, divergentes.

Alguns doutrinadores entendem a eutanásia como um ato piedoso. Em contrapartida, outros compreendem como um homicídio, ainda que privilegiado.

Entende-se que a prática da eutanásia, mesmo que por motivos nobres e com o consentimento do paciente, seria uma violação ao princípio da inviolabilidade do direito à vida. Considera-se que, em razão de a Constituição Federal, em seu artigo 5º, consagrar o direito à vida como cláusula pétrea, o ato de praticar a eutanásia ativa e a ortotanásia não configurariam jamais uma morte digna e sim a prática de um homicídio. O verdadeiro ato de piedade ou compaixão não mataria um ser humano. Reitera-se que o propósito da eutanásia na possui motivos piedosos, e sim, motivos mórbidos e egoísticos.

Concorda-se com o entendimento de Nelson Hungria que, em sua obra “Direito de Matar” refuta todas as possibilidades de eutanásia.

Conclui-se que, apesar do sofrimento, o abreviamento da vida fere o valor principal tutelado constitucionalmente.

É imprescindível compreender que a morte digna é a morte sem olvidar da dignidade da pessoa humana. Toda pessoa possui dignidade particular e o respeito a esse princípio deve ser absoluto e irrestrito. Abreviar a vida, mais do que qualquer coisa, fere a dignidade da pessoa humana.

Sem vida o ser humano não é nada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BBC. "**Dutch 'mercy killing law' passed**". BBC. 11 April 2001. Acesso em: 08 dez. 2019.

CFM – Conselho Federal de Medicina. Resolução 1995/2012, publicada em DOU de 31 de agosto de 2012, Seção I, p. 269-70.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva 2010.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Um enfoque ético-político, Bioética**, 7:72

LICURZI, A. **El derecho de matar: de La eutanasia a La pena de muerte**, Córoba, 1934.

ALVES, Leo da Silva. Eutanásia. **Consulex**, 29:17.

EL PAÍS. Holanda, onde morrer bem é parte do cotidiano. **Caderno Internacional**. Disponível em:

<https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/31/internacional/1504197638_959922.html>, acesso em: 13/11/2019.

FRÓES, Geyza Rocha. **Eutanásia**: a legalização frente ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Disponível em:

<http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.?id_dh=491>. Último acesso em 12/11/2019.

GOLDIM, José Roberto. **Breve histórico da eutanásia**. 2000. Disponível em:

<<http://www.bioetica.ufrgs.br/euthist.htm>>. Acesso em: 08 dez 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7ª edição, 2006, São Paulo, Saraiva, 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito Fundamental à Vida**. São Paulo: Quartier Latin/ Centro de Extensão Universitária, 2005.

NOVELINO, M. **Manual de direito constitucional**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

RDMA - **Royal Medical Association**. Disponível em: <https://www.knmg.nl/>, acesso em: 13/11/2019.

SCRECCIA, Elio. **Manual de Bioética. Fundamentos e Ética Biomédica**. Edições Loyola. São Paulo, Brasil, 1996.

SILVA, Ronaldo Lastres. **Eutanásia e ortotanásia no projeto do Código Penal**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-12/ronaldo-lastres-silvaeutanasia-ortotanasia-luz-projeto-codigo-penal>>. Acesso em: 10 dez. 2019.

idp

CAPÍTULO 2:
DO DIREITO
À LIBERDADE



LIBERDADE RELIGIOSA: análise comparativa de decisões da Suprema Corte Norte-Americana e do Tribunal Constitucional Federal Alemão

Religious freedom – Comparative analysis of US Supreme Court and German Federal Constitutional Court decisions”

Thiago Moraes Marsiglia¹

Resumo: A liberdade religiosa é um dos temas mais sensíveis da jurisdição constitucional dos Países de cultura democrática e que prezam pelo Estado Constitucional de Direito, em que se reconhece a necessária separação entre Estado e igreja. Em razão disso, a garantia à liberdade religiosa possui lugar de destaque nas Constituições dos países de cultura marcadamente democrática.

As Constituições dos EUA e da Alemanha conferem contornos normativos absolutamente distintos à garantia de liberdade religiosa, o que pode ser explicado em função do momento histórico em que redigidas as referidas Constituições.

Contemporânea ao início da propagação e difusão dos ideais iluministas, que ensejaram as chamadas “revoluções liberais”, a Constituição norte americana dispõe sobre a liberdade religiosa de forma minimalista, de modo a exigir uma postura “negativa” do Estado frente ao livre exercício da liberdade religiosa.

Por sua vez, a Constituição alemã, promulgada após a terrível experiência autoritária representada pelo nacional socialismo, normatizou tal garantia fundamental de modo a exigir não apenas uma postura “negativa” do Estado, mas também confere ao cidadão a possibilidade de exigir do Estado os meios necessários para o livre desenvolvimento de sua personalidade, o que inclui (na visão consolidada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão) a liberdade de crença e o livre exercício da religião.

Além da inequívoca distinção normativa apontada, a diferença dos sistemas jurídicos denominados *common law* e *civil law* acarreta em formas de abordagens diversas com relação aos casos que envolvem a liberdade religiosa no âmbito da jurisdição constitucional nos EUA e na Alemanha, em que pese uma aparente e superficial identidade de soluções dadas pelas Cortes aos casos que serão analisado neste trabalho.

Palavras chave: Jurisdição constitucional; liberdade religiosa; direitos fundamentais; máxima eficácia dos direitos fundamentais; colisão de direitos; Estado de Direito; Suprema Corte norte-americana; Tribunal Constitucional Federal alemão.

¹ Advogado, pós-graduado em Direito Processual Civil e pós-graduando em Direito Constitucional.

Abstract: Religious freedom is one of the most sensitive issues in the constitutional jurisdiction of countries of democratic culture and which value the constitutional rule of law, in which the necessary separation of State and church is recognized. As a result, the guarantee of religious freedom has a prominent place in the constitutions of countries with a markedly democratic culture.

The Constitutions of the USA and Germany confer normative contours that are absolutely different to the guarantee of religious freedom, which can be explained according to the historical moment in which the constitutions were drafted.

Contemporary to the beginning of the propagation and diffusion of Enlightenment ideals, which gave rise to the so-called “liberal revolutions”, the North American Constitution provides for religious freedom in a minimalista way, in order to demand a “negative” posture by the State in the face of the free exercise of freedom religious.

In turn, the German Constitution, promulgated after the terrible authoritarian experience represented by national socialism, standardized this fundamental guarantee in order to demand not only a “negative” posture from the State, but also gives citizens the possibility to demand from the State the means necessary for the free personality, wich includes (in the view consolidated by jurisprudence of the German Federal Constitutional Court) the freedom of belief and the free exercise of religion.

In addition to the unequivocal normative distinction pointed out, the difference in the legal systems called as comoon law and civil law results in different approaches to cases involving religious freedom within the scope of constitutional jurisdiction in the USA and Germany, despite and apparent and superficial identity of solutions given by Courts to the cases that will be analyzed in this work.

Keywords: Constitutional jurisdiction; religious freedom; fundamental rights; maximum effectiveness of fundamental rights; collision rights; Rule of law; US Supreme Court; German Constitutional Federal Court.

INTRODUÇÃO:

Neste curto espaço irá se analisar decisões proferidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América e pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão que tratam sobre liberdade religiosa e as condutas a serem adotadas pelo Estado para a concretização de tal direito.

Despiciendo mencionar a grande polêmica em torno de toda e qualquer discussão que envolva a relação Estado/Igreja, por isso reputa-se de grande valia analisar como as mais altas Cortes de nações cuja experiência constitucional democrática é indiscutivelmente exitosa – sem perder de vista a nefasta experiência do Nacional Socialismo – lidam com tão importante garantia individual.

Invariavelmente, a garantia do direito à liberdade religiosa exige uma postura contramajoritária das Cortes Superiores, o que inevitavelmente suscita objeções no que diz respeito à legitimidade democrática dos Tribunais constitucionais. Em que pese a corrente majoritária da doutrina afirmar a função contramajoritária das Cortes constitucionais, ela não é isenta de críticas da própria doutrina², o que torna o tema da liberdade religiosa ainda mais instigante e carecedor de uma análise constante e sistemática.

Optou-se pela análise da jurisprudência das referidas Cortes em virtude de seu grande destaque no que concerne à jurisdição constitucional. Isso porque nenhuma outra Corte ao redor do mundo exerceu tanta influência no direito alienígena quanto à *Supreme Court* norte-americana e o *Bundesverfassungsgericht*. A escolha também justifica-se em razão da distinção dos sistemas jurídicos dos países em questão, notadamente os chamados *common law* e *civil law*, e as diferentes abordagens dos casos no contexto das respectivas tradições jurídicas.

Os casos selecionados para análise tratam de decisões a respeito da extensão e do significado prático da liberdade religiosa à luz das Constituições dos Países em questão, bem como das diferentes visões a respeito da relação Estado/Religião.

O centro da análise serão os caminhos percorridos pelas citadas Cortes para a fundamentação das decisões, sem perder de vista a tradição e cultura locais, bem como a diversidade normativa dos textos constitucionais ao abordarem a liberdade religiosa.

Serão analisados os casos “*lee vs weisman*” proferido pela Suprema Corte norte-americana, e o caso dos “*crucifixos nas escolas públicas*” (1 BvR 1087/91) proferido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão.

² Além das conhecidas críticas de Mark Tushnet e Jeremy Waldron quanto ao papel contramajoritário no que se refere à jurisdição constitucional, Rodrigo Mudrovitsch (MUDROVITSCH; 2018: 11), ao realizar uma análise empírica do comportamento do Supremo Tribunal Federal, observou que: “A neutralidade contrafactual usualmente atribuída por juristas que afirmam a distância dos magistrados em relação às barganhas inerentes à política ordinária é deslegitimada pela própria realidade cotidiana das relações institucionais. O Poder Judiciário também se insere no sistema político vigente. Em verdade, se a ingerência ideológica do polo político dominante sobre a Corte Constitucional é por vezes mais difícil de ser identificada, o próprio fato de que ao Poder Executivo incumbe indicar os Ministros do Supremo Tribunal Federal já revela que a composição da Corte não foge dos círculos sociais afetos à coalizão política detentora do poder, e por ela é diretamente influenciada.”

Em que pese a aparente semelhança da conclusão dos julgados em análise, será demonstrado que as Cortes formaram suas convicções percorrendo caminhos absolutamente distintos e até mesmo antagônicos.

Também serão brevemente analisadas as diferenças normativas no âmbito das respectivas Constituições no que concerne à liberdade religiosa, o que pode explicar, em parte, a distinção do modo como as referidas Cortes lidam com o tema.

1. DAS FONTES NORMATIVAS:

De início, imprescindível abordar a forma como as Constituições dos EUA e da Alemanha disciplinam a liberdade religiosa e a necessária separação entre igreja/Estado e que foram o cerne das decisões que serão analisadas a seguir.

De suma importância considerar o contexto histórico em que foram promulgadas as Constituições ora apreciadas, o que explica a diferença de tratamento dado à liberdade religiosa por cada um dos ordenamentos jurídicos.

a. Da Primeira Emenda à Constituição dos EUA:

Por cronologia, inicia-se abordando a disposição da Constituição dos EUA sobre o tema e que serviu de parâmetro para o precedente que será analisado no presente trabalho. A Primeira Emenda da Constituição norte-americana assim preconiza:

EMENDA I

O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos.³

Como visto, o texto impõe limites ao Poder Legislativo, notadamente no que se refere à estabelecer/instituir uma religião. Importante observar que o referido texto normativo não constava da redação original da Constituição promulgada em 1787,

³ Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>.

tendo emergido somente quatro anos depois (1791), no bojo das modificações conhecidas como *Bill of Rights*.

Não podemos perder de vista que o texto em questão surgiu no contexto do iluminismo e das revoluções liberais, o que explica o fato de ser voltado ao estabelecimento de conduta/postura “negativa” do Estado frente à instituição/estabelecimento de uma religião, típico dos direitos denominados de “primeira geração” ou também de “primeira dimensão”. Na clássica teoria dos *status* de Georg Jellinek – a qual não é isenta de críticas⁴ -, pode-se dizer que se trata de um direito fundamental de *status negativo*⁵.

É inegável, dado o contexto histórico e político de então, que o texto normativo ora em análise expressa maior preocupação com a limitação do poder Estatal frente ao indivíduo, buscando evitar que maiorias ocasionais imponham suas crenças à toda a população, do que propriamente com a liberdade religiosa e eventuais ações Estatais que visassem a efetivação e garantia de tal direito.

Imprescindível ressaltar que os EUA adotam o sistema de Direito denominado de *common law*, que basicamente consiste na aplicação de normas e regras não escritas/codificadas, mas sancionadas em razão dos costumes e da jurisprudência.

Portanto, foi com base no texto normativo em questão, bem como em razão das decisões anteriores da própria Corte que a *Supreme Court* deu solução ao caso que se irá analisar.

⁴ Ao abordar o que, a seu ver, são falhas na teoria dos *status* de Jellinek, Robert Alexy assinala que: “A despeito de suas inúmeras obscuridades e algumas deficiências, a teoria dos *status* de Jellinek é o mais formidável exemplo de construção teórica analítica no âmbito dos direitos fundamentais. (...) Seus pontos fracos são as nem sempre claras relações entre as posições elementares e o *status* e as também nem sempre claras relações das diferentes posições elementares entre si.” (ALEXY;2008, 266-267)

⁵ Jellinek explica o conceito de *status negativo* com as seguintes palavras: “Ao membro do Estado é concedido um *status*, no âmbito do qual ele é o senhor, uma esfera livre do Estado, que nega o seu *imperium*. Essa é a esfera individual de liberdade, do *status negativo*, do *status libertatis*, na qual os fins estritamente individuais encontram a sua satisfação por meio da livre ação do indivíduo.” (JELLINEK, 2000, p. 87)

b. Da Grundgesetz:

Diferente do que ocorre nos EUA, a Alemanha adota o sistema de Direito denominado *civil law*, de tradição romano-germânica, sistematizado em torno da codificação do direito produzido pelo Poder Legislativo.

Em razão da própria tradição do chamado *civil law*, a *Grundgesetz* se propõe a regular de forma mais minuciosa não apenas os direitos fundamentais e os inevitáveis conflitos oriundos de seu regular exercício, mas também a própria organização do Estado.

Por força da maior vinculação aos textos normativos - traço marcante do *civil law* - o Tribunal Federal Constitucional interpretou, no caso que se irá abordar, não apenas o dispositivo constitucional específico que trata da liberdade religiosa, mas analisando em conjunto e de forma sistemática os dispositivos inaugurais da Lei Fundamental que tratam da dignidade da pessoa humana e dos direitos de liberdade.

Neste sentido, vejamos a redação dos artigos 1 e 2, da *Grundgesetz*⁶:

Artigo 1

[Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos –
Vinculação jurídica dos direitos fundamentais]

(1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.

(2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

(3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário.

Artigo 2

[Direitos de liberdade]

(1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.

(2) Todos têm o direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos em virtude de lei.

Por sua vez, o artigo 4, da *Grundgesetz*, foi assim redigido:

“Artigo 4

[Liberdade de crença e de consciência]

⁶ Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Último acesso em 10/12/2019.

(1) A liberdade de crença, de consciência e a liberdade de confissão religiosa e ideológica são invioláveis.

(2) É assegurado o livre exercício da religião.

(3) Ninguém poderá ser obrigado, contra a sua consciência, ao serviço militar com armas. A matéria será regulamentada por uma lei federal.

Imprescindível registrar que o direito fundamental em questão é garantido sem reserva, como se pode inferir de sua própria base normativa.

O Tribunal Federal Constitucional também utilizou para a solução do caso que lhe foi apresentado, e que será abordado com mais vagar, a garantia fundamental disposta no artigo 6 II, da *Grundgesetz*, que assim preconiza:

Artigo 6

[Matrimônio – Família – Filhos]

(...)

(2) A assistência aos filhos e sua educação são o direito natural dos pais e a sua obrigação primordial. Sobre a sua ação vela a comunidade pública.

(...)

Veja-se que os textos normativos supracitados, além de mandamento “negativo” ao Estado no que concerne à preservação das liberdades do indivíduo, também dão conformação à possibilidade de exigir do Estado os meios necessários para o livre desenvolvimento de sua personalidade, o que inclui a liberdade de crença e o livre exercício da religião.

Imperativo lembrar que a *Grundgesetz* foi promulgada após a odienta experiência autoritária representada pelo Nacional Socialismo, havendo que se considerar o avanço histórico refletido na consolidação dos direitos ditos prestacionais, bem como no curso do surgimento da chamada Social Democracia, em contraposição à Democracia Liberal.

Estas são as bases normativas nas quais se debruçou o Tribunal Constitucional Federal, sem perder de vista a análise de seus próprios precedentes para a formação de sua convicção no caso *dos crucifixos nas escolas da Baviera*.

2. LEE VS WEISMAN:

Passa-se agora à abordagem direta ao precedente Lee vs. Weisman 505 US 577 (1992), da Suprema Corte dos EUA. Antes de maiores comentários quanto aos métodos adotados pelos *justices* para a tomada de decisão, pertinente a realização de breve contextualização do caso.

Em 1989, o diretor Robert E. Lee convidou o rabino Leslie Gutterman para fazer uma invocação e bênção não sectária em uma cerimônia de formatura do ensino médio de uma escola pública em Providence, Rhode Island.

Deborah Weisman estava entre os graduados. Seu pai, Daniel, procurou, sem sucesso, uma ordem de restrição temporária para impedir que o rabino falasse. Mesmo não tendo sido atendidos em seu pedido de restrição temporária, os Weismans compareceram à cerimônia. Na bênção, o rabino Gutterman disse as seguintes palavras: “*Ó Deus, somos gratos a você por nos ter dotado da capacidade de aprender... Agradecemos a Ti, Senhor, por nos manter vivos, nos sustentar e nos permitir alcançar esta ocasião especial e feliz.*”⁷

Weisman então pediu uma liminar permanente, impedindo que os funcionários das escolas locais convidassem o clero a recitar orações nas cerimônias escolares, com base na cláusula de não estabelecimento/instituição da Primeira Emenda.

Ele argumentou que a prática constituía um endosso governamental da religião e, portanto, violava a cláusula de estabelecimento/instituição da Primeira Emenda. O distrito escolar respondeu que as orações não demonstravam o endosso da religião por serem não-sectárias, e a participação na própria oração era voluntária, tendo ainda afirmado que a prática estava profundamente enraizada na história americana.

Depois que os tribunais inferiores (instâncias ordinárias) decidiram pelo provimento do pedido de Weisman, o distrito escolar apelou para a Suprema Corte dos EUA, oportunidade na qual o governo George H. W. Bush se juntou a ele como *amicus curiae*. Lá, o distrito e a administração instaram o Tribunal a usar o caso para

⁷ Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/505/577.html>>. Último acesso em 10/12/2019.

anular o teste de três pontas de Lemon, que controlava os casos da cláusula de estabelecimento desde a formação do precedente Lemon vs. Kurtzman (1971)⁸.

Em apertada síntese, a *Supreme Court* teve de decidir se uma bênção e uma oração ecumênicas, não denominacionais, no início da cerimônia de formatura de uma escola pública de segundo grau violava o preceito da Primeira Emenda de que o Congresso “*não fará lei referente a instituição de religião*”. Por apertada maioria (5x4), decidiu o Tribunal pela inconstitucionalidade da oração, ao argumento de que a primeira emenda veda ao Estado a *instituição de religião*.

A maioria dos *justices* da *Supreme Court* interpretou de forma ampla a cláusula de estabelecimento/instituição a que se refere a Primeira Emenda, limitando o papel que a religião desempenha nas escolas públicas ao proibir a oração em atividades patrocinadas pela escola.

Encarregado de emitir o parecer do Tribunal, o *justice* Anthony M. Kennedy declarou que “*não faz parte do negócio do governo compor orações oficiais para que qualquer grupo do povo americano recite como parte de um programa religioso realizado pelo governo, e que é o que os funcionários da escola tentaram fazer.*”⁹

Observando a possibilidade de coerção psicológica, o *justice* Kennedy declarou: “*A Constituição proíbe o Estado de exigir a conformidade religiosa de um aluno pelo preço de frequentar sua própria formatura no ensino médio.*” Além disso, a Corte recusou o convite do Governo, na qualidade de *amicus curiae*, para revisitar o precedente Lemon vs. Kurtzman (teste das três pontas), concluindo que os casos de oração anteriormente julgados pela Corte forneceram amplo precedente para o caso.

Como bem observado por Beaty (2014, p. 69), o foco da divergência era sobre qual a interpretação correta à expressão “*estabelecimento/instituição de religião*”,

⁸ No citado precedente Lemon vs. Kurtzman (1971) a Supreme Court estabeleceu o chamado “teste de Lemon” ou “teste das três pontas”, segundo o qual uma Lei, para não ser declarada inconstitucional com base na Cláusula de estabelecimento/instituição (Primeira Emenda), deve satisfazer três critérios, quais sejam: “em primeiro lugar, a lei deve ter um propósito legislativo secular; em segundo lugar, seu efeito principal ou primário deve ser um que nem promove nem inibe a religião; finalmente, a lei não deve incentivar um ‘embaraçamento governamental excessivo com a religião’” (SULLIVAN; GUNTHER, 2010).

⁹ Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/505/577.html>>. Último acesso em 10/12/2019.

tendo a maioria afirmado que o significado da cláusula do estabelecimento/instituição deve ser inferido dos próprios precedentes da Corte.

A Corte também se dividiu com relação à uma análise histórica a respeito da relação igreja/Estado, bem como das intenções dos *founders* quando da elaboração da Constituição.

Importante observar que pouco se debateu a respeito das peculiaridades do caso concreto submetido à análise, conforme se pode extrair de trecho sintomático do parecer do Tribunal, emitido pelo *justice* Kennedy, quando afirmou que:

O registro neste caso é escasso em muitos aspectos, e não estamos familiarizados com nenhum costume ou prática fixa nas graduações do ensino médio, referidos pelo distrito escolar como ‘exercícios promocionais’. No entanto, não somos tão constrangidos em relação às escolas secundárias. A formatura do ensino médio é uma parte tão integral da vida cultural americana que podemos descrever com confiança suas características costumeiras, confirmadas por aspectos do registro e pelas representações das partes na argumentação oral.

Por sua vez, a minoria formou sua convicção pela validade da oração de formatura, também afirmando estar seguindo os precedentes da Corte a respeito. A divergência se deu de modo bastante agressivo e acalorado, como observa *Beaty*:

Manifestando-se por escrito em nome do grupo, *Scalia* condenou o voto da maioria, considerando-o “incoerente”; era um voto que fazia a “decoração de interiores” parecer uma “ciência sólida”. Não apenas criticaram a interpretação que a maioria fizera sobre as decisões anteriores referentes à oração nas escolas, mas também questionaram a legitimidade de decidir o caso com base numa jurisprudência que, na visão deles, “tornou-se perturbada (por assim dizer) pela confiança em abstrações formalistas que não têm origem em nossas tradições constitucionais há muito reconhecidas, mas sim colidem francamente com elas”. Pelo fato de os precedentes estarem profundamente viciados por esse tipo de irregularidade e incoerência, argumentaram eles, o significado da cláusula da instituição deveria ser determinado “com referências aos entendimentos e práticas históricos”. Afirmaram que a interpretação da Corte deveria “corresponder ao que a história revela ter sido o entendimento de suas garantias na época”. Segundo esse critério, uma vez que as orações e invocações religiosas faziam parte das cerimônias e proclamações do governo na época em que a Primeira Emenda foi adotada (1791), acharam evidente que também deveriam ser permitidas na ocasião em pauta.” (*BEATY*, 2014, p. 69)

Conforme já observado anteriormente, a ácida divergência se deu sobre qual a melhor e/ou correta interpretação da Cláusula do estabelecimento/instituição, bem como a respeito dos próprios precedentes da Corte, passando ao largo de se perscrutar qual a melhor conformação da liberdade religiosa à luz do caso concreto e

suas peculiaridades, como por exemplo o fato de a família Weisman ter efetivamente participado da cerimônia em questão. Ressalva-se o posicionamento do *Justice Antonin Scalia*, que ao expor sua divergência, em que pese também ter se socorrido à análise interpretativa do texto e dos precedentes da Corte, assinalou que a “*única coerção sofrida pelos alunos discordantes foi ter de agir com tolerância, urbanidade e sensibilidade para com os colegas cujo entendimento da vida é diferente do deles*”.

Também se pode observar que a Corte demonstrou maior preocupação com as condutas/posturas “negativas” do Estado frente à religião e seu dever de neutralidade, do que com a garantia individual do cidadão de professar sua fé sem embaraço pelo Governo. Nota-se que escapou à análise da Corte se, dadas as circunstâncias, de fato houve alguma espécie de constrangimento e/ou discriminação aos alunos que possuem convicções religiosas distintas e/ou aqueles que sequer professam uma religião.

Registra-se ainda que a abordagem “abstrata” realizada pela Corte, sem grande incursão pelo contexto fático do caso concreto, pode ser justificado em razão do chamado *stare decisis*, visto que os precedentes vinculam as decisões dos casos futuros, traço marcante do sistema de *common law*.

Também é possível que a tradição liberal (civil e política) exerceu forte influência para a formação do convencimento da Corte, visto que a abordagem à sensível questão da liberdade religiosa se deu unicamente sob a perspectiva de uma separação completa entre Estado e igreja, rechaçando a possibilidade de qualquer ação “positiva” do Estado para dar eficácia à liberdade religiosa.

3. O CASO DOS CRUCIFIXOS NAS ESCOLAS PÚBLICAS DA BAVIERA:

Em caso emblemático e paradigmático no que se refere à garantia de eficácia plena aos direitos fundamentais, o TCF apreciou reclamação constitucional face ao §13 I 3 do Regulamento Escolar para Escola Fundamental da Baviera, que determinava que “*em toda sala de aula deve ser colocado um crucifixo*”.

Pertinente destacar minucioso resumo do caso em análise, extraído de importantíssimo trabalho organizado por Leonardo Martins¹⁰, vejamos:

Segundo o claro teor do § 13 I 3 do Regulamento Escolar para Escola Fundamental de Baviera (Regulamento do Ensino Obrigatório – VSO) “em toda sala de aula deve ser colocado um crucifixo” (Kruzifix). Por ocasião da iniciação escolar (1a. Série) da Reclamante nº 3, havia em sua sala de aula um crucifixo completo (cruz e corpo de cristo) de 80 cm de comprimento por 60 cm de largura, colocado logo acima e ao meio do quadro negro. Após muitas discussões entre os pais da Reclamante e a Administração da escola, estes chegaram a um acordo provisório: troca do crucifixo com corpo por uma cruz sem corpo de tamanho menor colada lateralmente, acima da porta de entrada. Com a iniciação dos dois filhos menores e troca de ano o conflito veio novamente à tona.

Os pais das crianças (Reclamantes 3 a 5) ajuizaram, no mês de fevereiro de 1991, em nome próprio e em nome de seus filhos, uma ação contra o Estado da Baviera requerendo a retirada dos crucifixos, com pedido de medida liminar. Com base no supra citado § 13 I 3 VSO, o Tribunal Administrativo indeferiu o pedido liminar. Em sua fundamentação lê-se, entre outros, que pela colocação de cruces em salas de aula não teriam sido violados nem o direito dos pais de educar os filhos nem os direitos fundamentais dos filhos. O § 13 I 3 VSO não teria o objetivo de fazer da cruz um instrumento de ensino ou objeto da aula geral. A cruz serviria tão somente a apoiar os pais junto à educação religiosa de seus filhos, o que não seria problemático do ponto de vista constitucional. Os limites do quadro constitucionalmente permitido de elementos ideológico-religiosos na educação escolar não teriam sido ultrapassados. O princípio da não identificação religiosa no ambiente estudantil requer observância diferente do que ocorreria “no âmbito puramente secular”, porque na área da educação as idéias ideológico-religiosas teriam mais significado do que nunca. O conflito entre a liberdade religiosa negativa (dos alunos reclamantes) e positiva (dos demais alunos) precisaria ser solucionado em observância do mandamento de tolerância e segundo o princípio da concordância. Por isso, os reclamantes não poderiam exigir que sua liberdade negativa de confissão religiosa tivesse uma prevalência absoluta em relação à liberdade positiva de confissão religiosa daqueles estudantes que foram educados em um determinado contexto confessional e que querem praticá-lo na escola. Ao contrário, poderia ser esperado dos reclamantes tolerância e respeito em relação às convicções religiosas dos outros, quando, na escola, se confrontarem com seu exercício religioso.

A Reclamação ordinária (Beschwerde) dos reclamantes, interposta junto à Corte (Superior) Administrativa do Estado da Baviera, não foi provida. Faltariam tanto a ameaça de dano irreversível (periculum in mora) quanto reais chances de êxito da ação principal.

A Reclamação Constitucional foi ajuizada pelos pais dos alunos e pelos próprios alunos contra as decisões dos tribunais administrativos. Elas foram julgadas procedentes. Houve, entretanto, três opiniões divergentes (uma das quais, da Juíza Haas, divergente também da opinião minoritária com a publicação de seu segundo voto, cf. abaixo). As decisões impugnadas ferem, segundo o TCF (ou a maioria do Primeiro Senado), os direitos fundamentais dos reclamantes 1 e 2 do Art. 4 I; 6 II 1 GG, além do Art. 19 IV

¹⁰ Disponível em:

[file:///C:/Users/USER/Downloads/50%20Anos%20deJurisprudencia%20do%20Tribunal%20Constitucional%20Federal%20Alemao%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/USER/Downloads/50%20Anos%20deJurisprudencia%20do%20Tribunal%20Constitucional%20Federal%20Alemao%20(1).pdf). Último acesso em 10/12/2019.

GG, por ter a Corte (Superior) Administrativa negado a causa do pedido liminar.

O ponto de partida para a análise do caso em questão se deu à luz do princípio da concordância prática, pelo qual, em apertada síntese, significa dizer que “nenhuma das posições jurídicas conflitantes será favorecida ou afirmada em sua plenitude, mas que todas elas, o quanto possível, serão reciprocamente poupadas e compensadas”.

A Corte observou que o artigo 4 I da *Grundgesetz*, “deixa a critério do indivíduo decidir quais símbolos religiosos serão por ele reconhecidos e adorados e quais serão rejeitados”, embora também reconheceu que a garantia fundamental da liberdade religiosa, não permite ao cidadão, considerando que a Lei Fundamental garante espaço à diferentes credos, “ser poupado de manifestações religiosas, atos litúrgicos e símbolos religiosa que lhe são estranhos”. Contudo, tal situação diferencia-se do caso em análise, por se tratar de escolas públicas, “na qual o indivíduo é submetido, sem liberdade de escolha, à influência de uma determinada crença” e “aos símbolos religiosos que lhe são estranhos”.

Fez-se questão de ressaltar que o artigo 4 I, da *Grundgesetz*, não visa pura e simplesmente impedir ao Estado de se imiscuir nas convicções, manifestações e atos religiosos dos cidadãos, mas também impõe ao Estado:

[O] dever de garantir uma gama de atividades, na qual a personalidade pode se desenvolver em seu âmbito ideológico e religioso, e de lhes proteger contra ataques ou obstáculos perpetrados por seguidores de outras orientações religiosas.

Analisando detidamente o caso concreto, o TCF argumentou que:

Aliada à obrigação escolar geral, as cruces nas salas de aula fazem com que os estudantes, durante as aulas, em razão da vontade do Estado, [sempre] se deparem com este símbolo, sem que tenham a possibilidade de evitar a confrontação com um símbolo [de religião da qual não são adeptos], sendo obrigados destarte a estudar [por assim dizer] “sob a cruz”. Por isso, a colocação de cruces nas salas de aula é diferente da confrontação frequente no dia a dia com símbolos religiosos das mais variadas orientações religiosas. De um lado, esse tipo de confrontação [ora mencionado] não é provocado pelo Estado, mas consequência da propagação de diferentes convicções e comunidades religiosas na sociedade. De outro lado, esse tipo de confrontação não encerra o mesmo grau de inevitabilidade. Ainda que o indivíduo não tenha controle sobre se encontrará símbolos ou manifestações nas ruas, no transporte público ou ao entrar em prédios, trata-se, porém, em regra, de encontros fugazes, e, mesmo no caso de uma confrontação mais longa, esta não se baseia em uma coerção imponente, em caso de necessidade, por meio de sanções.

O TCF também observou que, ainda que se possa afirmar que a cruz também representa expressão da cultura ocidental – inegavelmente influenciada pelo Cristianismo –, é inegável que se trata de um símbolo de uma determinada convicção religiosa, notadamente o Cristianismo.

Admitindo a liberdade de crença como decorrente da própria dignidade humana, em especial no que se refere ao livre desenvolvimento da personalidade, observou o TFC que:

Ainda que seja correto dizer que a colocação de uma cruz na sala de aula não implica em coação à identificação ou a determinados testemunhos e de modos de comportamento, tampouco tem como consequência que a aula das disciplinas laicas seja marcada pela cruz ou que seja orientada aos seus postulados religiosos simbólicos ou exigências comportamentais. As possibilidades de impacto da cruz, porém, não se esgotam aí. A educação escolar não serve apenas ao aprendizado de técnicas racionais fundamentais ou ao desenvolvimento de capacidades cognitivas. Ela deve fazer também com que os potenciais emocionais e afetivos dos alunos sejam desenvolvidos. A atividade escolar tem, assim, como escopo promover de maneira abrangente o desenvolvimento de suas personalidades, principalmente influenciando também seu comportamento social. É nesse contexto que a cruz em sala de aula ganha seu significado. Ela tem caráter apelativo e identifica os conteúdos religiosos por ela simbolizados como exemplares e dignos de serem seguidos. Não bastasse, isso ocorre, além do mais, em face de pessoas que, em razão de sua juventude, ainda não puderam consolidar suas formas de ver o mundo, que ainda deverão aprender e desenvolver a capacidade crítica e a formação de pontos de vista próprios, e que, por isso, são muito facilmente sujeitas à influência mental.

Foi ressaltado pelo Tribunal que tanto a liberdade religiosa (art. 4 I GG), bem como o direito dos pais de educarem seus filhos (art. 6 II GG), são garantias fundamentais instituídas sem reserva, e que o eventual conflito do exercício de tais garantias com outros bens constitucionalmente protegidos, no caso em questão, a outorga ao Estado da tarefa educacional (art. 7 I GG), deve ser solucionado segundo o citado princípio da concordância prática.

Tal equilíbrio entre os bens jurídicos constitucionalmente assegurados, observou o Tribunal, *“não requer do Estado que ele renuncie, junto ao cumprimento da tarefa educacional outorgada pelo Art. 7 I GG, completamente a conteúdos religioso-ideológicos”*, e prosseguiu afirmando que mesmo em razão da necessidade de neutralidade religiosa e ideológica que se espera do Estado, não se pode *“ignorar as opiniões e as convicções axiológicas historicamente enraizadas e culturalmente*

transmitidas, nas quais se baseia a coesão social e das quais depende também a realização de suas próprias tarefas”.

Exercendo papel marcadamente contramajoritário, o Tribunal Constitucional Federal também analisou a garantia fundamental da liberdade religiosa sob o aspecto positivo no que se refere aos pais e alunos cristãos, esclarecendo que tal conflito decorrente do exercício de garantia estabelecida sem reserva não deve ser solucionado segundo o princípio majoritário, visto que *“justamente o direito fundamental da liberdade de crença visa a proteção, de maneira especial, das minorias”.*

Por fim, restou decidido que a ostensividade do símbolo religioso colocado na sala de aula de escola pública, viola a garantia fundamental dos pais (art. 6 II GG) de educar os próprios filhos.

Como já destacado anteriormente, o Primeiro Senado do Tribunal Constitucional Federal¹¹ julgou, por maioria (5x3), procedente as reclamações constitucionais que questionavam o Regulamento Escolar da Baviera, declarando a inconstitucionalidade do §13 I 3 do referido Regulamento, por ser incompatível com o Art. 4 I da Lei Fundamental.

Constata-se que o TCF incursionou pelo contexto fático do caso que lhe fora apresentado, atentando-se às suas peculiaridades, buscando dar a melhor conformação possível aos direitos fundamentais e a outros bens constitucionalmente protegidos e que estavam em flagrante colisão.

O Tribunal se fiou à interpretação sistemática e axiológica do texto constitucional, buscando dar uma solução pragmática ao caso em questão sem a intenção de fixar tese prospectiva sobre a questão da liberdade religiosa.

Também evitou-se demarcar de forma taxativa a relação e/ou separação Estado/igreja, considerando uma ideia básica de que é perfeitamente legítimo o governo e as igrejas estabelecerem relações de cooperação, desde que isso se realize de modo a demonstrar igual respeito por todas as religiões, bem como por

¹¹ O Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht) é composto por 16 membros escolhidos através de eleições, divididos em dois Senados não hierarquizado com oito juízes cada.

aqueles que acreditam que as jurisdições da igreja e do Estado se estendem sobre distintas esferas de autoridade e por isso devem ser mantidas separadas.

Há que se considerar, porém, a densidade normativa da Constituição Alemã, que dispõe de diretrizes que permitem nortear¹² a análise de casos complexos da jurisdição constitucional, notadamente os casos de restrição e colisão de garantias fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Como demonstrado no curso deste breve trabalho, os métodos decisórios das Cortes em questão foram bastante distintos, dadas as diferenças marcantes dos respectivos modelos jurídicos.

Os americanos se fiaram à interpretar a Primeira Emenda à luz de uma perspectiva histórica. Em função da tradição jurídica da *common law*, houve grande preocupação dos *Justices* com o impacto de sua decisão para os casos futuros, por força do chamado *stare decisis*. Pouco se discutiu, no precedente norte-americano analisado, a respeito das peculiaridades do caso concreto, tendo os grupos formadores maioria e da minoria chegado à conclusões absolutamente distintas, mesmo sendo afirmado, por ambas as correntes, que sua conclusão era baseada na interpretação da Cláusula do estabelecimento/instituição da Primeira Emenda e dos precedentes anteriores da Corte sobre a liberdade religiosa.

Como bem observado por David. M. Beatty ao comentar o precedente *Lee vs Weisman*, “na prática, duzentos anos depois de estabelecida, a Primeira Emenda

¹² O artigo 19 da Grundgesetz assim dispõe:

Artigo 19

[Restrição dos direitos fundamentais – Via judicial]

(1) Na medida em que, segundo esta Lei Fundamental, um direito fundamental possa ser restringido por lei ou em virtude de lei, essa lei tem de ser genérica e não limitada a um caso particular. Além disso, a lei terá de citar o direito fundamental em questão, indicando o artigo correspondente.

(2) Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência.

(3) Os direitos fundamentais também são válidos para as pessoas jurídicas sediadas no país, conquanto, pela sua essência, sejam aplicáveis às mesmas.

(4) Toda pessoa, cujos direitos forem violados pelo poder público, poderá recorrer à via judicial. Se não se justificar outra jurisdição, a via judicial será a dos tribunais ordinários. Mantém-se inalterado o artigo 10 §2, segunda frase.

apenas garante aos norte-americanos que não serão sujeitos a regras e regulamentos que os onere ou discrimine deliberadamente em razão de suas crenças religiosas”.

Por sua vez, o Tribunal Constitucional Federal levou em conta para a formação de seu convencimento as peculiaridades do caso concreto que lhe foi apresentado de forma mais pragmática, partindo-se do princípio da concordância prática para a solução da controvérsia. Em apertada síntese, o TCF se dedicou, no caso aqui analisado, a avaliar, considerando os direitos fundamentais em jogo, a proporcionalidade (ou não) da ação estatal na esfera de proteção do direito individual dos reclamantes.

De outro norte, em uma comparação normativa, forçoso reconhecer que a *Grundgesetz* conforma de maneira mais ampla a garantia fundamental da liberdade religiosa. Por outro lado, a base normativa da Constituição norte americana é mais restrita, sendo evidente a maior preocupação dos *Founders* com a neutralidade do Estado, visto que o texto da Primeira Emenda emergiu na esteira das revoluções liberais, que consagraram os chamados direitos negativos ou de primeira geração/dimensão.

Conforme demonstrado no decorrer deste trabalho, a *Grundgesetz* dispõe de forma mais minuciosa e detalhada as garantias fundamentais, com patente preocupação com a proteção da dignidade humana e a máxima efetivação dos direitos, impondo severos limites ao agir majoritário, sendo ainda inegável a influência da experiência autoritária pré-segunda guerra mundial na elaboração do seu texto.

Como observação final, tendo em conta exclusivamente os casos ora abordados, acredita-se ser possível afirmar com segurança que os alemães garantiram a eficácia plena da garantia fundamental da liberdade religiosa, fato este proporcionado pela utilização do princípio da concordância prática para a melhor solução à luz do caso concreto, sem contudo perder de vista que a *Grundgesetz* proporciona base normativa mais rica a auxiliar a resolução de casos complexos no âmbito da jurisdição constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA:

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores, 2008.

BEATY, David M. **A essência do Estado de Direito**. Trad. Ana Aguiar Cotrim. Editora WMF Martins Fontes, 2014.

JELLINEK, Georg. **System der subjektiven öffentlichen Rechte**. Elibron Classics, 2000.

GUNTHER, Gerald; SULLIVAN, Kathleen. **Constitutional Law**. The Foundation Press, 2010.

MUDROVITSCH, Rodrigo. **Democracia e Governo Representativo no Brasil**. Lumen Juris, 2018.

Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

Trad. Leonardo Martins *et. al.*, Konrad Adenauer Stiftung, disponível em:

[file:///C:/Users/USER/Downloads/50%20Anos%20deJurisprudencia%20do%20Tribunal%20Constitucional%20Federal%20Alemao%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/USER/Downloads/50%20Anos%20deJurisprudencia%20do%20Tribunal%20Constitucional%20Federal%20Alemao%20(1).pdf)

Versão traduzida da Constituição norte-americana em:

<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>

Versão traduzida da Constituição Alemã em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>

Versão integral da decisão do caso **Lee vs Weisman** em:

<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/505/577.html>

A CLÁUSULA DO “NÃO OBSTANTE” DA CONSTITUIÇÃO DO CANADÁ E A PROIBIÇÃO DO USO DE SÍMBOLOS RELIGIOSOS POR FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS DO QUÉBEC

A “Notwithstanding” Clause of Canadian Constitution Act and the ban of public workers of Québec from wearing religious symbols

Marta Battaglia Custódio¹³

Resumo: O Québec proibiu funcionários públicos de usarem símbolos religiosos no ambiente de trabalho, para tornar mais efetiva a separação entre Estado e religião. Quem já era funcionário antes da lei mantém o direito de usar tais adereços, porém se o fizer não poderá progredir na carreira. Assim, este artigo aborda o contexto histórico de formação do Canadá, a forma como essa medida consegue produzir efeitos na principal província francófona daquele país, essencialmente multiculturalista. A resposta está na cláusula do “não obstante”, um instituto peculiar do direito constitucional, o qual foi usado em período de intenso fluxo migratório, que pode estar relacionado ao aumento da intolerância.

Palavras-chave: Canadá – direito religioso – cláusula do não obstante

Abstract: *The Canadian province of Québec passed a Bill to ban new hires among public workers from wearing religious symbols while they are on duty, by the argument of the laicity of the State. People who were previously employees before the law maintain the right to use such props, but if they do, they will not be able to progress in their careers. Thus, this paper sought to work the historical context of the development of Canada to try to understand how such a measure can produce effects in the main French-speaking province of the country, an essentially multiculturalist one. The answer lies in the “notwithstanding clause”, a Canadian peculiar constitutional law institute, which was used during a period of intense migratory flow, that may be related to an increase of intolerance.*

Keywords: *Canada – religious wrights – notwithstanding clause*

¹³ Advogada, graduada em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

INTRODUÇÃO

O primeiro-ministro do Canadá, Justin Trudeau, está no poder desde 2015 e é alinhado à ideologia do Partido Liberal, que prega a laicização do Estado.¹⁴ Ele é filho de Pierre Elliot Trudeau, o qual também foi primeiro-ministro do país na década de 1960. Durante seu governo, em 1969, o Canadá legalizou o aborto, sob algumas condições, acirrando os ânimos principalmente com os canadenses cristãos e gerando um grande movimento “pró-família”¹⁵.

Contrariamente a essa agenda mais liberal, de valorização dos direitos da personalidade, a província canadense do Québec aprovou, em 2019, uma lei que proíbe funcionários públicos de usarem símbolos religiosos – como véus muçulmanos, quipás judaicas e crucifixos cristãos – no ambiente de trabalho. A iniciativa foi apresentada por Simon Jolin-Barrette, Ministro de “Imigração, Diversidade e Inclusão” do Québec. Segundo o primeiro-ministro da província, François Legault, o objetivo da lei é deixar mais clara a separação entre Estado e religião¹⁶.

Entretanto, a lei faz uma distinção, pois a proibição é aplicada somente aos funcionários públicos da província contratados após o início da vigência da lei, ao passo que os que já eram funcionários antes da publicação da lei permanecem isentos, desde que se mantenham na posição funcional, sem progressão da carreira.

Assim, este trabalho busca trazer algumas linhas acerca da separação entre Estado e religião e da secularização das instituições públicas e identificar algumas características históricas da formação do Estado canadense, incluindo uma seção sobre o multiculturalismo, característico daquele país que acomoda desde o seu início populações colonizadoras distintas: britânica e francesa. A partir desses elementos, será apresentada a cláusula do “não obstante”, como uma peculiaridade do direito constitucional canadense, um país que, desde o início, necessita acomodar uma

¹⁴ CANADA. **Justin Trudeau, Prime Minister of Canada**. Disponível em: <https://pm.gc.ca/en/prime-minister-justin-trudeau>. Acesso: 24/01/2020.

¹⁵ STETTNER, SHANNON. **A Brief History of Abortion in Canada**. pp. 43-45. In: STETTNER, SHANNON. **Without Apology: writings on abortion in Canada**. Athabasca: Au Press. 2016. Disponível em: <https://129.97.193.16/bitstream/handle/10012/11165/Stettner_2016-Without_Apology.pdf?sequence=1&isAllowed=y#page=41>. Acesso: 24/01/2020.

¹⁶ RedePRESS. **Canadá: Aprovam lei que proíbe uso de símbolos religiosos no trabalho**. Notícias, 18/06/2019. Disponível em: <https://www.redepress.com.br/noticias/2019/06/18/canada-aprovam-lei-que-proibe-uso-de-simbolos-religiosos-no-trabalho/>. Acesso: 27/01/2020.

pluralidade cultural decorrente de seu processo histórico de formação. Por fim, são tecidas algumas reflexões acerca da decisão de proibir o uso de símbolos religiosos por funcionários públicos durante o trabalho, como conclusão do artigo.

1. ESTADO LAICO, POVO RELIGIOSO

O título desta seção foi emprestado licenciosamente do livro de Paulo Vasconcelos Jacobina, para quem, “o confronto entre o poder político e o religioso é tão velho quanto a humanidade”¹⁷, como pode ser constatado pelos inúmeros estudos sobre o processo de reorganização dos poderes políticos durante a Baixa Idade Média, quando os problemas decorrentes da relação entre Estado e Igreja foram intensificados, conforme revelam as guerras religiosas, as Cruzadas e outros eventos mais tardios, tais como a trágica noite de São Bartolomeu. Em contraposição ao pensamento eclesiástico, as grandes descobertas, a centralidade do pensamento científico e o iluminismo conformaram o Estado ocidental moderno. São vários os filósofos e pensadores políticos que se debruçaram sobre a hermenêutica religiosa e a legitimação do poder.

Com o fim da Idade Média, a interferência mais intensa de líderes religiosos sobre as decisões políticas foi cedendo espaço para uma liberdade religiosa mais ampla. Isso porque, como observa Vieira (2018), os modelos de expansionismo político e jurídico de Cosmopolitismo de origem ocidental visam ao fortalecimento de um sistema jurídico-moral moderno, que assegure valores e princípios emancipacionistas, tais como autonomia, isonomia, pluralismo, propriedade, republicanismo e democracia. Esse processo traz consigo uma pretensão procedimental e transcultural, que fundamenta um discurso universalista, associado à expansão do binômio mercado/capital, além das fronteiras nacionais.¹⁸

¹⁷ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. Eliminar o símbolo religioso dos espaços públicos pode levar a uma submissão incondicional ao príncipe. In: **Estado Laico, Povo Religioso: reflexões sobre liberdade religiosa e laicidade estatal**. São Paulo: Ltr, 2015, p. 97.

¹⁸ VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Ação universalista norte-americana e o desenvolvimento do terrorismo contemporâneo**. Tese de Doutorado, defendida no Programa de Ciências Sociais da Faculdade de Ciências e Letras da Universidade Estadual Paulista. Araraquara: UNESP. 2018, p. 59.

A sacralidade – como experiência espiritual que dá sentido às coisas do mundo e às suas ações – não é exclusiva da religiosidade e é possível identificar no sagrado padrões de agregação social, de unificação de condutas e de formação de identidade coletiva.¹⁹ A separação do Estado e da Igreja na modernidade não foi capaz de suplantar essa questão e a concepção de sagrado não-religioso pode ser denominada como sagrado civil²⁰ – diferente do sagrado pessoal, como as memórias familiares –, em que a sociedade percebe nas representações objectais e mentais os atos de conhecimento e reconhecimento entre os agentes, como sujeitos sociais pertencentes a um grupo que partilha de valores comuns, que possui interesses, inclusive materiais semelhantes. Como artifícios, tem-se os ritos nacionalistas, tais como as paradas, desfiles, cultos, e símbolos como a bandeira e o hino.²¹

Assim, a liberdade religiosa é nos dias de hoje algo relativo à esfera privada e é considerada uma extensão dos direitos individuais, no âmbito da liberdade de crença e de consciência, e encerra a liberdade de crença, liberdade de culto e liberdade de organização religiosa.²²

Considerando a laicidade do Estado, volta e meia emergem discussões sobre a necessidade ou não de se eliminar determinados símbolos religiosos de espaços públicos, independentemente do processo histórico que tenha levado à presença de tais símbolos nesses locais, como é o caso da discussão sobre a cruz pendurada na parede do plenário do Supremo Tribunal Federal.

A modernidade, tendo como baluarte a supremacia da vontade humana e da racionalidade epistêmica, estabeleceu um padrão de eticidade em que a natureza se submete aos interesses humanos e à sua felicidade: as forças da natureza precisam ser domadas, pois a ordem moral moderna não se prende a construções ou imperativos tradicionais, de um grupo ou fé, mas se pauta na conjunção entre vontade

¹⁹ CRIPPEN, Timothy. **Old and new gods in the modern world: toward a theory of religious transformation**. Social Forces, v. 67, n. 2, p. 327-333, dec. 1988. In: VIEIRA. Ibidem, p. 62.

²⁰ EVANS, Matthew T. **The sacred: differentiating, clarifying and extending concepts**. Review of Religious Research, v. 45, n. 1, p. 41-43, sep. 2003. In: VIEIRA. Ibidem, p. 62.

²¹ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012. p. 112-113, 140. In: VIEIRA. Ibidem, p. 63.

²² SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à liberdade religiosa**. São Paulo: Saraiva ed.2a ed. 2013. p.46.

e razão (a vontade universal kantiana).²³ Aprofundando essa questão, Habermas, em sua *Ética do Discurso*, defende que a comunidade da fé deveria se submeter obrigatoriamente a uma moralidade racional-procedimental universal pela racionalidade, viabilizando a constituição de uma comunidade jurídica de dimensões globais semelhantemente à ideia de Kant.²⁴

Rawls também teorizou a respeito da legitimação de um ideário de Justiça, mas a partir da ideia do Véu da Ignorância (posição original), na perspectiva de um pluralismo razoável, da diversidade entre povos razoáveis, “com suas diferentes culturas e tradições de pensamento, tanto religiosas como não religiosas”²⁵. Nesse fórum racional de interação haveria espaço para divergências, desde que possíveis e aceitáveis aos padrões liberais mínimos exigidos, deixando ao Estado o papel indispensável de guardião da ordem jurídico-política constitucional, refletindo a estrutura interna da sociedade em sua circunscrição.

Segundo Silva Neto²⁶, há três formas de relacionamento entre o Estado e a Igreja: (i) união, com clara preferência do Estado por uma religião específica, como, por exemplo, a Arábia Saudita, ou o Brasil, na época da monarquia; (ii) confusão, quando não se consegue delimitar com clareza onde começa o Estado e onde termina a Igreja ou vice-versa, como é o caso do Irã ou do Vaticano; e (iii) separação, em que não há preferência por uma fé, nem confusão entre o Estado e qualquer religião.

Para Paulo Jacobina, em decorrência do Estado laico, muitas vezes são conduzidas questões estéreis, pois não se cogita remover as estátuas de Têmis dos fóruns, por exemplo. Para ele, discutir esse assunto envolve quase sempre a relação de símbolos com as três grandes vertentes religiosas: judaica, cristã e muçulmana. Segundo ele, para os muçulmanos, a teocracia não é fato controvertido, mas um ideal de vida comunitária. Já nos países de origem cristã, como o Brasil, o crucifixo tem uma relação histórico-cultural.²⁷

²³ VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro, op.cit., p. 25.

²⁴ VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. Ibidem. p. 46.

²⁵ Ibidem. p. 73.

²⁶ SILVA NETO, op. cit., pp.50 e 60.

²⁷ JACOBINA, op. cit., p. 97.

Silva Neto²⁸, por sua vez, lembra que a discussão sobre os símbolos religiosos em locais públicos começou nos Estados Unidos, com a colocação de cruzes nesses espaços pela Ku Klux Klan (KKK, ou simplesmente Klan), até que o grupo foi impedido de construir uma grande cruz em frente ao prédio do parlamento estadual, no caso envolvendo *Capitol Square Review and Advisory Board versus Pinette*.

Vincent Pinette, um membro ativo da KKK em Columbus, Ohio, queria colocar uma cruz no gramado da Praça do Capitólio durante a temporada de Natal de 1993, mas o conselho consultivo negou o pedido e a controvérsia foi parar no Tribunal Distrital dos Estados Unidos, ao sul de Ohio. O tribunal julgou a favor da Klan e o Conselho Consultivo emitiu a permissão. No recurso para o Tribunal de Apelações dos Estados Unidos, houve a confirmação da decisão do tribunal distrital e o caso subiu à Corte Suprema. A decisão foi tomada, por sete votos a dois, favoravelmente à Klan. Neste caso, a Suprema Corte decidiu que não havia perigo real de se considerar qualquer preferência estatal pela religião cristã ao se permitir a construção da cruz.

Mas a questão central que se discute neste artigo acadêmico reside no fato de que, na decisão do Québec, os símbolos religiosos atingidos pela decisão estão colocados nos espaços públicos, e não são portados por indivíduos, no exercício de suas liberdades individuais, inerentes aos direitos da personalidade, como nos casos do uso de tais símbolos por servidores públicos, e não sua inserção em prédios, instalações ou estabelecimentos.

Será que a utilização desses símbolos pelos servidores públicos afrontaria direitos fundamentais, protegidos nas cartas constitucionais dos Estados modernos, no âmbito da liberdade religiosa?

2. CARACTERÍSTICAS SOCIAIS E JURÍDICAS ADVINDAS DO PROCESSO DE FORMAÇÃO DO CANADÁ

A partir do século XVI, a Inglaterra e a França formaram colônias no Canadá e disputas pelo controle do território eram acirradas entre os dois países.

²⁸ SILVA NETO, op. cit., p. 71.

Até meados do século XVIII, o interesse britânico na América do Norte se concentrava predominantemente nas treze colônias ao longo da costa atlântica (futuramente, os Estados Unidos da América), que continham uma população com cerca de um terço do tamanho da Inglaterra. Entretanto, apesar de as áreas periféricas parecerem insignificantes frente àquelas colônias americanas, elas também foram anexadas ao Império Britânico: o comércio de peles da *Hudson's Bay Company*, as pescarias de *Newfoundland* (Terra Nova), a recém-capturada colônia francesa de Acadia e a base naval de *Halifax*, Nova Escócia. A conquista militar da Nova França em 1759–60, confirmada pela rendição da França ao Tratado de Paris em 1763, que oficialmente transferia esses territórios aos britânicos, trouxe à Grã-Bretanha os desafios e as complicações de governar um povo de idioma, religião, costumes e cultura diferentes.²⁹

Apenas algumas centenas de comerciantes anglo-saxões foram atraídos para o Québec, inicialmente pela oportunidade de suprir as necessidades do exército invasor e, eventualmente, assumir o comércio abandonado pelos franceses, dado que a conquista deslocou a rota comercial canadense de Paris para Londres. Como resultado, houve a ascensão de uma elite comercial inglesa que é, desde então, uma fonte de conflito recorrente na política e na sociedade do Quebec.³⁰

Tendo que administrar uma importante população francófona e católica no Québec, as primeiras normas constitucionais para o Canadá foram instituídas pela Coroa britânica: o *Royal Proclamation Act*, de 1763, que criava a colônia de Québec; e o *Quebec Act*, de 1774, que impunha à colônia o direito penal inglês, mas mantinha as tradições, o idioma, os costumes, a religião e as leis civis vigentes, de origem francesa.³¹ É importante ressaltar que o *Quebec Act* de 1774 reduziu potenciais elementos de conflito, haja vista que o Québec possuía uma população de cerca de 500 protestantes ingleses e perto de 70 mil católicos franceses³², o que dificultava

²⁹ RIENDEAU, Roger. **A brief history of Canada**. 2ª ed. New York: Facts On File, 2007. p.81.

³⁰ MIQUELON, Dale (ed.). **Society and Conquest: The Debate about the Bourgeoisie and Social Change in French Canada, 1700–1850**. Toronto: Copp Clark, 1977. *In*: RIENDEAU, Roger. *Ibidem*, p.88.

³¹ CANADA. **Constitution act, 1867 to 1982**. Ottawa: Department of Justice. Disponível em: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/>. Último acesso em 24/11/2019.

³²RIENDEAU, Roger, *op.cit.*, p.89.

impor um governo de uma minoria inglesa que ignorasse completamente os aspectos culturais da maioria.

Entre 1791 e 1840, a Colônia do Québec foi dividida em duas partes: o Alto Canadá (ou Canadá Superior, posteriormente Ontário), de população anglófona e protestante, e o Baixo Canadá (ou Canadá Inferior, correspondente à atual Província de Québec), francófona e católica. Cada uma delas tinha governador próprio, conselhos executivos e legislativos nomeados pela metrópole e assembleias eleitas localmente. Nesse período, o processo de independência dos Estados Unidos também fez intensificar a migração de colonos leais à Coroa inglesa para o Alto Canadá, os *United Empire Loyalists*. A partir da segunda metade do século XIX, o poder, que praticamente era centralizado nas pessoas indicadas pela Coroa, foi cedendo espaço político para a Assembleia, eleita pelo povo, para quem os ministros prestavam contas.

Em 1840, o Parlamento Britânico aprovou o *Union Act*, e o Governador-Geral passou a ser um só, tanto para o Alto como para o Baixo Canadá, deixando os canadenses francófonos insatisfeitos, o que fez crescer o ideal de federalismo como meio de acomodar os diversos interesses locais. Assim, foi aprovada pelo Parlamento Britânico, em 1867, o *British North America Act* (posteriormente renomeado de *Constitution Act*) que integrou as quatro províncias de Nova Scotia, New Brunswick, Québec e Ontário em uma federação, chamada Canadá, sob o domínio britânico.³³

Após o advento da Primeira Guerra Mundial, houve uma reconfiguração das forças geopolíticas e, em 1926, uma Conferência Imperial estabeleceu autonomia entre o Reino Unido e seus Domínios, incluindo Canadá e Austrália, sendo criada assim a Comunidade Britânica das Nações (*British Commonwealth of Nations*). Desde então, o Governador-Geral do Canadá passou a ser um mero representante da Coroa e o Gabinete Britânico não tinha mais ingerência sobre a produção normativa canadense.

Em 1931, o Estatuto de Westminster, revogou o *Colonial Law Validity Act* – que estabelecia a prevalência da legislação do Parlamento Britânico em caso de conflito

³³ JOANISVAL, Brito Gonçalves. **Monarquia republicana Considerações sobre o sistema político canadense e seus princípios constitucionais**. Revista de Informação Legislativa. Brasília. a. 44 n. 174 abr./jun. pp 129-140. 2007, pp. 130, 131.

com as normas dos Domínios. Assim, uma lei britânica somente poderia ser aplicada aos Domínios se fosse requerida e consentida por estes e competia agora aos Parlamentos dos Domínios legislar sobre seus assuntos internos e internacionais.³⁴

Esse processo histórico de formação deu ao Canadá uma organização de Estado *sui generis*: ele compartilha até hoje o Chefe de Estado com a Grã-Bretanha. Sua bandeira atual foi adotada somente em 1965, assim como o hino *Oh Canada*, surgiu apenas em 1967, sendo que até 1980 o hino britânico *God Save the Queen* continuava sendo usado em eventos oficiais. Mais relevante e curioso ainda é que, somente a partir de 1982, o Parlamento do Canadá recebeu competência para emendar a Constituição Canadense de 1867, por meio do *Canada Act*. Antes, as alterações eram permitidas somente ao Parlamento Britânico, mediante requisição do Canadá. A última emenda aprovada pelo Parlamento Britânico foi, portanto, o *Constitution Act*, de 1982, ou Lei Constitucional, em que o Parlamento Britânico abdicou de qualquer poder sobre o Canadá.

Foi assim que o *British North America Act*, de 1867, foi renomeado para *Constitution Act*, de 1867, pois com o *Constitution Act*, de 1982, o documento de 1867 foi reformado e acrescido da *Canadian Chart of Rights and Freedoms*, isto é, da Carta Canadense de Direitos e Liberdades, e também passou a elencar os “direitos dos povos aborígenes do Canadá”³⁵.

Comparando-se os distintos processos de formação dos EUA e do Canadá, percebe-se que os primeiros foram fundados em bases revolucionárias, de rompimento com a Coroa britânica, enquanto o Canadá partiu de uma perspectiva essencialmente contrarrevolucionária, o que levou à construção de valores políticos diferentes em cada um desses dois países: enquanto a Declaração de Independência dos EUA tem no centro a “vida, liberdade e busca da felicidade”, o *Ato Constitutivo do Canadá*, de 1867, destaca “a paz, a ordem e o bom governo” (*peace, order and good government*)³⁶.

³⁴ Ibidem, p. 131.

³⁵ BERTON, Pierre. **Why we act like Canadians**. Toronto: Clark, Irwin & Co., 1982, p. 213-221. *apud* JOANISVAL, Ibidem, p. 132.

³⁶ DICK, Ran. **Canadian politics: critical approaches**. 4. ed. Toronto: Thomson Canada, 2004. p. 213, *apud* JOANISVAL, Ibidem, p. 132.

Além disso, os canadenses teriam como características, dentre outras, maior equilíbrio entre coletivismo e individualismo, respeito ao particularismo e tolerância às diferenças, maior equidade e diversidade racial, étnica e cultural, bem como seriam mais “obedientes à lei, pacíficos, ordeiros, deferentes à autoridade, cautelosos, elitistas, moralistas, tolerantes, reservados e menos emotivos” que os estadunidenses³⁷.

3. ORGANIZAÇÃO DO ESTADO, CONSTITUIÇÃO DO CANADÁ E FORMA DE GOVERNO

O Canadá é uma monarquia constitucional, membro da Comunidade Britânica das Nações. A Rainha da Inglaterra é também a Rainha do Canadá, que é a Chefe de Estado. Os Poderes Executivo e Legislativo são exercidos em seu nome e as leis são sancionadas por ela, sob orientação e consentimento do Senado e da Câmara, e publicadas em seu nome. A justiça também é realizada em nome da monarca. As funções da Coroa são exercidas pelo Governador-Geral, nomeado pela Rainha, por indicação do Primeiro-Ministro.

A Constituição do Canadá compreende o *Constitution Act*, de 1982³⁸, bem como o *Constitution Act*, de 1867³⁹. Ademais, aplicam-se os atos do Parlamento as regras da *common law* e as convenções ou estatutos constitucionais. O Parlamento é composto pelo Soberano (Governador-Geral), pela Câmara dos Comuns e pelo Senado. Além do Parlamento do Canadá, há os Parlamentos Provinciais. No *Constitution Act*, de 1867, não há referência ao Primeiro-Ministro ou ao Gabinete, que são frutos de convenções consuetudinárias. Também são consideradas constitucionais as normas originárias do Reino Unido, como o *Estatuto de Westminster* (1931) e a Magna Carta (1215)⁴⁰.

³⁷ BERTON, op. cit., *apud* JOANISVAL, *Ibidem*, p. 132.

³⁸ Incluindo seus anexos: Canadian Charter of Rights and Freedoms, Rights of the Aboriginal People of Canada, Equalization and Regional Disparities, Procedure for Amending Constitution of Canada. Também integram o direito constitucional canadense o Bill of Rights, a Magna Carta, o Habeas Corpus e o Act of Settlement.

³⁹ Antes denominado *British North America Act*, de 1867.

⁴⁰ KHAN, N, Mansab Ali. **A guide to the canadian government and parliamentary system**. Ottawa: Carswell, 1986, *apud* JOANISVAL, op.cit, p. 132.

O sistema de governo no Canadá é o Parlamentarismo, de modelo britânico. O Parlamento é a instância máxima de governo e é composto pela Câmara dos Comuns (*House of Commons*), cujos membros são eleitos pela população, pelo Senado (composto por cidadãos nomeados pelo Primeiro-Ministro para um mandato vitalício) e pelo monarca, ou seja, pela Coroa. Para que leis sejam aprovadas, é necessário o consentimento desses três componentes.

Os ministros respondem perante a Câmara dos Comuns. O Primeiro-Ministro do Canadá é o líder do Partido que detém o maior número de assentos na Câmara. Quando ele e seu Gabinete perdem a confiança do Parlamento, há a dissolução do Parlamento e novas eleições são convocadas. Os poderes, como a autoridade para dissolver o Parlamento e a sanção das leis, na prática, são exercidos pelo Primeiro-Ministro, sob orientação do Gabinete. Ou seja, embora o Parlamento seja o poder supremo, efetivamente o poder é exercido pelo Gabinete e, em particular, pelo Primeiro-Ministro. Como tanto o Primeiro-Ministro quanto os Ministros são também membros do Parlamento, os Poderes Executivo e Legislativo não se encontram claramente separados.

Não há subordinação entre os entes federados, mas sim competências distintas para legislar sobre assuntos específicos entre o governo federal e os governos provinciais, sendo a competência residual do Governo federal. A representação das províncias se dá em termos proporcionais de população: as mais populosas têm mais senadores.

Ao longo de sua história, as fronteiras internacionais do Canadá foram sendo ampliadas: das quatro províncias originais para as dez províncias e três territórios atuais. A principal diferença entre uma província canadense e um território é que as províncias recebem seu poder e autoridade da Constituição de 1867, enquanto os governos territoriais têm poderes delegados pelo Parlamento do Canadá.

Quadro 1 – Províncias do Canadá.

Província	Capital	Ingresso na Federação	População em 2015	Língua oficial ⁴¹
Ontario	Toronto	1867	13.792.100	Inglês
Québec	Quebec	1867	8.236.600	Francês
Nova Scotia	Halifax	1867	943.000	Inglês
New Brunswick	Fredericton	1867	753.900	Inglês / Francês
Manitoba	Winnipeg	1870	1.293.400	Inglês / Francês
British Columbia	Victoria	1871	4.683.100	Inglês
Prince Edward Island	Charlottetown	1873	146.400	Inglês
Saskatchewan	Regina	1905	1.133.600	Inglês
Alberta	Edmonton	1905	4.196.500	Inglês
Newfoundland e Labrador	St. John's	1949	527.800	Inglês

Fontes: *Canadá, Intergovernmental Affairs*⁴². *Canadá, Commissariat aux langues officielles*⁴³.
Elaboração própria.

4. OS PRINCÍPIOS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS CANADENSE

De acordo com o preâmbulo da Constituição de 1867⁴⁴, “o Canadá está fundado sobre princípios que reconhecem a supremacia de Deus e a primazia da lei”. Os governantes e os funcionários do Estado devem se ater ao princípio da legalidade. O controle de constitucionalidade das normas é exercido pela Corte Suprema do Canadá.

Na Carta canadense de 1867 há garantias referentes às particularidades linguísticas (art. 133), à liberdade de crença (art. 93), à regularidade de eleições livres (arts. 20 e 50) e à independência do Judiciário (art. 99).

A Carta dos Direitos e Liberdades, de 1982, reforçou o caráter democrático, de Estado de Direito e as garantias individuais. Além disso, ampliou as atividades do

⁴¹ A lei sobre línguas oficiais não se aplica nem às províncias, nem às administrações municipais ou sociedades privadas. Entretanto, algumas províncias e territórios adotaram políticas e leis visando à proteção das línguas.

⁴² Disponível em: <https://www.canada.ca/en/intergovernmental-affairs/services/provinces-territories.html>. Último acesso em 24/01/2020.

⁴³ Disponível em: https://www.clo-ocol.gc.ca/fr/droits_linguistiques/provinces_territoires. Acesso: 24/01/2020.

⁴⁴ CANADA. **Constitution act, 1867 to 1982**. Ottawa: Department of Justice. Disponível em: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/>. Último acesso em 24/11/2019.

Poder Judiciário relacionadas ao controle de constitucionalidade e à proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

São princípios democráticos canadenses: a soberania popular, igualdade política, liberdade política e de associação, e governo da maioria, resguardada a proteção aos direitos e garantias das minorias⁴⁵.

5. O MULTICULTURALISMO NO CANADÁ

O projeto universalista concebe a existência de valores, julgamentos, escolhas e comportamentos que possam ser compartilhados por todos os homens, sendo, há dois séculos, o substrato ideológico da cultura política ocidental. Entretanto, considerando que há certas diferenças culturais intransponíveis entre os povos, surge uma crise na modernidade e em seu projeto universalista⁴⁶.

Assim, o multiculturalismo aparece como um desafio para as democracias liberais, que se apoiam em ideais de igualdade, ao mesmo tempo em que se deparam com críticas e crescentes reivindicações, baseadas na etnia, na raça, na religião, na sexualidade, no gênero ou em qualquer área de identificação cultural que clama por reconhecimento.⁴⁷

Originalmente, o termo multiculturalismo designava “a coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas diferentes no seio de sociedades modernas”⁴⁸, mas é hoje também usado para descrever as diferenças culturais no âmbito transnacional e global.

O multiculturalismo como pluralismo cultural ou cosmopolitismo, busca o reconhecimento e o respeito das diversas formas de manifestação cultural nas sociedades, seja por meio de lutas políticas que buscam proteger as minorias e seus

⁴⁵ DICK, Ran, op. cit., p. 33, *apud* JOANISVAL, op.cit..

⁴⁶ SEMPRINI, Andrea. Multiculturalismo. Tradução: Laureano Pelegrin. Bauru, SP: Edusc, 1999. In: KRETZMANN, Carolina Giordani. **Multiculturalismo e diversidade cultural: comunidades Tradicionais e a proteção do patrimônio comum da Humanidade.** Dissertação de Mestrado em Direito. Caxias do Sul: UCS, 2007, p.14.

⁴⁷ KRETZMANN, Carolina Giordani. *Ibidem*, pp.9-10.

⁴⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. NUNES, João Arriscado. **Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade.** Série Reinventar a emancipação social: para novos manifestos, v. 3. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 26. In: KRETZMANN, Carolina Giordani. *Ibidem*, p.15.

direitos historicamente negados, seja como ideologia que busca uma releitura do eurocentrismo e do androcentrismo, ou, ainda, seja refutando a mercantilização da cultura – a chamada “síndrome de Benetton”.⁴⁹

O contexto de formação do Canadá marcou sua história política, fazendo com que a construção de uma verdadeira identidade canadense única fosse problemática, abrindo assim caminho para que temas conflituosos fossem constitucionalizados.⁵⁰

Antes dos anos 1970, a chamada conformidade anglo-americana tinha como característica essencial a priorização de populações brancas no processo de admissão de imigrantes, esperando que as demais culturas abandonassem suas referências específicas e se interessassem pelo idioma, pela cultura e pela ideologia britânicos.⁵¹

A “Ata da América do Norte Britânica”, por exemplo, não reconhecia distinções entre uma nação francesa e outra britânica⁵² e os povos originários eram regulados por uma lei especial (a “Lei dos Índios”), que lhes negou a cidadania até 1960, ao mesmo tempo em que o Canadá exaltava um espírito anticolonial de independência.

Esse problema de identidade somente começou a ser enfrentado após o fim da Segunda Guerra Mundial, com o surgimento do Estado de Bem-estar social que começou a consolidar alguma identidade nacional, porém não apoiada em uma comunidade política sólida, mas na centralização governamental que conferia benefícios sociais ao mesmo tempo em que continuava ignorando as reivindicações nacionalistas dos francófonos e indígenas.⁵³

⁴⁹ LOPES, Ana Maria D’Ávila. **Multiculturalismo: Conciliando Diversidade Cultural e Identidade Nacional no Canadá**. Nomos. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC.v. 1-1978-Fortaleza, Edições Universidade Federal do Ceará, Volume 27 – Jul-dez – 2007/2. pp. 332, 334.

⁵⁰ BOURQUE, Gilles. DUCHASTEL, Jules. **Multiculturalismo, pluralismo y comunidade política: el Canadá y el Quebec**. In: ELBAZ, Mikhaël. HELLY, Denise. Globalización, ciudadanía y multiculturalismo. Granada: Maristán, 2002, p. 173. In: LOPES, Ana Maria D’Ávila. *Ibidem*, p.336.

⁵¹ OLIVERAS, Jané, Neus. **El multiculturalismo**. In: Esther Mitjans y Josep M. Castellà (coord.). **Canadá. Introducción al Sistema político y jurídico**. Barcelona: Universitat de Barcelona. 2001, p. 244. In: AGUIRRE, Pablo Armando González Ulloa. **El multiculturalismo en Canadá: la redefinición de las políticas de la inclusión y sus teóricos**. NORTEAMÉRICA, Año 9, número 1, 171-206, enero-junio de 2014, p. 172.

⁵² Cf. HOGG, Peter. W. **Constitutional Law of Canada**. 4 ed. Scarborough: Carswell, 1997. In: LOPES, Ana Maria D’Ávila, *op. cit.*, p.336.

⁵³ LOPES, Ana Maria D’Ávila, *op. cit.*, p.336.

Essas tensões levaram, nos anos 1960, à discussão sobre a necessidade da criação de uma constituição canadense que contemplasse a soberania estatal e as reivindicações das minorias, sendo um momento de fortalecimento do ideal do Multiculturalismo como resposta e como marco teórico transformador do nacionalismo canadense, que teve, dentre outras repercussões, a adoção do bilinguismo no país, e à reivindicação de reconhecimento de outras minorias, como mulheres, homossexuais, idosos, etc.⁵⁴

O *Canadian Multiculturalism Act*, de 1988⁵⁵ estabeleceu a Política do Multiculturalismo no Canadá, adotando e promovendo a diversidade cultural e racial da sociedade canadense e reconhecendo a liberdade de todos os membros da sociedade canadense de preservar, aprimorar e compartilhar sua herança cultural. O *Canadian Multiculturalism Act* não apenas afirma o multiculturalismo como uma característica fundamental, mas incentiva a eliminação de barreiras à participação de indivíduos e comunidades de todas as origens nas questões políticas do país. Busca também garantir a todos os indivíduos direitos iguais, com respeito e valorização à sua diversidade, incentivando o uso dos idiomas oficiais e a inclusão social, cultural, econômica e política desses povos. Para auxiliar no fortalecimento do multiculturalismo, definiu-se que todas as instituições federais do Canadá deveriam garantir que os canadenses de todas as origens tenham a mesma oportunidade de obter emprego e promoção nessas instituições, com a promoção de políticas inclusivas e responsivas à realidade multicultural do país.

Entretanto, segundo Aguirre⁵⁶, o ideal do multiculturalismo não é compartilhado de maneira uniforme no Canadá e o Quebec tem buscado o reconhecimento de diferenças culturais por meio do interculturalismo, porque, do ponto de vista de sua comunidade, o multiculturalismo desconsidera sua condição histórica e acaba de certo modo segregando os quebequenses dos demais.

O interculturalismo tem por princípios que o francês é a língua comum nas relações interculturais, cultiva uma orientação pluralista e protetiva de direitos e busca

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ CANADA. **Canadian Multiculturalism Act. 1988**. Disponível em: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-18.7> . Último acesso em 30/01/2020.

⁵⁶ AGUIRRE, Pablo Armando Gonzáles Ulloa. op. Cit., p. 174.

manter o núcleo e vínculo social francófono, com especial ênfase na integração e interação. Para os quebequenses francófonos, não é suficiente permitir que seus filhos frequentem a escola pública sem serem discriminados, mas é preciso que possam estudar e se comunicar em francês, não apenas em inglês.

Assim, tanto o multi como o interculturalismo buscam eliminar as barreiras da diferença e integrar grupos distintos. No entanto, enquanto o multiculturalismo dá maior ênfase ao reconhecimento da diversidade pela identificação e reconhecimento da diferença, o interculturalismo se orienta pela construção de mecanismos que permitem a integração dos diferentes.⁵⁷ Ou seja, o interculturalismo permite a construção de um modelo pluralista de integração, porém com o reconhecimento da existência e legitimidade de uma maioria cultural e de uma minoria que necessita ser protegida, diferentemente do multiculturalismo que promove a identidade nacional canadense desconsiderando a existência de uma cultura majoritária.⁵⁸

Do ponto de vista crítico, por um lado há o entendimento de que todos os cidadãos são iguais perante a lei e, por outro, a ideia de que a maioria deve acomodar razoavelmente os direitos das minorias, até quando as práticas culturais se chocam com os valores essenciais para a maioria dominante.⁵⁹ Outra análise permite concluir que o multiculturalismo, mesmo estando pautado em sinceras intenções de criar um ambiente justo e inclusivo, pode levar ao efeito contrário, fomentando a desigualdade, o separatismo étnico e o tensionamentos entre os grupos, haja vista que promover a diversidade e aumentar a consciência da diferença cultural ou étnica não elimina a existência do racismo e da discriminação.⁶⁰

Apesar da aceitação do multiculturalismo não ser consensual nem uniforme no país, pesquisa estatística de opinião realizada em 2012 revelou que 71% dos canadenses sentem-se muito orgulhosos de sua identidade, sendo que os principais motivos que levaram a essa resposta positiva são, nesta ordem, (i) o caráter livre e

⁵⁷ Ibidem, p. 175.

⁵⁸ BOUCHARD, Gerard. **L'Interculturalismo Québécois**. Quebec: Boreal, 2012. In: AGUIRRE, Pablo Armando Gonzáles Ulloa, op cit., p. 180.

⁵⁹ FLERAS, Augi (ed.). **The Politics of Multiculturalism in Comparative Perspective**. Nova Iorque: Palgrave-McMillan, 2009, p. 56. In: AGUIRRE, Pablo Armando Gonzáles Ulloa, op. cit., p. 192.

⁶⁰ Berliner y Hull. In: FLERAS, Augi (ed.). **The Politics of Multiculturalism in Comparative Perspective**. Nova Iorque: Palgrave-McMillan, 2009, p. 57. In: Ibidem, p. 193.

democrático do país; (ii) o humanitarismo como valor e a preocupação com as pessoas; e (iii) o multiculturalismo (com 49% de incidência). Parte significativa dos canadenses considera que o multiculturalismo e a aceitação de imigrantes são uma grande contribuição para o mundo.⁶¹

Entretanto, por diversos motivos, o modelo multiculturalista canadense passa por um momento de crise.⁶² As manifestações de jovens de origem imigrante nas *banlieues* francesas, os atentados de 11 de setembro de 2001, a crise econômica de 2008, são eventos que pressionam os países destinatários de fluxos migratórios a repensar sua política de integração, colocando em xeque os modelos adotados até então.⁶³

A adoção de um modelo multiculturalista traz como desafio o acolhimento dos fluxos migratórios decorrentes de pobreza, catástrofes naturais, guerras ou outras calamidades, e que inserem na sociedade valores que são recorrentemente questionados pela maioria política instalada, temerosa de ceder suas convicções para os novos grupos emergentes.

6. A APROVAÇÃO DO PROJETO DE LEI 21⁶⁴, DE 2019, DO QUÉBEC, A “CLÁUSULA DO NÃO OBSTANTE”, E A RELATIVIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Por 73 votos a favor e 35 contrários⁶⁵, em 16 de junho de 2019, a Assembleia Nacional do Quebec aprovou o *Bill 21*, um projeto sobre a laicidade do Estado, que vem provocando inúmeras discussões no Canadá acerca de sua constitucionalidade.

O argumento para a aprovação do Projeto de Lei é que seu objetivo é afirmar a laicidade do Estado, baseado em quatro princípios: (1) a separação do Estado e das

⁶¹ AGUIRRE, Pablo Armando Gonzáles Ulloa, op. cit., pp. 193-194.

⁶² CAVALCANTI, Leonardo, SIMÕES, Gustavo Frota. **Assimilacionismo x Multiculturalismo: Reflexões Teóricas sobre os modelos de recepção dos imigrantes**. Esferas. Ano 2, no 3, julho a dezembro de 2013. pp 153-160, p. 159.

⁶³ Ibidem, p. 159.

⁶⁴ Disponível em:

<<http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=5&file=2019C12A.PDF>>. Último acesso em: 23/11/2019.

⁶⁵ Disponível em: <<http://www.assnat.qc.ca/en/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-21-42-1.html?appelant=MC>>. Último acesso em 23/11/2019.

religiões; (2) a neutralidade religiosa do Estado; (3) a igualdade de todos os cidadãos no tocante à liberdade de consciência; e (4) a liberdade de religião.

A lei se aplica ao parlamento, às instituições governamentais e judiciais. No entanto, não incide sobre os magistrados do Tribunal do Québec, do Tribunal de Direitos Humanos, do Tribunal de Profissões e dos tribunais municipais, pois a responsabilidade para garantir sua implementação é atribuída ao Conselho da Magistratura.

A Lei proíbe certas pessoas de usarem símbolos religiosos no exercício de suas funções públicas, não obstante não se aplicar às pessoas que já eram servidores quando ela entrou em vigor. Pela nova norma, os funcionários de um órgão devem exercer suas funções com o rosto descoberto, assim como as pessoas destinatárias de um serviço público, de modo que sua identidade possa ser verificada, por razões de segurança. Dessa maneira, a medida estabelece que o uso de lenços na cabeça, quipá, turbantes, entre outros símbolos religiosos, seja vetado, tanto pelo indivíduo prestador do serviço, como pelo cidadão usuário.

Segundo a Lei, as pessoas que não conseguem cumprir essa obrigação não podem receber o serviço público. A exceção recai nos motivos de saúde ou deficiência, ou por causa dos requisitos vinculados às suas funções ou ao desempenho de determinadas tarefas. Além disso, o projeto altera a Carta dos Direitos Humanos e Liberdades para afirmar que, no exercício das liberdades e direitos fundamentais individuais, as pessoas devem manter o respeito ao Estado laico.

A Lei produz efeitos no Québec apesar das disposições da Carta dos Direitos Humanos e Liberdades e da Constituição do Canadá de 1982 sobre liberdade religiosa, instalando uma discussão sobre a constitucionalidade da *Bill 21*. Por um lado, há quem diga que a Província não pode legislar sobre religião. Por outro lado, a própria Constituição canadense prevê uma brecha para excepcionalmente relativizar alguns direitos fundamentais, conhecida como a “cláusula do não obstante”.

Trata-se de uma cláusula constitucional contida na seção 33 da Carta Canadense de Direitos e Liberdades, que dispõe que os efeitos de uma Lei da Província podem contrariar os direitos elencados nas seções 2, 7 ou 15 da Carta, que possui *status* constitucional, desde que expressamente assim o declare.

Os direitos elencados na Seção 2 referem-se à liberdade de consciência e de religião, liberdade de pensamento, crença, opinião e expressão (incluindo liberdade de imprensa e outros meios de comunicação), liberdade de se reunir para fins pacíficos e liberdade de associação. Na seção 7, a Carta de Direitos e Liberdades dispõe sobre o direito à vida, liberdade e segurança, que só podem ser privados de acordo com os princípios de justiça. Por fim, a seção 15 preceitua sobre a igualdade, afirmando que todo indivíduo é igual perante a lei e tem direito a igual proteção e benefício igual, sem discriminação, sobretudo quando baseada em raça, origem nacional ou étnica, cor, religião, sexo, idade, condição mental ou incapacidade física. A seção 15 dispõe ainda que os programas de ação afirmativa não são considerados discriminatórios quando tiverem por objetivo a melhoria das condições de indivíduos ou grupos desfavorecidos.

A controvérsia gira em torno da liberdade religiosa e do multiculturalismo, impactando especialmente os muçulmanos, judeus e pessoas religiosas de diversas crenças. Além disso, a Lei cria duas classes distintas de servidores públicos: os que já estão no serviço e poderão manter seus hábitos e os novos entrantes, proibidos de usar adereços religiosos durante o trabalho. Muitos argumentam que essa medida intensificará a islamofobia e o antissemitismo, podendo também atingir outras minorias.

Por outro lado, os defensores da lei dizem que ela protege a laicidade do Estado, pois uma pessoa que ostente preferência por determinada religião não agiria com a imparcialidade exigida do Estado em questões de fé. Por fim, argumentam favoravelmente à lei por motivo de segurança pública, como um fator protetivo o impedimento de que as pessoas possam esconder-se por trás de véus e outras vestimentas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo histórico de criação do Estado do Canadá é bastante peculiar, o que levou à conformação de uma federação monárquica, cuja soberania plena não tem sequer quarenta anos. O Canadá até hoje compartilha certas instituições com a Grã-Bretanha, como a chefia de Estado. Considerado um povo ordeiro, respeitador das leis e das regras, de convívio pacífico, não compartilha com o mesmo vigor dos

ideais de liberdade demonstrada pelos norte-americanos desde os primórdios de seu processo de independência.

Outra característica importante decorrente do processo colonial que envolveu a ocupação do território tanto pela França como pela Inglaterra é que parte significativa da população canadense é composta por pessoas francófonas e católicas e parte por pessoas de língua inglesa e religião protestante. Assim, das dez províncias, a única cuja língua oficial é exclusivamente a francesa é o Québec. Das outras nove, sete têm a inglesa como a oficial e duas adotam oficialmente ambos os idiomas. O Québec, assim, destoa das demais províncias canadenses quanto a esse ponto.

Sob a mesma batuta do governo central para culturas tão distintas, há uma forte característica do multiculturalismo no Canadá. Reforçando esse entendimento, a Carta dos Direitos Humanos e Liberdades e da Constituição, de 1982 contém uma cláusula que permite às províncias relativizar certos direitos fundamentais, referentes à liberdade de consciência, de religião, de pensamento, de crença, de opinião e de expressão, à vida, liberdade e segurança, bem como os direitos fundamentais, concernentes ao princípio da igualdade, ou seja, que guardam relação à raça, origem nacional ou étnica, cor, religião, sexo.

Se, por um lado, a questão do multiculturalismo é um fator positivo e marcante no Canadá, por outro lado ele apresenta uma contradição. A pluralidade cultural das províncias enseja certa dose de autoafirmação, cujas diferenças são reafirmadas na cláusula do “não obstante”. Pode-se dizer que ela permite reforçar valores culturais locais em detrimento dos nacionais e assim estimular o convívio harmonioso da população local com os outros canadenses.

Por outro lado, pode-se também dizer que ela tem potencial para agravar a intolerância com relação aos diferentes, ao permitir a relativização de direitos fundamentais inscritos na constituição, e assim diminuir a proteção contramajoritária na defesa das minorias.

Ao aprovar o *Bill* 21 e proibir o uso pessoal de símbolos religiosos, o Québec pegou de surpresa não apenas muitos canadenses, mas também a comunidade internacional. Entretanto, não se pode afirmar que seja uma decisão completamente imprevisível, considerando o histórico de formação daquela província de tradição

católica e francófona e as recentes ações tomadas pela França, de proibir o uso de véus e vestimentas em locais públicos, que atingem de modo bastante incisivo a comunidade muçulmana, em particular as mulheres, muitas delas excluídas do convívio em espaços públicos, como praias e escolas, por exemplo.

A intensificação de fluxos migratórios no mundo todo – decorrentes de guerras, crises econômicas e pobreza, bem como por questões climáticas e desastres naturais – soma-se às novas agendas de debates colocados na virada do século, como o terrorismo e o choque civilizacional entre cristãos, judeus e muçulmanos.

Os ideais iluministas da modernidade, o secularismo e a pluralidade aparentam estar em permanente conflito com a intolerância, a segregação, a violência e o terrorismo. O medo e o discurso da segurança vêm ganhando força mundo afora e a resposta que se observa tem sido a construção de muros (reais, legais ou simbólicos), em detrimento do diálogo, da integração e da busca pelo consenso.

O Québec decidiu proibir certas pessoas de usarem símbolos que expressam sua fé individual em determinados espaços públicos, como resposta a esse dilema. Não há resposta pronta para esses temas, especialmente quanto às perguntas relativas a qual seria o melhor caminho a seguir; ou e se é ou não é recomendável relativizar direitos fundamentais como solução para as divergências culturais entre os diferentes povos.

No entanto, apesar de não haver soluções fáceis ou prontas, aparentemente, os quebequenses não escolheram a melhor opção, ao proibir cidadãos de serem destinatários de políticas e serviços públicos por manifestar sua fé individual e criar categorias distintas de servidores públicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIRRE, Pablo Armando Gonzáles Ulloa. **El multiculturalismo en Canadá: la redefinición de las políticas de la inclusión y sus teóricos**. NORTEAMÉRICA, Año 9, número 1, 171-206, enero-junio de 2014.

CANADA. **Canadian Multiculturalism Act**. 1988. Disponível em: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-18.7>. Acesso: 30/01/2020.

CANADA. **Constitution act, 1867 to 1982**. Ottawa: Department of Justice. Disponível em: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/>. Acesso: 24/11/2019.

CANADA. **Justin Trudeau, Prime Minister of Canada**. Disponível em: <https://pm.gc.ca/en/prime-minister-justin-trudeau>. Acesso: 24/01/2020.

CAVALCANTI, Leonardo, SIMÕES, Gustavo Frota. **Assimilacionismo x Multiculturalismo: Reflexões Teóricas sobre os modelos de recepção dos imigrantes**. Esferas. Ano 2, no 3, julho a dezembro de 2013. pp 153-160.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Estado Laico, Povo Religioso: reflexões sobre liberdade religiosa e laicidade estatal**. São Paulo: Ltr, 2015.

JOANISVAL, Brito Gonçalves. **Monarquia republicana Considerações sobre o sistema político canadense e seus princípios constitucionais**. Revista de Informação Legislativa. Brasília. a. 44 n. 174 abr./jun. 2007, pp. 129-140. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/44/174/ril_v44_n174_p129.pdf. Acesso: 23/11/2019.

KRETZMANN, Carolina Giordani. **Multiculturalismo e diversidade cultural: comunidades Tradicionais e a proteção do patrimônio comum da Humanidade.** Dissertação de Mestrado em Direito. Caxias do Sul: UCS, 2007.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Multiculturalismo: Conciliando Diversidade Cultural e Identidade Nacional no Canadá.** Nomos. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC.v. 1-1978-Fortaleza, Edições Universidade Federal do Ceará, Volume 27 – Jul-dez – 2007/2. pp. 329-340. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20433>. Acesso: 31/01/2020.

RedePRESS. **Canadá: Aprovam lei que proíbe uso de símbolos religiosos no trabalho.** Notícias, 18/06/2019. Disponível em: <https://www.redepress.com.br/noticias/2019/06/18/canada-aprovam-lei-que-proibe-uso-de-simbolos-religiosos-no-trabalho>. Acesso: 27/01/2020.

RIENDEAU, Roger. A brief history of Canada. 2ª ed. New York: Facts On File, 2007.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à liberdade religiosa.** São Paulo: Saraiva ed.2a ed. 2013.

STETTNER, SHANNON. **A Brief History of Abortion in Canada.** pp. 43-45. *In*: STETTNER, SHANNON. **Without Apology: writings on abortion in Canada.** Athabasca: Au Press. 2016. Disponível em: https://129.97.193.16/bitstream/handle/10012/11165/Stettner_2016-Without_Apology.pdf?sequence=1&isAllowed=y#page=41. Acesso: 24/01/2020.

VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Ação universalista norte-americana e o desenvolvimento do terrorismo contemporâneo.** Tese de Doutorado em Ciências Sociais. Faculdade de Ciências e Letras. Universidade Estadual Paulista. Araraquara: UNESP. 2018

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO ALEMÃ E NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: um estudo de direito comparado

*The presumption of innocence in the german constitution and in the
brazilian constitution: a comparative law study*

Gustavo Costa Couto⁶⁶

Resumo: O presente trabalho busca a comparação histórica e constitucional, passando brevemente pela legislação infraconstitucional, da disposição da presunção de inocência na Alemanha e no Brasil, com o intuito de esclarecer quais são as diferenças entre os sistemas dos dois países e o porquê dessas diferenças, sempre com o foco no instituto da presunção de inocência, abordando a jurisprudência brasileira recente sobre o tema. O trabalho pretende esclarecer as diferenças estruturais dos institutos nos dois países e o porquê de a comparação direta desse tema ser algo que não pode ser abordado de maneira leve e despretensiosa.

⁶⁶ Advogado. Pós-graduando em Direito Constitucional pelo Instituto de Direito Público (IDP). E-mail: gccoutodf@gmail.com

Palavras-chave: Presunção de inocência. Direito constitucional comparado. Constituição Alemã. Constituição Brasileira.

Abstract: The present work aims to compare, both historically and constitutionally, the presumption of innocence in Germany and Brazil while briefly addressing the infraconstitutional peculiarities of both legal systems. The main goal is to clarify the differences between both countries' jurisdictional orders and why these differences take place, along with a direct focus on the presumption of innocence and the most recent Brazilian Supreme Court's interpretation on that matter. By the end of the work, it will be possible to comprehend the structural differences between how both countries lay out the presumption of innocence, and why the direct comparison between them shouldn't be done lightly or without a more serious and thorough approach.

Keywords: *Presumption of innocence. Comparative constitutional law. German Constitution. Brazilian Constitution.*

INTRODUÇÃO

A presunção de inocência é um instituto de direito reconhecido em diversos países. Sua primeira disposição expressa remonta à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, criada por representantes do povo francês reunidos em Assembleia Nacional (BONFIM, 2010, p. 76). O art. 9º prevê que a prisão, quando indispensável, deverá ser feita sempre com proteção ao indivíduo:

“Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”⁶⁷.

Entretanto, a maneira como o instituto é adotado pelos mais diversos países não é unânime. Diferentes sistemas jurídicos são detentores de diferentes valores, e, para entender isso, um dos passos a ser adotado pelo comparatista é o de se introduzir no contexto sociocultural de cada país, de modo a compreender o porquê das disparidades entre ordenamentos jurídicos (DUTRA, 2016, p. 212).

A matéria é levada a sério há muito tempo, motivo pelo qual métodos rigorosos de pesquisa são utilizados para validar a realização de estudos comparativos entre diferentes sistemas jurídicos. Como diz Francisco Ovídio (1984, p. 167):

[O] recurso ao método apropriado para determinada fase da pesquisa livra o estudioso da embaraçosa situação sonambúlica característica dos que se afastam desse pressuposto essencial da atividade científica”. Ainda assim,

⁶⁷ Texto traduzido pela Embaixada da França no Brasil.

entende que não existe um método melhor ou pior que outro, mas sim que a “palavra de ordem na atualidade é o pluralismo metodológico.

O método histórico, cumulado com essa inserção no contexto sociocultural do país, contextualiza as premissas implícitas de cada sistema jurídico⁶⁸ (OVÍDIO, 1984. p. 175-176). Ainda que exista uma corrente doutrinária que entenda que somente o estudioso estrangeiro poderá revelar tais premissas com maior facilidade (ASCARELLI, 1945 *apud* OVÍDIO, 1984. p. 176), é inegável o fato de que se debruçar sobre o contexto histórico de um determinado país é de grande auxílio na identificação de porquês acerca das diferenças existentes entre sistemas jurídicos.

Outro método importante para a realização do presente trabalho, e que se propõe a auxiliar na análise histórica dos dois países, é o funcional. Isso porque a essência desse método é caracterizada pelo pressuposto de que somente coisas comparáveis podem ser comparadas e, no campo jurídico, isso significa aquilo que preencha a mesma função jurídica pode servir de objeto para a comparação. (ZWIGERT; KÖTZ, 1996. p. 33 *apud* CURY, 2014. p. 178)

No contexto alemão, a pesquisa histórica ficará voltada para o período pós-Primeira Guerra Mundial e para o período da Segunda Guerra Mundial, uma vez que foi ali que se formou o contexto histórico e sociocultural para a promulgação da Lei Fundamental da Alemanha, de 1949, vigente até o momento de conclusão deste trabalho. De forma breve, se adentrará na sistemática do Poder Judiciário daquele país, para se compreender a forma como as diferentes instâncias realizam seu diálogo e quando se dá o trânsito em julgado da matéria penal condenatória.

Já quanto ao contexto histórico brasileiro, é importante ressaltar, como afirmado por Tullio Ascarelli, que o estudioso nativo tem maior facilidade de revelar as premissas implícitas do sistema jurídico. Assim, a ótica jurídica brasileira sobre o tema será abordada de maneira mais horizontal e menos vertical, entendendo o caminho da presunção de inocência desde o período colonial, passando pelo primeiro momento de sua positivação no ordenamento, até o momento atual.

Por fim, será realizada uma breve abordagem acerca da maneira como a presunção de inocência foi suscitada quando do julgamento das Ações Declaratórias

de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, de modo a contribuir com o diálogo relativo à como o Direito Comparado vem sendo abordado pelo Supremo Tribunal Federal, a Corte Constitucional brasileira.

1. PERÍODO DO PÓS-PRIMEIRA E DA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL, E PÓS- SEGUNDA GUERRA – CONTEXTUALIZANDO A ALEMANHA ANTES DA LEI FUNDAMENTAL DE 1949

A Alemanha passou rapidamente de um Estado em que imperadores e príncipes eram detentores do poder para uma República após o fim da Primeira Guerra Mundial. A instauração da chamada República de Weimar, em cumulação com a crise econômica que assolava o mundo em 1929, deu espaço para que um ativista do movimento nazista ocupasse o título de chanceler do país em 30 de janeiro de 1933 (MATTOS, 2006, p. 129).

Essa época foi marcada por uma verdadeira ditadura regida por Adolf Hitler que, com fundamento na aprovação de uma “Lei Plenipotenciária”, proibiu a existência de todos os partidos, à exceção do seu, e, mediante o uso de terrorismo, crueldade e violência, realizou controle sobre as pessoas que não agradavam aos seus anseios, tão logo dando início a um programa antissemita (MATTOS, 2006, p. 129).

Foi uma época em que os judeus perderam grande parte de seus direitos cívicos e individuais, em que a dignidade humana era arbitrariamente ofendida, até se chegar a uma situação de “total ausência de direitos” (MATTOS, 2006, p. 129). Ainda insatisfeito com o domínio territorial de seu país, investiu esforços na tentativa de conquistar toda a Europa, dando início à Segunda Guerra Mundial com a invasão da Polônia em 10 de outubro de 1939.

Após muitas perdas, não só de vidas, mas também econômicas e de infraestrutura na Alemanha (a maioria das cidades se encontrava em ruínas), com o país arrasado, a rendição incondicional da Nação foi assinada em 08 de maio de 1945, oito dias após o suicídio de Adolf Hitler.

O período do pós-guerra foi marcado por domínio dos Estados Unidos da América, da França e da Inglaterra na parte ocidental da Alemanha e da União Soviética na parte oriental. Com a relutância da União Soviética em realizar cooperação com as outras nações, às primeiras três coube a responsabilidade de criar

uma Constituição para o Estado da Alemanha Ocidental, o que restou decidido em conferência realizada em Londres no dia 06 de março de 1948 (SARLET, 2019).

Isso não significa que o texto da Lei Fundamental foi imposto ao povo Alemão; apesar de ser exigida a aprovação do texto final pelas Nações envolvidas na Conferência realizada em Londres, a redação foi produzida por uma comissão de especialistas e, posteriormente, por um Conselho Parlamentar, todos constituídos por cidadãos alemães (SARLET, 2019).

Essa Lei Fundamental tinha uma intenção de transitoriedade; ou seja, o seu intuito era, ao menos quando foi criada, de servir como documento que iria vigorar até a entrada de uma nova Constituição. Já em seu preâmbulo, consta a ideia de que a Lei Fundamental foi criada para “dar à vida pública, durante um período de transição, uma nova organização”, e, em seu último artigo, consta que “Esta Lei Fundamental perderá sua vigência na data em que entrar em vigor uma Constituição que tenha sido aprovada por todo o povo alemão, em livre decisão” (FILHO, 1997, p. 112).

Toda essa contextualização histórica serve para compreender que a Lei Fundamental Alemã foi desenhada com imensa atenção aos direitos fundamentais e, especialmente, às garantias individuais, todas normas de eficácia imediata (FILHO, 1997, p. 113). O preâmbulo da Lei Fundamental deixa claro o respeito que o povo alemão tem pelas pessoas e pela busca da paz. O primeiro artigo da Lei Fundamental trata da dignidade da pessoa humana como intangível e dos direitos humanos como invioláveis e inalienáveis, aparecendo “como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo”.

Observa-se, portanto, uma Constituição que é profundamente marcada pelo seu histórico recente de crueldade e de violação da dignidade humana. Essa cicatriz é evidente quando se vislumbra a maneira intensa com que a Lei Fundamental trata os direitos humanos. Merece destaque, em contraste ao período de verdadeiro genocídio que simboliza a tragédia da Segunda Guerra Mundial, que a Lei Fundamental dispõe, em artigo específico, sobre a abolição da pena de morte.

Entretanto, em nenhum momento a Lei Fundamental Alemã aborda a presunção de inocência. Ela se limita a discorrer sobre o tratamento que deve ser dispensado aos indivíduos privados da liberdade; a exigir a ratificação, por um juiz, de toda prisão não decretada por uma autoridade judicial; e que a pessoa detida

provisoriamente deverá, “ao mais tardar no dia seguinte à detenção”, ser levada à presença de um juiz. Não dispõe, entretanto, sobre o início de cumprimento de pena condenatória ou se tal pena depende do trânsito em julgado da sentença.

2. ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO NA ALEMANHA: cumprimento de pena

Na Alemanha, o Poder Judiciário referente à justiça comum, que julga as matérias de direito penal, é composta por três instâncias: os Tribunais Estaduais, os Superiores Tribunais Estaduais, que julgam os recursos de apelação, e os Tribunais Superiores Federais (instância máxima dentro de cada estado federado), que julga os pedidos de revisão (FILHO, 1997, p. 116), além do Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCF, BGH, ou *Bundesverfassungsgericht*), responsável pelo exercício da jurisdição constitucional.

É importante notar que o recurso de apelação, no sistema jurídico alemão, admite a análise de novos elementos de fato, o que não corre no sistema brasileiro. O recurso de revisão, por outro lado, destina-se apenas ao controle jurídico, não sendo abordáveis questões de fato nesta etapa (BRITTO, 2005, p. 25).

No âmbito penal, os recursos de apelação e de revisão, interpostos perante os Superiores Tribunais Estaduais e aos Tribunais Superiores Federais, respectivamente, possuem efeito suspensivo (FRISCHEISEN, et. al., 2016). A reclamação e a revisão criminal, entretanto, não possuem natureza recursal e, conseqüentemente, não são capazes, por si só, de suspenderem a execução da sentença penal condenatória.

Isso é dizer: o trânsito em julgado na Alemanha ocorre, efetivamente, na terceira instância, com a interposição de recurso de revisão ao Tribunal Superior Federal; dali em diante, são cabíveis as ações de reclamação e de revisão criminal, comparáveis ao recurso extraordinário brasileiro, mas que não são capazes de impedir a execução sentença penal condenatória.

3. CONTEXTO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO BRASIL, DESDE O PERÍODO COLONIAL

O período colonial, que vigeu de 1500 até 1822, foi marcado por absoluta ausência da presunção de inocência. O órgão acusador e o órgão julgador se confundiam em uma só figura: a do Juiz Inquisidor. A prisão preventiva, àquela época, era a regra, de modo que a liberdade se tornava uma exceção. O interrogatório investigativo tinha a finalidade tão somente de atingir a confissão do réu, não importando os meios, sendo permitidas torturas e crueldades para atingir esse fim. O pressuposto era o ser humano como fonte do mal e inimigo do Estado (1500 - 1822) (LIMA, 2016).

O período imperial iniciou um tímido movimento de aproximação às regras e instituições, com regulamentação da vida pessoal. Assim, com a Constituição de 1824, tornou-se regra a impossibilidade de decretação de prisão sem a devida formação de culpa - ainda assim, não havia, devidamente, separação das funções de julgador e acusador. Nessa época, surgiu o *habeas corpus*, foram proibidas torturas e crueldades nos interrogatórios, mas a ideia de que o réu era inimigo da Coroa permaneceu nos costumes forenses (até 1889, instituição da República).

Com a Constituição de 1891, alguns avanços legais passaram a tomar forma. O art. 72 iniciava as disposições da Seção II do Título IV, seção essa cujo nome designado foi o de "Declarações de Direitos", e previa a restrição de liberdade de uma maneira um pouco mais cautelosa do que havia sido praticada nos anos anteriores. Desde esse momento, já é possível observar como a ausência da presunção de inocência nos costumes da época deu ensejo a transformações legais que visavam abrandar esse trauma.

O §13 do dispositivo menciona que "(à) exceção do flagrante delito, a prisão não poderá executar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente" (BRASIL, 1891), o que difere muito da prática de torturas e crueldades praticadas com o fito de se alcançar não necessariamente a verdade, mas uma confissão forçada do indivíduo submetido a essas práticas.

O §14 vai além, estabelecendo a inocência do acusado de forma presumida, a qual somente poderia ser afastada com a formação de culpa. Não havia, entretanto,

elementos que orientassem, objetivamente, a maneira como essa culpa era formada, de modo que as práticas e os costumes ainda não permitiam a afirmação de que a presunção de inocência vigorava de maneira eficaz no país (BRASIL, 1891).

Com o advento do Regime Militar, a presunção de inocência não teve qualquer tipo de avanço. Prisões eram realizadas contra adversários do regime, com cassação de mandatos e afastamentos de cargos públicos. Foi uma época em que o Brasil perdeu seu caráter democrático e assumiu uma postura ditatorial.

É curioso que até mesmo as alterações legislativas da época buscavam apagar do ordenamento jurídico alguns rastros da presunção de inocência. A reforma do CPP de 1967 suprimiu uma parte do texto do art. 311, que previa que a prisão preventiva somente seria decretada com prova da existência do crime e de indícios suficientes de autoria. Antes dessa reforma, assim dispunha o dispositivo:

Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria. (BRASIL, 1941)

A partir da reforma, com o advento da Lei nº 5.349, de 3 de novembro de 1967, o art. 311 assim passou a dispor o texto de forma idêntica, tão somente recolhendo a última frase do dispositivo:

Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial” (BRASIL, 1967).

Essa alteração é um mero exemplo; muitos outros dispositivos permitiam a prisão discricionária.

A ausência de presunção de inocência no Brasil é, portanto, uma grande cicatriz na história do país. Diante da arbitrariedade com a qual inúmeros cargos eram cassados e indivíduos tinham a sua liberdade restringida de modo discricionário, a sociedade necessitava de uma atenção especial a essa matéria com a redemocratização do país, em 1988.

É nítido o paralelo com a situação Alemã: no caso do país europeu, a Lei Fundamental deu extrema atenção à dignidade da pessoa humana e aos direitos

humanos, os quais foram intensamente desrespeitados na época da Segunda Guerra Mundial. O Brasil, por outro lado, marcado não só por toda a história do período colonial e posterior, mas principalmente pelos eventos recentes da Ditadura Militar, exigia uma atenção especial à presunção de inocência, uma vez que a liberdade era tolhida dos indivíduos de modo absolutamente arbitrário, apenas por seguirem ideais diferentes.

Dessa forma, com a Constituição de 1988, os constituintes fizeram questão de positivizar a presunção de inocência como base estrutural do processo penal, de modo que a liberdade do indivíduo fosse protegida contra o abuso de poder do Estado, conforme previsto em seu art. 5º, inciso LVII.

Expostas essas diferenças do contexto histórico alemão e do contexto histórico brasileiro, que permitem a observação da diferença do valor da presunção de inocência em cada um dos países, é interessante que, por fim, se faça breve exame de como essa comparação foi realizada quando do julgamento das ADC's 43, 44 e 54 pelo Supremo Tribunal Federal, e como a atividade jurisdicional do Tribunal difere, ou não, do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

4. O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO

A título de contextualização das diferenças entre o Tribunal Constitucional Federal Alemão e o Supremo Tribunal Federal, com o fito de auxiliar em uma eventual fomentação do debate da comparação entre as decisões das duas instituições sobre a matéria em debate, é importante que se façam breves anotações acerca do funcionamento daquele primeiro, antes de se debruçar sobre a recente decisão do segundo, nas ADC's 43, 44 e 54.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCF) vai além de uma instituição do Poder Judiciário responsável pela interpretação da Lei Fundamental. Lá, impera tão somente o controle concentrado de constitucionalidade, não existindo o controle difuso, praticado no Brasil.

Isso significa que a interpretação acerca da compatibilidade de um dispositivo infraconstitucional com a Lei Fundamental Alemã é realizada tão somente pelo TCA,

não cabendo aos outros juízes decidir pela inaplicabilidade de uma norma em virtude de sua incompatibilidade com a Constituição.

Detendo essa importância, há uma ideia de que o tribunal assume uma posição de “órgão constitucional”, no sentido de que as decisões do TCA vão acrescentando interpretações e aplicações de normas constitucionais por meio de suas decisões jurisdicionais (MARTINS, 2016, p. 23).

Além disso, lá também existe um debate da “transferência do ônus da decisão eminentemente política para a esfera da competência do tribunal, como forma de “compensação de déficits de decisões parlamentares pelo TCF” (SCHLAICH, et. al., *apud* MARTINS, 2016, p. 26), em que o TCF, por vezes, extrapola sua função constitucional, nem sempre por ato volitivo seu, para invadir a esfera do legislador de uma forma positiva (MARTINS, 2016, p. 26).

A situação fática do contexto político-social do TCF na Alemanha, portanto, não está tão distante da realidade vivida pela sociedade brasileira em relação ao Supremo Tribunal Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS E COMPARAÇÃO DO BRASIL COM A ALEMANHA NO JULGAMENTO DAS ADC’S 43, 44 E 54 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Brasil vive um momento de intenso debate sobre a presunção de inocência. Com o advento das autodenominadas “forças-tarefa” e de operações como a Lava-Jato, inúmeros esquemas de corrupção vêm sendo trazidos à tona, com uma forte presença da mídia ocupando este espaço e trazendo informações verdadeiras ou não, providas ou não de juízo de valor, sobre a questão da execução de pena somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conforme é previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, e no art. 283 do atual Código de Processo Penal.

Isso fez com que uma parcela considerável da comunidade brasileira, com intensa atuação de juristas, realizasse uma espécie de movimento contra as manifestações a favor do cumprimento da sentença penal condenatória após o julgamento em segunda instância, principalmente em razão da maneira como a

sociedade brasileira vinha expondo suas manifestações acerca do princípio da presunção de inocência.

Isso deu ensejo ao ajuizamento das ADC's 43, 44 e 54, cujo pedido final é a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, que prevê expressamente que a sentença penal condenatória somente será executada a partir de seu trânsito em julgado (salvo, é lógico, pelas hipóteses de prisão em flagrante, temporária ou preventiva).

O primeiro momento de invocação, pela Corte Brasileira, da forma como o instituto é tratado na Alemanha, se deu durante a decisão da Medida Cautelar na ADC nº 43. Naquela hipótese, o Ministro Edson Fachin, ratificando seu voto no HC nº 126.292, manifesta-se no sentido de que o país europeu deixa de prever o efeito suspensivo a alguns recursos, para concluir que os recursos análogos ao Recursos Especial e Extraordinário brasileiros não são detentores desse efeito.

Como se sabe, realmente é assim que ocorre na Alemanha, porque a reclamação e a revisão criminal não possuem natureza recursal, mas sim de ação, motivo pelo qual o trânsito em julgado ocorre antes do processo chegar ao Tribunal Constitucional Federal Alemão.

Entretanto, essa fundamentação foi utilizada para defender a possibilidade de mitigação da presunção de inocência em relação à forma em que ela se encontra exposta no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, e no art. 283, *caput*, do CPP, sem, contudo, realizar a sua imersão no contexto histórico da Alemanha ou, ainda, na organização do Poder Judiciário alemão, e sem observar a sistemática do ordenamento jurídico germânico.

Ressalte-se que o Ministro Celso de Mello, em seu voto, também na Medida Cautelar da ADC nº 43, entendeu ser inadequada a comparação da experiência registrada em países tais quais os Estados Unidos da América, a França, a Alemanha, a Inglaterra ou a Espanha, porque as Constituições desses Estados democráticos não possuem a previsão expressa de que o cumprimento da sentença penal condenatória deverá aguardar o trânsito em julgado, ou seja, não possuem a mesma disposição da Constituição da República Federativa do Brasil.

Esse corte pode ser compreendido até mesmo como um corte funcional, em que o Ministro Celso de Mello, de certa forma, observa que a presunção de inocência,

no Brasil, funciona de modo que ela se estende até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, função essa não prevista para o instituto em outros países.

Apesar de ambos os Ministros Edson Fachin e Celso de Mello se manifestarem no sentido de que a pena se executa antes do trânsito em julgado da matéria penal nos tribunais alemães, e isto não ser uma verdade, ainda assim é possível que se compreenda o seu raciocínio: os Ministros buscam veicular a ideia de que a execução da sentença penal condenatória na Alemanha se dá antes de que a ação penal alcance a instância do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

Entretanto, a análise do contexto histórico e sociocultural de ambos os países permite que o comparatista tenha uma visão mais ampla das diferenças entre os valores que ambos os países dão à presunção de inocência.

O Brasil, por ter grande parte de sua história marcada por arbitrariedades, como privação de liberdade e prisões indevidamente decretadas, dá grande valor a esse instituto em sua Constituição, prevendo a execução da pena somente após a interposição do último recurso cabível contra a sentença penal.

A Alemanha, como visto, se encontrava em uma grande dívida com a humanidade, motivo pelo qual sua Lei Fundamental é centrada na ideia da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos, abolindo, inclusive, por completo a pena de morte (que ainda é aplicável pelo ordenamento jurídico brasileiro a crimes de guerra).

Até o momento da elaboração do presente artigo, o acórdão relativo ao julgamento das ADC's 43, 44 e 54 não havia sido publicado, mas foram julgadas procedentes para declarar a constitucionalidade do art. 283 do CPP, evitando, assim, o cumprimento da sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado.

Dos votos que foram divulgados (Mins. Marco Aurélio de Mello, Edson Fachin, Celso de Mello, e Alexandre de Moraes) após o julgamento da Medida Cautelar na ADC nº 43, nenhum mencionou a Alemanha.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial [da] União**. Rio de Janeiro, RJ, 24 fev. 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 12 dez. 2019.
- _____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] União**. Rio de Janeiro, RJ, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 12 dez. 2019.
- _____. Lei nº 5.349, de 3 de novembro de 1967. Dá nova redação ao Capítulo III do Título IX do Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] União**. Brasília, DF, 7 nov. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L5349.htm. Acesso em: 12 dez. 2019.
- BRITTO, Valteir Marcos de. **Sistemas de justiça criminal: Brasil e Alemanha**. Rio de Janeiro: UCAM, 2005.
- CURY, Paula Maria Nasser. **Métodos de Direito Comparado: desenvolvimento ao longo do século XX e perspectivas contemporâneas**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), Unisinos. 6(2), jul/set. 2014, p. 176-185.
- DUTRA, Deo Campos. **Método em direito comparado**. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 61, n. 3, set./dez. 2016, p. 189-212.
- FILHO, Marcílio Toscano Franca. **A Alemanha e o Estado de Direito**. Revista de informação legislativa, Brasília, vol. 34, n. 133, jan./mar. 1997, p. 109-119. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/200>.
- FRIESCHEISEN, Luiza Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. **Execução provisória da pena: panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiros**. 2016. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/eventos/encontros-tematicos-e-outros-eventos/outros-eventos/docs/execucao-da-pena/3_execucao_provisoria_da_pena_versao_final_corrigido2.pdf. Acesso em: 11 dez. 2019.
- LIMA, Ricardo Juvenal. **A evolução histórica do princípio da presunção de inocência no processo penal brasileiro**. 2016. 106 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.
- MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais**. Vol. 1. São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung – KAS, 2016.
- MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. **A realidade constitucional da República Federal da Alemanha**. Revista de informação legislativa, Brasília, vol. 43, n. 169,

jan./mar. 2006, p. 127-142. Disponível em:
<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/92296>.

OVÍDIO, Francisco. **Aspectos do Direito Comparado**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 79, 161-180. Recuperado de <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67009>.

SARLET, Ingo. **A Lei Fundamental da Alemanha aos 70 anos – vale apenas comemorar**. Revista Consultor Jurídico, mai. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-31/direitos-fundamentais-lei-fundamental-alemanha-aos-70-anos-vale-apenas-comemorar>. Acesso em 11 dez. 2019.

idp

CAPÍTULO 3:
DIREITO À SAÚDE
E À CULTURA



A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE SOB AS PERSPECTIVAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE DA ÁFRICA DO SUL

Effectiveness of the right to health under Brazilian and South African Supreme Courts perspectives

Laís Azevedo Barreto Marques¹

Resumo: Este trabalho pretende analisar a jurisprudência constitucional sobre a efetivação do direito à saúde, em perspectiva comparada, especificamente para traçar paralelo entre a decisão monocrática proferida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski, que deferiu a cautela requerida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.595, do Distrito Federal; e o julgamento do emblemático caso “*Soobramoney vs. Minister of Health, KwaZulu-Natal*”, pela Suprema Corte da África do Sul. Trata-se de casos que versam sobre a necessária prestação positiva do Estado, mesmo diante da ausência de recursos financeiros para tanto.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Normas Constitucionais Programáticas. Estado Democrático de Direito. Direito à Saúde. Efetivação.

Abstract: *This paper aims to analyze the constitutional jurisprudence on the implementation of the right to health, in comparative perspective, specifically to draw the parallel between the monocratic decision that granted the precautionary measure required in the Federal District Direct Action of Unconstitutionality Number 5.595 and the judgment of the emblematic case named “Soobramoney Vs. Minister of Health, KwaZulu-Natal,” tried by the Supreme Court of South Africa.*

Keywords: *Fundamental Rights. Programmatic Constitutional Norms. Democratic State. Right to Health. Implementation.*

¹ Pós-graduanda em Direito Constitucional pelo Instituto de Direito Público. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Advogada em São Paulo.

INTRODUÇÃO

Direitos custam dinheiro. Esse fato é de necessária observância pela gestão pública quando da prestação positiva das garantias constitucionais nos casos concretos apresentados.

Não raramente, a problemática da inefetividade dos direitos constitucionalmente previstos decorre da escassez de recursos financeiros, bem como da ausência de gestão governamental nas escolhas políticas relativas ao orçamento.

Especialmente em países em desenvolvimento, é comum observar a inefetividade de certas normas constitucionais, notadamente daquelas que demandam a prestação material do Estado, pela ausência de verba para tanto. É recorrente a postergação da concretização dessas normas, tudo pela justificativa da escassez de recursos estatais.

Ou seja, diante da limitação de orçamento, ocorre a dificuldade de direcionar os recursos à efetivação das normas constitucionais programáticas, tanto pela própria ausência de verba, quanto pelos atos de gestão pública, já que, muitas vezes, deixam de direcionar a verba orçamentária para tanto.

O Poder Judiciário, por sua vez, convive com a constante demanda de solucionar a ineficiência da Administração Pública no oferecimento de serviços públicos voltados à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. Infelizmente, a judicialização da prestação estatal é realidade diária, ante a escassez de recursos para suprir as necessidades públicas.

Daí surge a grande e sempre atual discussão sobre a dicotomia entre a irreduzibilidade dos direitos fundamentais e a limitação de verba do Estado para efetivá-los. Sabe-se que é um debate intenso, galgado pelos fundamentos do direito público.

Nessa discussão, grande parte da doutrina sustenta que a população tem – e deve ter – “direito a ter direitos”. Nessa discussão, é de extrema importância a invocação do princípio da vedação ao retrocesso.

Contudo, consoante se verifica a seguir, o grande desafio do Poder Judiciário, ante a demanda pela garantia de direitos constitucionalmente previstos em situações de escassez de recursos, consiste na escolha dos parâmetros constitucionais adequados para tanto.

Exatamente sob esta ótica é que o presente trabalho pretende analisar a judicialização dos direitos fundamentais ante a ausência de prestação positiva do estado, especificamente do direito à saúde.

Para tanto, este trabalho busca traçar paralelo entre a recente decisão monocrática proferida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, que deferiu a cautela requerida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.595 do Distrito Federal e o julgamento do emblemático caso “*Soobramoney vs. Minister of Health, KwaZulu-Natal*”, pela Suprema Corte da África do Sul, casos que versam sobre a necessária prestação positiva do Estado, mesmo diante da ausência de recursos financeiros para tanto.

O tópico 2 a seguir trata das normas constitucionais programáticas, bem como da sua falta de efetivação nos países em desenvolvimento. No tópico 3, são expostos alguns aspectos sobre a dicotomia entre a reserva do possível e o mínimo existencial. Isso porque, como se verifica ao longo do presente trabalho, trata-se de discussão citada na maioria das decisões das supremas cortes quanto à efetivação do direito à saúde.

O tópico 4 destina-se à decisão monocrática do Ministro Lewandowski, que deferiu o pedido de medida cautelar formulado nos autos da ADI n.º 5.595, para que houvesse a suspensão da eficácia de artigos da Emenda Constitucional 86/2015, que ameaçam o direcionamento do orçamento público com gastos de saúde. Essa decisão é de extrema relevância para a discussão sobre a efetivação do direito à saúde no País.

Já o tópico 5 trata do emblemático caso “*Soobramoney vs. Minister of Health KwaZulu-Natal*”, julgado pela Suprema Corte da África do Sul, que tratou da supressão do direito à saúde, exatamente pela insuficiência de orçamento do Estado Africano para custear referida política pública.

Tem-se, portanto, dois paradigmas que possuem como ponto central a efetivação do direito à saúde, ambos norteados pela discussão sobre a necessidade de prestação positiva do Estado em meio ao *déficit* do orçamento público para tanto.

1. A FALTA DE EFETIVAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS NOS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO

Sem adentrar na discussão sobre a eficácia social das normas constitucionais que garantem o direito à saúde, nem tampouco na análise sobre a sua eficácia jurídica, importante tratar, mesmo que brevemente, da efetividade dessas normas.

Luís Roberto Barroso (2016 p. 177) afirma ser referida efetividade “[...] a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social, no sentido da materialização, no mundo dos fatos [...].”

Para que as normas constitucionais possuam efetividade, portanto, devem ser possíveis de serem realizadas no mundo concreto. Isto é, devem ser capazes de produzir seus efeitos no plano material.

Nesse sentido, cabe tratar das normas constitucionais programáticas, que dependem de prestação positiva do Estado para que possuam efetividade no mundo concreto:

[...] as normas programáticas configuram-se como regras constitucionais que buscam conciliar interesses de grupos políticos e sociais antagônicos, apresentando conteúdo econômico-social e função eficaz de programa, obrigando os órgãos públicos, mediante a determinação das diretrizes que estes devem cumprir. (PIMENTA, 1999, p. 173).

As normas constitucionais programáticas representam a fórmula aceitável para o reconhecimento dos direitos constitucionalmente previstos, mas que dependem da atuação estatal para serem efetivados.

Além disso, vale dizer que “[...] em qualquer situação, as normas programáticas geram direito subjetivo.” (PIMENTA, 1999, p. 175). Referidas normas vigoram no texto constitucional, garantindo os direitos dos cidadãos, bem como da coletividade, mesmo que dependam da atuação governamental para serem devidamente concretizada nas situações reais.

Passa, então, a existir o direito à prestação fática, que consiste no “[...] direito de exigir do Estado a adoção de providências materiais, ou seja, de prestações efetivas, através de diversos meios.” (ALEXY, 1988, p. 174).

Em se tratando da Constituição Federal brasileira, são incontáveis as normas constitucionais programáticas que nela existem. De modo breve, também sem adentrar na discussão sobre as gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, vale dizer que

especialmente os direitos sociais são representados no texto constitucional brasileiro por normas programáticas.

Isso porque os direitos sociais requerem a prestação positiva do Estado. É inviável efetivá-los sem que haja o devido planejamento e financiamento da concretização destas garantias. Afinal, os direitos custam dinheiro.

No entanto, como já mencionado, é extremamente comum a falta de efetivação dos direitos previstos nas normas constitucionais programáticas, em decorrência tanto da inviabilidade orçamentária, bem como da inexistência de planejamento governamental para tanto. Essa problemática é constantemente tratada pela mais especializada doutrina:

[...] As normas programáticas impõem um dever político ao órgão com competência para satisfazer o seu comando, condicionam a atividade discricionária dos aplicadores do direito, servindo de norte teleológico para a atividade de interpretação e aplicação do direito. (MENDES; BRANCO, 2012. P. 106)

Contudo, a ausência de prestação positiva do Estado é ainda mais frequente em países que se encontram em desenvolvimento. Antes de tratar da postergação da efetivação dessas normas, todavia, cabe desde já mencionar que “[...] a objeção de que os direitos sociais estão submetidos a contingências financeiras não impede que se considere que a cláusula pétrea alcança a eficácia mínima desses direitos.” (MENDES, BRANCO. 2012, p. 172).

A Constituição Federal de 1988 é conhecida como a constituição cidadã por elencar, de forma extensiva, inúmeros direitos fundamentais e sociais. Os longos períodos de repressão do governo militar implicaram na necessidade dos constituintes em positivar inúmeras garantias constitucionais basilares da democracia.

Dentre referidos direitos, destaca-se o direito à saúde, consagrado na Carta Magna pelo art. 6º e pelos arts. 196 e ss., diretamente relacionado ao direito à vida e à dignidade humana.

Além de garantir o direito à saúde, o texto constitucional impõe a conduta ativa do Estado para proporcionar a implementação de políticas públicas. Porém, apesar da determinação constitucional, pairam diversas discussões quanto à prevalência desse direito em relação aos demais direitos fundamentais positivados.

Nessa toada, merece destaque o questionamento a respeito do limite da prestação reclamada do particular perante o Estado. Cuida-se de saber se os poderes públicos são

devedores de um atendimento global, no qual toda e qualquer prestação na área da saúde depende deles, bem como se devem tomar todas as medidas necessárias para solucionar os casos concretos. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 672).

Infelizmente, especialmente nos países em desenvolvimento, não se verifica a prestação estatal em garantia ao exercício do direito à saúde. Muitas vezes ocorre a efetivação parcial desse direito, mas raras as vezes ele é garantido nos moldes do texto constitucional.

Sabe-se que, apesar de assegurado de modo geral e de modo específico pela legislação infra e também constitucional, o direito à saúde convive com a constante impossibilidade de acesso da população aos programas do Governo.

O SUS, por exemplo, é sistema superlotado, que não suporta a totalidade dos serviços solicitados pelos cidadãos. Esse é apenas um exemplo das diversas omissões na atuação da gestão pública, sempre justificadas pela “ausência de recurso de prover serviços de saúde a todos”.

Daí surge a necessidade de se adentrar na discussão sobre o que se entende pela reserva do possível e o mínimo existencial. Trata-se do constante diálogo quanto ao que o Estado pode e deve fazer para efetivar os direitos fundamentais, em especial o direito à saúde. Aliás, trata-se da discussão sobre a forma de gestão orçamentária que o Estado promove para que possa, ou não, agir em prol da efetivação dos direitos.

2. O DEBATE ENTRE A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

Como visto, ao se falar na efetivação e na implementação de determinados direitos, necessário ter em mente que tais ações são usualmente onerosas. Para que ocorram, impõe-se ao Poder Público, ou melhor, exige-se dele prestações estatais positivas concretizadoras de prerrogativas individuais e/ou coletivas.

Aliás, para que os direitos constitucionalmente previstos sejam efetivados e implementados, deve existir o inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado.

Ocorre que em muitos casos, desde que comprovada objetivamente a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, não se poderá exigir da Administração

a ação realizadora de direitos previstos constitucionalmente, o que implica na limitação material da efetivação do comando previsto na Carta Política.

Não se mostra lícito, contudo, ao Estado, criar obstáculo que se revele arbitrário e censurável propósito de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Isso quer dizer que a cláusula da reserva do possível não deve ser invocada pelo Poder Público com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais. No entanto, há casos de justificado motivo, em que referida cláusula acaba por ser aplicada ao caso concreto.

Nessas situações, que, vale dizer, são recorrentes, implanta-se o diálogo sobre os limites para a invocação da cláusula da reserva do possível e da cláusula do mínimo existencial. Trata-se do usual impasse entre a efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos e a previsão orçamentária estatal em estado limítrofe.

A cláusula da reserva do possível trata de aspectos de ordem econômica, no plano jurídico e social. Sustenta a adequação dos anseios sociais com os limites orçamentários, criando barreiras à efetivação dos direitos constitucionais, por condicioná-los aos recursos estatais disponíveis, inviabilizando sua integral concretização. Nessa linha:

[...] há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Em suma: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo. (BARCELLOS, 2002, p. 232).

Reitera-se existirem direitos fundamentais que demandam prestações ativas do Estado. Eles implicam em altos custos aos cofres públicos, partindo do pressuposto básico de que a ausência de recursos inviabiliza a concretização das políticas de prestação de serviços sociais. Em complemento:

[...] uma primeira análise a ser feita a respeito da reserva do possível é a partir da dimensão do custo. Na medida em que os direitos fundamentais implicam a realização de despesas por parte do Estado para se tornarem efetivos, esta dimensão de despesa passaria a fazer parte do próprio conceito de direito, de modo que diante da escassez de recursos disponíveis, não haveria que se falar em direito a ser defendido. A escassez de recursos seria elemento a inviabilizar o próprio reconhecimento do direito subjetivo a prestações sociais. (OLSEN, 2006, p. 194).

Em razão de muitas vezes serem insuficientes as verbas orçamentárias para arcar com a efetivação plena dos direitos constitucionalmente previstos, o Estado tende por concretizar, por intermédio de políticas públicas, prioritariamente os direitos entendidos como emergenciais.

Essa faculdade é exercida por meio do poder discricionário da Administração Pública, destinando receita e estabelecendo prioridades de acordo com a possibilidade e a oportunidade, atuando nos limites das diretrizes da Constituição Federal e do interesse público.

A cláusula da reserva do possível, portanto, traduz a impossibilidade de garantir homogeneamente os direitos constitucionais à toda a população, ante a escassez recursal e o excesso de normas programáticas. Assim, é possível pensar que a concretização dos direitos submete-se às alocações de recursos, pautados na previsão orçamentária e nos critérios do Governo.

Contudo, ao condicionar a efetividade dos direitos fundamentais aos recursos disponíveis, bem como à discricionariedade do administrador, tem-se um cenário de intensa insegurança jurídica. Neste sentido:

[...] Condicionar a efetivação dos direitos fundamentais sociais unicamente à existência ou não de recursos disponíveis e, conseqüentemente, à decisão do administrador causa uma grande insegurança jurídica, razão pela qual as escolhas realizadas por este devem ser sempre precedidas de uma análise cautelosa do caso concreto, visando sempre a melhor decisão possível para o conflito de interesses. (SOUZA, 2013, p. 210).

É evidente a influência que tem o cenário econômico e a agenda orçamentária do Governo na definição da cláusula reserva do possível. Ela estabelece a prevalência do orçamento estatal em relação aos direitos fundamentais, entendendo que a ausência de recurso tornaria impossível a concretização do direito positivado.

Ocorre que, como bem exposto ao longo do presente trabalho, é imprescindível a prestação positiva do Poder Público para a concretização – mesmo que mínima – dos direitos previstos nas normas programáticas. Não cabe a mera alegação de insuficiência de recursos, já que a invocação da cláusula da reserva do possível não pode comprometer os insumos indispensáveis à dignidade da pessoa humana.

Exatamente nesse sentido que se mostram relevantes os princípios contidos na cláusula do mínimo existencial. Trata-se de teoria implícita principalmente no art. 3º, III da Constituição Federal, bem como no art. 1º da Lei n. 8.742 e no art. 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 19487.

Referida cláusula defende veemente a proteção do núcleo essencial ensejador da dignidade humana. Garante a satisfação das necessidades materiais básicas dos cidadãos, especialmente da parcela que não possui meios de manter-se, oferecendo custódia jurídica-constitucional.

Entre ambas as cláusulas existe grande embate. Primeiramente, não se desconhece que a Constituição Federal, em seu art. 37, § 6º, consagrou o princípio da responsabilidade civil objetiva do Estado. Deve ele agir em observância ao texto constitucional. Por outro lado, é cediço que para que atue, ele precisa despender recursos do seu cofre público.

Há quem defenda que para proporcionar a dignidade da pessoa, o mínimo existencial deve constituir a prática completa do direito fundamental e não um conjunto de prestações suficientes apenas para assegurar a existência (a garantia da vida) humana. Deve -se assegurar uma vida com dignidade, no sentido de vida saudável. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017).

Ou seja, o Poder Público deve agir – e isto inclui planejar o destino do orçamento anual – de modo a executar os ditames constitucionais. Os estados têm que repassar a verba necessária ao funcionamento do Sistema Único de Saúde local, por exemplo.

Ocorre que, ainda no diálogo entre as cláusulas da reserva do possível e do mínimo existencial, há de se destacar que as necessidades humanas são variáveis. Tem-se a maior das problemáticas: diante da multiplicidade de casos concretos, torna-se automática a judicialização dos direitos. Neste caso, a judicialização da saúde.

[...] o mínimo existencial implica, desde logo, o respeito a uma dimensão prestacional mínima dos direitos sociais. O definir desse mínimo não é tarefa fácil. O que se afirma, porém, é que para a observância deste mínimo (que haverá de ser definido por meio da disputabilidade processual), pode o cidadão recorrer, desde logo, ao Poder Judiciário, estando o Judiciário, do ponto de vista constitucional, autorizado a decidir a respeito. É evidente que os direitos fundamentais não são absolutos, razão pela qual o juiz haverá sempre de proceder a ponderação dos bens constitucionais, princípios e direitos em jogo, para melhor decidir a questão. (CLÈVE, 2003, p. 27)

Daí surge o ponto central do presente estudo. Procura-se, aqui, verificar de que modo se dá a efetivação do direito à saúde pelo poder Judiciário em meio à diversidade de situações no plano material.

Tendo em vista que há excesso nas normas programáticas e os estados convivem com a escassez dos cofres públicos, bem como com leis que determinam o repasse de verba a diferentes setores de gestão, torna-se impossível a efetivação dos múltiplos direitos e garantias, cenário que é comumente justificado pela cláusula da reserva do possível.

Por isso, quando mostrar-se justificada e evidente a insuficiência de orçamento, as demandas sociais pela prestação de assistência, especialmente pelos serviços de saúde, devem ser analisadas e/ ou realizadas após o estudo do caso concreto. É inviável, contudo, a supressão da dignidade da pessoa humana, bem como a prevalência dos aspectos econômicos sobre o plano social. Nesta toada:

[...] O conceito de mínimo existencial, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos, vê combalida sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ente perdido num cipoal das contingências, que fica à mercê das forças terríveis do destino.(CLÈVE, 2003, p. 27).

Ainda neste contexto, é válido afirmar que “[...] em situações de escassez de recursos para capacitar a efetivação dos direitos fundamentais, em especial o direito à saúde, deverá ser grande o compromisso do Estado com a observância às garantias”. (PINTO, 2019).

In verbis:

[...] Quanto maior a escassez de recursos, maior há de ser o compromisso da sua aplicação legítima em orçamentos públicos aderentes à Constituição e aos direitos fundamentais: eis o legado desse precedente e o correlato desafio para controle judicial, sobretudo, quando demandado a assegurar a eficácia dos direitos à educação e à saúde. (PINTO, 2019).

A consequência prática da redução do orçamento público para o equilíbrio das contas públicas é a evidente diminuição da disponibilidade de custeio dos direitos fundamentais, com o adiamento do cumprimento das obrigações de fazer definidas em lei e na própria Constituição.

Diante do debate entre as cláusulas da reserva do possível e do mínimo existencial, admitir-se-á a redução nos gastos com políticas públicas de saúde unicamente quando a insuficiência de recursos for extrema e justificada.

Além disso, quando forem levados os casos concretos ao Poder Judiciário, deverá ele observar as particularidades de cada situação, sempre em atenção ao texto constitucional. É indispensável o compromisso do Poder Público com a observância às garantias.

3. A RECENTE CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR NA ADI N° 5.595 E O RECONHECIMENTO DA NECESSIDADE DE OBEDIÊNCIA AOS IMPERATIVOS DE TUTELA QUE AMPARAM O DIREITO À SAÚDE

A atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais, especialmente do direito à saúde, é crescente. Diante da vultuosa demanda popular pela implementação de políticas públicas e, mais ainda, diante da recorrente omissão Estatal quanto à concretização das normas constitucionais programáticas, verificam-se diversas decisões judiciais deliberativas quanto às garantias dos cidadãos.

Utiliza-se no presente trabalho, como base de análise da atuação judicial na efetivação do direito à saúde, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 5.595, proposta pelo Procurador-Geral da República, em face dos artigos 2º e 3º da Emenda Constitucional 86/2015.

Referida Emenda Constitucional pretende alterar os artigos 165, 166 e 198 da Constituição Federal, para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica. Inicialmente, necessário mencionar os dispositivos impugnados na ADI n° 5.595, que possuem a seguinte redação:

Art. 2º O disposto no inciso I do § 2º do art. 198 da Constituição Federal será cumprido progressivamente, garantidos, no mínimo:

I - 13,2% (treze inteiros e dois décimos por cento) da receita corrente líquida no primeiro exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;

II - 13,7% (treze inteiros e sete décimos por cento) da receita corrente líquida no segundo exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;

III - 14,1% (quatorze inteiros e um décimo por cento) da receita corrente líquida no terceiro exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;

IV - 14,5% (quatorze inteiros e cinco décimos por cento) da receita corrente líquida no quarto exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;

V - 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida no quinto exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional.

Art. 3º As despesas com ações e serviços públicos de saúde custeados com a parcela da União oriunda da participação no resultado ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural, de que trata o § 1º do art. 20 da Constituição Federal, serão computadas para fins de cumprimento do disposto no inciso I do § 2º do art. 198 da Constituição Federal.

A ação foi proposta pelo Procurador Geral da República para apontar a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados, haja vista reduzirem o financiamento federal para Ações e Serviços Públicos de Saúde, os chamados ASPS.

Isso porque, com a implementação do piso anual progressivo para custeio, por parte da União Federal, haveria a inclusão da parcela decorrente de participação no resultado e a compensação financeira devidos pela exportação de petróleo e gás natural.

Dessa forma, quando da propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Procurador Geral da República destacou os diversos efeitos que as mudanças introduzidas pela citada Emenda Constitucional ocasionam no contexto da efetivação da saúde pública no País.

De modo extremamente sintético, o Procurador Geral da República enfatizou ser incabível a aprovação da Emenda, já que antes da sua promulgação os recursos oriundos da exploração do petróleo e gás natural, inclusive os recursos decorrentes da exploração em áreas do pré-sal, eram fontes adicionais de custeio da saúde.

Como bem pontuou na peça inaugural da ADI nº 5.595, ao determinar que referidos recursos sejam contabilizados no percentual mínimo de gasto da União, haverá perda bilionária de verba para o Sistema Único de Saúde Brasileiro, o SUS, situação em tudo inconcebível.

Exatamente por esta razão que o Procurador Geral da República requereu o deferimento da medida cautelar, com a finalidade de suspender a eficácia das normas por ele impugnadas. O *periculum in mora*, segundo sustenta a autoridade proponente, decorre do

fato de a manutenção de eficácia dos dispositivos atacados agravar a insuficiência de recursos que permitam regular o funcionamento do SUS.

Pois bem, após debruçar-se sobre os autos, o Ministro Ricardo Lewandowski, Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade em comento, houve por bem deferir a cautela, para suspender a eficácia dos artigos 2º e 3º da Emenda Constitucional 86/2015.

O que importa no presente estudo, é, de fato, a fundamentação que baseou o deferimento da cautela mencionada. Trata-se de decisão monocrática de suma relevância na discussão acerca da judicialização da saúde no Brasil.

Primeiramente, o Ministro Relator suscitou a reflexão quanto à efetivação do direito à saúde pela contraprestação estatal. Tratou da dimensão objetiva ou institucional do direito fundamental à saúde, afirmando que ela deve ser representada pela atuação estatal na realização – ou melhor, concretização – do acesso a referido direito.

Defendeu o Ministro serem os direitos fundamentais constitucionalmente previstos em tudo amparados pelo dever estatal de efetivá-los. Assentou que os direitos fundamentais devem tornarem-se imperativos de tutela, cabendo ao Estado Democrático agir de modo a concretizá-los.

Fundado nessa premissa, deferiu o pedido de cautela pleiteado pelo Procurador Geral da República, considerando evidente a urgência na concessão da liminar, vez que a manutenção de eficácia das normas atacadas vem dificultando, ou mesmo impossibilitando, a cada dia e de forma irreversível, o gozo dos direitos fundamentais à vida e à saúde dos cidadãos brasileiros.

O caso em comento representa a proteção da premissa de que o Estado não pode suprimir os direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal, com base na elaboração ou modificação de seu orçamento público.

Em plena observância ao princípio da vedação ao retrocesso, a concessão da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade perpetua os fundamentos da cláusula do mínimo existencial.

Trata-se de decisão judicial que versa diretamente sobre a efetivação dos direitos sociais, especialmente do direito à saúde, já que, na oportunidade, restou decidido ser

impossível suprimir a verba destinada às políticas públicas de saúde pelo repasse de valores ao petróleo e gás natural, mesmo que necessitado referido setor.

4. UMA ANÁLISE SOBRE O CASO SOOBramONEY VS. MINISTER OF HEALTH, KWAZULU-NATAL, JULGADO PELA SUPREMA CORTE DA ÁFRICA DO SUL

Ainda tratando da temática da atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais, especialmente do direito à saúde, é possível analisar o emblemático caso conhecido como *Soobramoney vs. Minister of Health, kwaZulu-Natal*.

Cuida-se de ação proposta pelo africano Thiagraj Soobramoney, que se encontrava em estágio terminal de vida, em decorrência de cardiopatia isquêmica e cerebrovascular, tendo os seus rins falhados na execução das suas funções.

Após esgotar seus fundos privados para custear o tratamento de saúde necessário à sua sobrevivência, o africano requereu fosse-lhe deferido o serviço do programa de diálise fornecido por instituição financiada pelo Estado de Durban. O seu pedido, contudo, foi negado.

A Administração Pública Africana justificou a negativa do pedido de Soobramoney pelo fato que a sua condição de saúde não cumpria os requisitos de elegibilidade para acessar o serviço de prestação de assistência à saúde.

Vale contextualizar que, no momento em que o africano propôs a demanda em comento, o Estado Africano vivenciava fortíssima crise orçamentária. Não havia recursos estatais suficientes para custear a prestação positiva do Estado, mesmo que mínima. Isto é, não existia orçamento apto a garantir o direito à saúde, previsto no texto constitucional.

Soobramoney levou o seu pedido de acesso ao serviço de hemodiálise da rede pública ao Tribunal Africano, fundamentando-o na previsão constitucional do direito à saúde e à vida. Alegou existirem artigos nas normas infra e constitucionais que garantiam o direito aos serviços médicos de emergência. Contudo, o Tribunal negou o pedido.

Foi interposto recurso ao Tribunal Constitucional da África do Sul, que houve por considerar os padrões do hospital mencionado por Soobramoney como razoáveis, mas acabou

por negar provimento ao seu recurso, com a justificativa de inexistência de violação direta aos direitos do africano.

A decisão do Tribunal Constitucional da África do Sul é de suma relevância ao presente trabalho, já que reconhece o dever de prestar serviços de saúde aos pacientes que necessitam, mas delimita que tais serviços cabem apenas aos pacientes em situações de maiores urgências.

Mais que isso, o Tribunal Africano optou por negar provimento ao recurso por entender que estaria criando um “precedente”. Para melhor explicar, o Tribunal decidiu ser incabível prover o recurso, já que o Estado estava em crise e a decisão favorável na demanda de Soobramoney, concedendo o direito à saúde, possibilitaria o ingresso e provimento de novos pedidos iguais.

Sabendo que o orçamento estatal africano se encontrava em *déficit*, optou o Tribunal Constitucional da África do Sul por negar o acesso do africano à hemodiálise, mesmo sendo tratamento decisivo para a sua sobrevivência, com a justificativa de que estando os recursos do hospital limitados, seria possível admitir apenas pacientes que pudessem se curar rapidamente.

Preponderou, neste caso, a limitação do acesso às políticas públicas de serviços de saúde, decisão cuja fundamentação consistiu, mesmo que intrinsecamente, na cláusula da reserva do possível. Vê-se, aqui, o reconhecimento do direito, contido em norma constitucional programática, mas cuja efetivação possibilitaria novos pleitos ao Poder Judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como é cediço, não raramente a problemática da inefetividade dos direitos constitucionalmente previstos decorre da escassez de recursos financeiros, bem como da ausência de gestão governamental nas escolhas políticas relativas ao orçamento.

É comum observar a inaplicabilidade de diversas normas constitucionais, notadamente daquelas que demandam a prestação material do Estado, pela ausência de

verba para tanto. É recorrente a postergação da efetivação dessas normas, tudo pela justificativa da escassez de recursos estatais

Isto é, não raras as vezes, a Administração Pública se utiliza da sua limitação orçamentária para negar-se a prestar serviços de saúde.

Contudo, consoante se verifica da análise da jurisprudência constitucional sobre a efetivação do direito à saúde, especificamente da decisão monocrática proferida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, que deferiu a cautela requerida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.595 do Distrito Federal, bem como do julgamento do emblemático caso “Soobramoney vs. Minister of Health, KwaZulu-Natal”, pela Suprema Corte da África do Sul, o direito à saúde não pode ser suprimido sem claras justificativas.

Em perspectiva comparada, verifica-se que, apesar de os direitos custarem dinheiro, devem eles serem garantidos à população. Dessa forma, admitir-se-á a redução nos gastos com políticas públicas de saúde unicamente quando a insuficiência de recursos for extrema e justificada.

Além disso, quando forem levados os casos concretos ao Poder Judiciário, deverá ele observar as particularidades de cada situação, sempre em atenção ao texto constitucional. O compromisso do Poder Público com a observância às garantias fundamentais da pessoa humana deve – sempre – vigorar no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos, 1988.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais*. In: Revista Crítica Jurídica, n. 22, jul-dez 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. Curitiba: Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, 2006.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível*. Brasília: Revista de Informação Legislativa. 2012.

PINTO, Élida Graziane. **Controle judicial dos orçamentos públicos em prol dos direitos fundamentais**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-17/elida-pinto-control-e-orcamentario-prol-direitos-fundamentais>.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direito Fundamental na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de. **Reserva do possível e o mínimo existencial: embate entre direitos fundamentais e limitações orçamentárias**. Pouso Alegre: Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2013.

A DESTRUIÇÃO DE PATRIMÔNIO CULTURAL NO TPI E NO BRASIL: um crime ou uma responsabilidade de mão dupla?

The Destruction of Cultural Heritage in ICC and in Brazil: a crime or a two-way responsibility?

Yasmin de Brito Góes²

Resumo: A condenação de Al Mahdi foi um caso histórico para o direito penal internacional, visto que, pela primeira vez, um indivíduo foi responsabilizado pelo crime de guerra com base na acusação principal de destruição de patrimônios culturais. A nível internacional, o caso conferiu à comunidade internacional percepção da importância de se proteger heranças culturais, para além da proteção material de monumentos. Além disso, a nível nacional, a condenação de Al Mahdi trouxe questionamentos sobre a eficácia da responsabilização individual no Brasil, a partir do crime de dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico.

Palavras-chave: responsabilidade individual; crime contra Patrimônio Cultural; crime de guerra

Abstract: *The conviction of Al Mahdi was a historic decision in the international criminal law, as for the first time an individual was held responsible for the war crime, bearing in mind the main charge of destroying Cultural Heritage. At the international level, the case has given the international community insight into the importance of protecting Cultural Heritage, beyond the material aspect. Moreover, at the national level, Al Mahdi's conviction has raised questions about the effectiveness of individual accountability in Brazil, based on the crime of damage to monuments of artistic, archaeological or historical value.*

Keywords: *individual responsibility; crime against Cultural Heritage; war crime*

² Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e Pós-Graduada em Direito Constitucional.

INTRODUÇÃO

Em 2012, um extremista de Mali destruiu vários monumentos considerados patrimônios mundiais pela UNESCO. Ahmad Al Faqi Al Mahdi foi preso e condenado pelo crime de guerra no Tribunal Penal Internacional (TPI), a partir da destruição desses patrimônios (TPI, 2016).

O presente artigo visa analisar, portanto, em que medida a responsabilização individual pela prática de crime de destruição de Patrimônio Cultural foi considerada a nível de Tribunal Penal Internacional. O trabalho também tem por objetivo questionar a possível influência da decisão para o Estado Brasileiro, com base no ordenamento e decisões pátrias.

O artigo foi dividido em três tópicos. O primeiro visa abordar o caso paradigmático *Prosecutor v. Al Mahdi* no Tribunal Penal Internacional, julgado em 2016. O segundo tópico tem por objetivo demonstrar a importância do julgamento de Al Mahdi para a proteção de patrimônios culturais no mundo. Por fim, o terceiro tópico tenta trazer uma breve análise da possível influência da condenação criminal internacional de Al Mahdi no âmbito do Direito Penal brasileiro.

1. O CASO AL MAHDI NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Em janeiro de 2012, um conflito interno tomou o interior de Mali, um país localizado na África Ocidental. Diferentes grupos rebeldes de extremistas islâmicos reivindicavam o poder, sobretudo na área ao norte de Mali. Grupos extremistas islâmicos, em coalizão com os rebeldes denominados Tuareg, reivindicavam o poder, mas quem detinha maior controle do território era o Movimento Nacional para a Libertação de Azawad (MNLA) (ANNES, 2017; UNESCO, 2015).

A cidade de Timbuktu foi uma das cidades controladas por esses grupos, que possuíam como característica comum o fundamentalismo e a radicalidade de práticas religiosas e políticas. O grupo de extremistas em coalizão com os rebeldes Tuareg chegou, inclusive, a instituir um governo próprio, criando, por exemplo, um tribunal islâmico (ANNES, 2017).

Antes de ser invadida, Timbuktu havia sido declarada patrimônio cultural da humanidade pela UNESCO, no ano de 1988 (ANNES, 2017), tendo ficado famosa por suas rotas

de ouro e sal na região do Saara no século XV. A cidade também detinha dezenove monumentos declarados patrimônios pela UNESCO, como três mesquitas e dezesseis mausoléus (UNESCO, 2019).

Ahmad Al Faqi Al Mahdi era um líder da chamada “brigada da moralidade” – *Hesbah* –, instituída pela coalizão fundamentalista rebelde com o grupo Tuareg. Al Mahdi, originário de Timbuktu, participou da demolição de dez monumentos religiosos e históricos da cidade, além da destruição de manuscritos antigos. A ordem de destruição dos patrimônios veio dos membros da coalizão, em sua maioria estrangeiros, que pediram para o líder da *Hesbah* coordenar os atos nos meses de junho e julho de 2012. Ainda que, à primeira vista, Al Mahdi tenha discordado dessas ações, o líder extremista não somente participou da destruição dos patrimônios, como também coordenou esses ataques (ANNES, 2017).

a. A acusação por crime de guerra

O crime de guerra está previsto no Estatuto de Roma, adotado em 1998, após uma Conferência Diplomática sobre a instauração de uma corte permanente na Organização das Nações Unidas, a ONU. Considerando que Mali ratificou o Estatuto de Roma, que instituiu a competência para julgamento de crimes de guerra, crimes contra humanidade, genocídio, e agressão pelo Tribunal Penal Internacional (TPI)³, os procuradores indiciaram Al Mahdi pela prática de destruição de patrimônio cultural (TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL [TPI], 2018).

Àquela época, Al Mahdi vinha sendo mantido em custódia na República do Níger, por suspeitas de terrorismo. Com a acusação pelo TPI, Níger entregou o líder da *Hesbah* em setembro de 2015. O julgamento veio a acontecer logo depois, no dia 24 de março de 2016 (JAYARAMAN, 2017).

³ 1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:
a) O crime de genocídio;
b) Crimes contra a humanidade;
c) Crimes de guerra;
d) O crime de agressão.

BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília, DF: Presidência da República. [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em 11 nov. 2019.

O Tribunal considerou que a destruição de dez monumentos de valor histórico e religioso constituía um crime de guerra - sendo que, desses dez⁴, nove eram patrimônios culturais mundiais declarados pela UNESCO (TPI, 2016). O Estatuto de Roma define o crime de guerra no art. 8 (2) (e) (iv), conforme o disposto:

2. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crimes de guerra":

[...]

iv) Destruição ou a apropriação de bens em larga escala, quando não justificadas por quaisquer necessidades militares e executadas de forma ilegal e arbitrária; (BRASIL, 2002a)

Vale mencionar que o Estatuto também define, conforme o mesmo artigo, inciso (ix) que o crime de guerra pode estar relacionado à prática de

ix) Dirigir intencionalmente ataques a edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares (BRASIL, 2002a).

Nesse sentido, a destruição de patrimônio cultural por Al Mahdi constituiu um crime de guerra. Primeiro porque a demolição dos monumentos não era justificada por uma necessidade militar⁵. E, em segundo lugar, porque a destruição dos bens foi executada de forma contrária às leis e tratados internacionais, como o Estatuto de Roma. Além disso, os monumentos atingidos tinham excepcional valor histórico e religioso (TPI, 2017).

Precisamente por esses motivos, a sentença do TPI foi importante em um contexto de responsabilização individual em âmbito internacional, por condenar, pela primeira vez, um indivíduo pela prática de destruição de patrimônio cultural enquanto crime de guerra (TPI,

⁴ Conforme sentença do TPI, "Ten protected objects were attacked in Timbuktu, Mali, between around 30 June 2012 and 11 July 2012 ('Protected Buildings'): (i) the Sidi Mahamoud Ben Omar Mohamed Aquit Mausoleum; (ii) the Sheikh Mohamed Mahmoud Al Arawani Mausoleum; (iii) the Sheikh Sidi El Mokhtar Ben Sidi Mouhammad Al Kabir Al Kounti Mausoleum; (iv) the Alpha Moya Mausoleum; (v) the Sheikh Mouhamad El Mikki Mausoleum; (vi) the Sheikh Abdoul Kassim Attouaty Mausoleum; (vii) the Sheikh Sidi Ahmed Ben Amar Arragadi Mausoleum; (viii) the Sidi Yahia Mosque door; and the two mausoleums adjoining the Djingareyber Mosque, namely the (ix) Ahmed Fulane Mausoleum and (x) Bahaber Babadié Mausoleum." (TPI, 2017, p. 4).

⁵ Dentro do Direito Internacional Humanitário – que define as regras para as guerras e conflitos entre Estados e outros entes beligerantes - a necessidade militar está muito relacionada ao princípio da proporcionalidade. Isso quer dizer que a necessidade militar deve ser proporcional e legítima para enfraquecer a capacidade militar das outras partes no conflito. Além disso, deve-se considerar em que medida a ação militar não gera uma emergência humanitária. Ou seja, a necessidade militar deve ser sempre sopesada aos riscos e exigências humanitárias que a ação militar pode gerar (COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA [CICV], s.d.).

2017). Vale ressaltar que, até então, o julgamento da destruição de patrimônio cultural não constituía um crime, somente servia como base e evidência para acusação de outros ilícitos internacionais (GÓES, 2018).

Antes do julgamento de Al Mahdi em 2016, a primeira decisão de um Tribunal Internacional a julgar a destruição de patrimônio cultural, ainda que não tenha sido a acusação oficial, foi o caso *Prosecutor v. Pavle Strugar*. Esse caso envolveu um massacre e tratamento desumano à população civil da cidade croata Dubrovnik, em 1991. (GÓES, 2018, p. 38; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A ANTIGA IUGOSLÁVIA [TPIY], s.d.).

Pavle Strugar era um general do JNA (antigo exército nacional da Iugoslávia), que ordenou o massacre dos civis, além da destruição de monumentos culturais, religiosos e propriedades privadas. Mesmo não sendo a acusação principal para o caso, a destruição de patrimônio serviu como evidência da perpetração de um crime contra a humanidade, a partir da análise do dano patrimonial em caráter sistemático em Dubrovnik (GÓES, 2018, p. 38; TPIY, s.d.).

Desta forma, é possível perceber como a destruição de heranças culturais atingiu um patamar de seriedade com o tempo, em que o líder extremista de Mali, Al Mahdi, foi sentenciado a cumprir nove anos de prisão em 2016. É possível perceber, portanto, que a destruição dos patrimônios culturais não foi apenas considerada enquanto uma evidência para a prática de outros crimes, mas foi a acusação principal.

Por isso, o caso Al Mahdi trouxe repercussão no cenário internacional quanto à importância de proteção do patrimônio cultural e da responsabilização individual pela destruição de monumentos de valor inestimável a humanidade (TPI, 2017).

2. A IMPORTÂNCIA DO CASO PARA A PROTEÇÃO DE PATRIMÔNIOS CULTURAIS EM CONFLITOS NACIONAIS E INTERNACIONAIS

a. Os aspectos materiais e imateriais dos patrimônios culturais

O caso Al Mahdi trouxe uma nova percepção quanto à responsabilização de indivíduos em casos de destruição de patrimônio cultural. Não somente porque o caso levado ao TPI se relacionava a um conflito interno – ou seja, não envolvia uma guerra ou um conflito armado

internacional, em que patrimônios como esses são vistos como objetos civis (GÓES, 2018) -, como também demonstrou que a prática de destruição de patrimônios está além da perda de monumentos históricos. O crime atinge povos em vieses subjetivos, como memória, identidade e a riqueza das culturas. (TPI, 2017).

Conforme demonstra a sentença do TPI, referente às reparações que Al Mahdi deverá fazer a Mali:

O patrimônio cultural deve ser entendido como recursos que permitem a identificação cultural e os processos de desenvolvimento de indivíduos e grupos, que implícita ou explicitamente, desejam transmitir às gerações futuras. Inclui o patrimônio tangível composto por locais, estruturas e restos arqueológicos, valor histórico, religioso, cultural ou estético, bem como patrimônio intangível, que inclui tradições, costumes e práticas, conhecimentos, línguas vernáculas e afins, formas de expressão artística e folclore. O patrimônio cultural é considerado internacionalmente importante, independentemente de sua localização e origem (*tradução própria*) (TPI, 2017, p. 10).

Nesse sentido, equivale ressaltar que, apesar de o caso Al Mahdi versar sobre destruição de patrimônio cultural tangível (ou material) – isto é, edifícios históricos e religiosos -, o dano à subjetividade dos povos e da humanidade é inerente (TPI, 2017). E quanto a isso, cabe explicitar a diferença entre patrimônio material e imaterial.

Conforme o conceito atribuído pela UNESCO na Convenção de 2003 sobre Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, no art. 1, o patrimônio cultural imaterial pode ser entendido como:

[...] práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas - junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados - que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural. Este patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade e contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana. Para os fins da presente Convenção, será levado em conta apenas o patrimônio cultural imaterial que seja compatível com os instrumentos internacionais de direitos humanos existentes e com os imperativos de respeito mútuo entre comunidades, grupos e indivíduos, e do desenvolvimento sustentável (UNESCO, 2003, p. 4).

A imaterialidade relacionada aos patrimônios, portanto, integra a subjetividade da cultura e identidade de povos e comunidades. Além disso, a imaterialidade está associada às práticas e conhecimentos integradores de direitos humanos. A imaterialidade não se traduz,

dessa forma, em uma cultura ou conhecimento segregacionista, visto que esses aspectos não são respaldados em instrumentos internacionais de direitos humanos (UNESCO, 2003).

b. A influência da conceituação dos conflitos internos e internacionais para a responsabilização da destruição de patrimônios

O dilema da conceituação dos novos conflitos internos ou internacionais surgiu após o ano de 1992, com o caso paradigmático da Bósnia-Herzegovina na Guerra dos Bálcãs. A partir da década de 1990, várias definições sobre guerras começaram a aparecer, como novas guerras e guerras híbridas, de forma a repensar o conceito de guerra até então de Clausewitz – um conceito tido como “de velhas guerras” entre Estados ou ideologias (KALDOR, 2012).

Esse amplo debate quanto à conceituação dos conflitos gerou uma certa dificuldade na interpretação dos tratados e convenções de Genebra, e até do Estatuto de Roma, visto que a noção de guerra ainda estaria muito relacionada a conflitos entre Estados e ideologias. Conseqüentemente, a ideia de responsabilização individual continuava atrelada a esse ideário antigo de guerra (KALDOR, 2012).

O caso *Prosecutor v. Pavle Strugar*, por exemplo, aconteceu precisamente na época em que embates conceituais dos conflitos começavam a surgir. Apesar do forte elemento de diferenças étnicas durante a guerra dos Bálcãs, em que houve a destruição de patrimônios croatas em Dubrovnik, na década de 1990, o debate teórico dentro do Direito Internacional Humanitário não considerava esses fatores internos, como embates entre etnias, religiões e grupos, para a responsabilização individual pela destruição de patrimônios culturais. Esse pode ter sido um dos fatores pelos quais a destruição de patrimônio cultural naquele caso não foi considerada um crime, mas uma evidência para outro ilícito internacional (GÓES, 2018, p. 38; TPIY, s.d.).

Com o caso Al Mahdi, foi possível perceber um maior esforço da comunidade internacional em manter atualizada a interpretação dos tratados de Genebra e do Estatuto de Roma à luz do conceito de guerras consideradas novas, em que se pode ter um conflito interno amplamente influenciado por políticas segregacionistas de identidades, pela globalização, emprego de novas tecnologias e transnacionalidade de grupos militares atuantes, ao lado da dificuldade em delimitar o que é ente estatal, não-estatal, público ou privado (KALDOR, 2012,

p. 2). Assim, o debate da conceituação dos conflitos se encontrava mais avançado à época do julgamento de Al Mahdi em 2016.

Considerando o contexto em que houve a decisão de responsabilização de Al Mahdi, o Estado Islâmico já vinha perpetrando crimes contra patrimônio cultural em Palmyra e Aleppo. A sentença do TPI para responsabilização do líder extremista de Mali, nesse sentido, pode ser um precedente para que danos aos patrimônios sejam responsabilizados em esfera internacional enquanto acusação principal, independente da conceituação do conflito (GÓES, 2018; JAYARAMAN, 2016). Isso porque a destruição de patrimônio material também atinge a preservação do patrimônio imaterial (TPI, 2017).

E conforme demonstra Shiva Jayaraman (2016, p. 2), a condenação de Al Mahdi legitima as ações do TPI em continuar julgando e responsabilizando o cometimento de crimes similares de destruição de patrimônios culturais. Visto que a tendência de destruir monumentos históricos de grande valor à humanidade vem acontecendo em outros conflitos, como na guerra Síria, por exemplo. Por isso, a condenação de Al Mahdi é importante para se repensar a responsabilização individual dos danos a patrimônios culturais.

3. A INFLUÊNCIA DO PRECEDENTE ESTRANGEIRO NA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO BRASIL

Os precedentes gerados pelo caso *Prosecutor vs. Ahmad Al Faqi Al Mahdi* mostraram que a responsabilização individual pode ser uma alternativa frente ao cometimento de patrimônios da humanidade. E justamente por considerar que esse precedente do direito estrangeiro foi importante para se repensar as estruturas de crimes de guerra e os danos à humanidade (GÓES, 2018; JARAYAMA, 2017), é que é possível analisar como o caso pode ser utilizado no entendimento pátrio sobre a responsabilização do crime de dano no Brasil.

a. Os patrimônios culturais no Brasil

Para se entender, primeiramente, como o precedente estrangeiro pode influenciar no direito brasileiro, é preciso considerar que o Brasil possui 15 monumentos inscritos na Lista de Patrimônios Culturais da Humanidade pela UNESCO⁶. Além disso, outros 7 foram considerados Patrimônios Naturais – em que são consideradas áreas importantes pela biodiversidade e paisagem natural (UNESCO, 2017a).

Em âmbito internacional a proteção desses patrimônios encontra-se respaldada pela Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial Cultural e Natural (1972), que reconhece que alguns sítios no mundo possuem um "valor universal excepcional", sendo um patrimônio comum a toda a humanidade (UNESCO, 2017b). Em âmbito interno, o Brasil reconhece e demonstra o seu esforço na proteção dos patrimônios culturais na própria Constituição Federal, conforme disposto no art. 216:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação (BRASIL, 1988).

Dessa forma, deve-se considerar o esforço do Estado brasileiro em proteger esses patrimônios, seja em um aspecto material de conservação e tombamento, ou no aspecto

⁶ Os monumentos listados pela UNESCO como Patrimônios Culturais foram: 1980 - A Cidade Histórica de Ouro Preto, Minas Gerais; 1982 - O Centro Histórico de Olinda, Pernambuco; 1983 - As Missões Jesuíticas Guarani, Ruínas de São Miguel das Missões, Rio Grande de Sul e Argentina; 1985 - O Centro Histórico de Salvador, Bahia; 1985 - O Santuário do Senhor Bom Jesus de Matosinhos, em Congonhas do Campo, Minas Gerais; 1987 - O Plano Piloto de Brasília, Distrito Federal; 1991 - O Parque Nacional Serra da Capivara, em São Raimundo Nonato, Piauí; 1997 - O Centro Histórico de São Luís do Maranhão; 1999 - Centro Histórico da Cidade de Diamantina, Minas Gerais; 2001 - Centro Histórico da Cidade de Goiás; 2010 - Praça de São Francisco, na cidade de São Cristóvão, Sergipe; 2012 - Rio de Janeiro, paisagens cariocas entre a montanha e o mar; 2016 - Conjunto Moderno da Pampulha; 2017 - Sítio Arqueológico Cais do Valongo; 2019 - Paraty e Ilha Grande - Cultura e Diversidade (UNESCO, 2017a).

imaterial, de preservação de identidade e de memória da história brasileira (UNESCO, 2017b). E para auxílio nesta tarefa há uma autarquia federal, o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan), que promove a preservação do Patrimônio Cultural no Brasil juntamente com o Estado brasileiro. O Iphan está vinculado ao governo pelo Ministério do Turismo e visa promover e salvaguardar os bens e patrimônios culturais no Brasil para a posterioridade (IPHAN, 2014a).

b. O crime de dano

O esforço brasileiro de proteção dos patrimônios culturais encontra entraves no ponto de responsabilização interna da destruição dos patrimônios tangíveis, se considerado como o Brasil adota a responsabilização individual relacionada ao crime de dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico. Quanto a esse crime, considera-se:

Dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico

Art. 165 - **Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa tombada pela autoridade competente em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico:**

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa. (*Grifo nosso*) (BRASIL, 1940).

Esses entraves são explicados tanto pela pena ínfima do tipo penal, quanto pela baixa condenação e/ou responsabilização dos crimes no Brasil pela destruição de patrimônio cultural. Conforme pesquisa pela plataforma LEX ML (Rede de Informação Legislativa e Jurídica), que reúne todos os julgados e precedentes da justiça brasileira, foi possível encontrar somente 01 (um) caso de responsabilização individual pela destruição de sítio arqueológico, patrimônio cultural, referente a um REsp 115599/RS, de 27/06/2002, julgado pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme ementa:

MEIO AMBIENTE. PATRIMÔNIO CULTURAL. DESTRUIÇÃO DE DUNAS EM SÍTIOS ARQUEOLÓGICOS. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido.

Decisão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro votaram com o Sr.

Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (BRASIL, 2002b).

Cabe ressaltar que a nível de responsabilidade criminal, neste caso, não houve condenação do indivíduo conforme o art. 165 do Código Penal, referente ao crime de dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico. Por isso, é possível afirmar que, apesar da previsão do tipo penal, não foi possível vislumbrar em que medida o Estado brasileiro vem responsabilizando a depredação e destruição de patrimônios culturais.

Nesse sentido, ou se tem que o Estado está sendo efetivo na proteção dos patrimônios, apoiado pelo trabalho do Iphan – que trabalha em cooperação técnica internacional com a UNESCO para esses fins (IPHAN, 2014b) – ou o tipo penal pode estar banalizado.

De qualquer forma, considerando que o Brasil possui 22 patrimônios considerados da humanidade pela UNESCO, é importante que a responsabilização individual passe a ser interpretada também no seu viés penal no estado brasileiro, de modo a não se banalizar esse tipo penal. Isso porque a importância legal da proteção de patrimônio transcende o monumento físico, dizendo respeito também à identidade do povo brasileiro, e da própria história da humanidade.

Conforme demonstra O’Keefe, Péron, Musayev e Ferrari (2016), a importância legal da proteção de patrimônio histórico se relaciona à dupla responsabilidade estado e indivíduo. Primeiro porque o Estado deve promover meios de forma a prevenir a destruição de patrimônio cultural, além de investigar, acusar e julgar os crimes perpetrados. E em segundo ponto, a responsabilização do indivíduo visa reconhecer em que medida os elementos de culpa e dolo poderão gerar, ou não, a reparação do dano cometido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da condenação de Al Mahdi, membro de um grupo extremista, pela destruição de patrimônios culturais da humanidade, foi possível perceber que, pela primeira vez, essa depredação foi utilizada enquanto uma acusação principal para condenar um indivíduo pelo crime de guerra, conforme o art. 8 (2) (e) (iv) do Estatuto de Roma (TPI, 2016). Esta decisão,

em âmbito internacional, demonstrou a importância de se proteger heranças culturais de povos, tanto a nível material, quanto imaterial (GÓES, 2018; JAYARAMAN, 2017).

Apesar de o precedente gerado pelo TPI visar à maior proteção dos patrimônios culturais, o entendimento de responsabilização individual para crimes de dano contra patrimônios históricos e culturais no Brasil ainda encontra entraves (JAYARAMAN, 2017).

Ainda que o Estado brasileiro não tenha passado por conflitos armados internos, ou outros tipos de conflitos internacionais, a decisão do TPI demonstrou como se pode repensar a responsabilização individual frente a um dano cometido a monumentos de valor mundial. Isso porque a responsabilização pelo dano ao patrimônio cultural é uma via dupla: tanto o Estado deve prevenir a sua depredação por meios legais, quanto o indivíduo deve ser penalmente e civilmente responsabilizado pelo prejuízo histórico à humanidade (O'KEEFE *et al*, 2016).

E em um contexto no qual o Brasil possui mais de 20 patrimônios culturais reconhecidos pela UNESCO – além de tantos outros considerados importantes a nível nacional –, se faz necessário repensar também as estruturas em que o Estado atua na proteção eficiente desses monumentos. É eficiente por que não há condenações significativas na esfera penal pela depredação de patrimônio cultural? Ou é deficiente por não conseguir julgar e processar quem atua na destruição dos patrimônios?

Nesse sentido, é que a análise do caso Al Mahdi traz como um questionamento ao direito pátrio: até que ponto o Brasil pode estar trabalhando para proteger os seus patrimônios históricos e culturais? A eficiência se traduz em baixos processos de condenação pela destruição de monumentos históricos?

Pode-se não se ter as respostas certas neste artigo a esses questionamentos, mas a breve análise feita demonstrou um avanço na proteção da cultura ao nível de direito penal internacional, além de apresentar o esforço da comunidade internacional na proteção identitária de povos e da própria humanidade com a condenação de Al Mahdi (GÓES, 2018, JAYARAMAN, 2017).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANNES, Cyro. O caso Al Mahdi e a responsabilidade internacional por crimes contra o patrimônio cultural. Instituto de Direito, Economia Criativa e Arte (IDEA). Publicado em 03 de jul. 2017. Disponível em: <http://institutodea.com/artigo/o-caso-al-mahdi-e-responsabilidade-internacional-por-crimes-contra-o-patrimonio-cultural/>. Acesso em 11 nov. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 09 nov. 2019.

_____. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília, DF: Presidência da República. (2002a). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em 09 nov. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial 115599/RS**. MEIO AMBIENTE. Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 27 de junho de 2002. Responsabilidade civil. Indenização. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199600767530&dt_publicacao=02/09/2002. Acesso em 12 nov. 2019.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República. (1940). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA [CICV]. **Military Necessity**. (s.d.). Disponível em: <https://casebook.icrc.org/glossary/military-necessity>. Acesso em 09 fev. 2020.

GÓES, Yasmin B. **Rethinking the Cultural Genocide: The Destruction of Cultural Heritage in Syria**. Monografia apresentada para Graduação em Direito. Universidade de Brasília (UnB).

Junho 2018. Disponível em:

http://bdm.unb.br/bitstream/10483/21963/1/2018_YasminDeBritoGoes_tcc.pdf. Acesso em 09 nov. 2019.

INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL [IPHAN]. **O Iphan**. 2014a. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/872>. Acesso em 11 nov. 2019.

_____. **Cooperação Técnica Internacional**. 2014b. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/597>. Acesso em: 12 nov. 2019.

JAYARAMAN, Shiva. **The Destruction of Cultural Property at the International Criminal Court: the Prosecutor v. Al Mahdi**. 2017. *International Immersion Program Papers*. 50. Disponível em:

http://chicagounbound.uchicago.edu/international_immersion_program_papers/50. Acesso em 10 nov. 2019.

KALDOR, Mary. **Organized Violence in a global era**. California: Stanford Press. 3rd Edition. 2012

O'KEEFE, Roger; PÉRON, Camille; MUSAYEV, Tofiq; FERRARI, Gianluca. **Military Manual Protection of Cultural Property**. UNESCO. Paris, France e Sanremo, Itália. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002466/246633e.pdf>. Acesso em 12 nov. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA [UNESCO]. **Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Imaterial**. 2003. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000132540_por. Acesso em 10 nov. 2019.

_____. **UNESCO: Apesar da violência no Norte do Mali, patrimônio cultural de Timbuktu é reconstruído**. Publicado em 21 jul. 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/unesco-apesar-da-violencia-no-norte-do-mali-patrimonio-cultural-de-timbuktu-e-reconstruido/>. Acesso em 11 nov. 2019.

_____. **Patrimônio Mundial no Brasil**. (2017a). Disponível em: <http://www.unesco.org/new/pt/brasil/culture/world-heritage/list-of-world-heritage-in-brazil/>. Acesso em 10 nov. 2019.

_____. **Patrimônio Cultural no Brasil**. (2017b). Disponível em: <http://www.unesco.org/new/pt/brasil/culture/world-heritage/cultural-heritage/>. Acesso em 10 nov. 2019.

_____. **Timbuktu**. World Heritage List. 2019. Disponível em: <https://whc.unesco.org/en/list/119/>. Acesso em 10 nov. 2019.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL [TPI]. **Case Information Sheet – Situation in the Republic of Mali, The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi**. 20 de março de 2018. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/Al-MahdiEng.pdf>. Acesso em 11 nov. 2019.

_____. **Situation in the Republic of Mali in the Case of the Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi**. Public Sentence and Judgement, Trial Chamber VII, ICC-01/12-01/15. 27 de setembro de 2016. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_07244.PDF. Acesso em 11 nov. 2019.

_____. **Situation in the Republic of Mali in the Case of the Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi**. Public Reparations Order, Trial Chamber VIII, ICC-01/12-01/15. 17 de agosto de 2017. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2017_05117.PDF. Acesso em 11 nov. 2019.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A ANTIGA IUGOSLÁVIA [TPIY]. **The Conflicts**. (s.d.). Disponível em: <http://icty.org/en/about/what-former-yugoslavia/conflicts>. Acesso em 10 nov. 2019.

CAPÍTULO 4:
AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS
FRENTE À CRISE
ECONÔMICO-FINANCEIRA

A LEGISLAÇÃO E A JURISPRUDÊNCIA DA CRISE NO BRASIL E EM PORTUGAL

The legislation and the crises jurisprudence in Brazil and in Portugal

Guilherme de França Teixeira¹

Resumo: O presente trabalho busca comparar as legislações constitucionais e infraconstitucionais, de Brasil e de Portugal, sobre crises fiscais. Diante da incapacidade do Estado em arcar com suas obrigações legais, direitos previstos precisam ser mitigados para que o Poder Público recupere a sua capacidade fiscal e honre com as obrigações legalmente estabelecidas. Enquanto o Brasil possui esses mecanismos previstos na Constituição Federal de 1988 e, também, em legislação infraconstitucional, Portugal precisou de decisões do seu Tribunal Constitucional sobre as medidas de ajuste fiscal negociadas com a troika, para que tais medidas fossem consideradas constitucionais, já que não há previsão legal sobre o assunto.

Palavras-chave: Jurisprudência da Crise. Ajuste Fiscal. Crise Econômica. Constituição Federal de 1988. Tribunal Constitucional Português.

Abstract: *The present article aims to compare the constitutional and infraconstitutional laws of Brazil and Portugal on fiscal crises. In view of the State's inability to meet its legal obligations, foreseen rights need to be mitigated so that the Public Power regains its fiscal capacity and honors with the legally established obligations. While Brazil has these mechanisms foreseen in the Federal Constitution of 1988 and also in infraconstitutional legislation, Portugal needed decisions from its Constitutional Court, on the fiscal adjustment measures negotiated with the troika, so that these measures could be considered constitutional, since there is no legal provision on the matter.*

Keywords: *Crisis Jurisprudence. Tax Adjustment. Economic Crisis. 1988 Federal Constitution. Portuguese Constitutional Court.*

¹ Estudante de Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, Mestre em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília - UnB e Gerente de Relações Institucionais na Confederação Nacional das Instituições Financeiras - CNF.

INTRODUÇÃO

Em 2008, inúmeros países foram afetados pela maior crise econômica e financeira, mundial desde a quebra da Bolsa de Valores de New York, em 1929. Essa crise de 2008, também conhecida como a crise do *subprime*, fez com que as nações mais expostas no mercado financeiro internacional tivessem suas economias afetadas. Neste contexto, foi criada a sigla em inglês PIIGS (*Portugal, Ireland, Italy, Greece e Spain*), para denominar os países que, com dívidas públicas elevadas, estavam enfrentando problemas em seus balanços de pagamentos e buscavam ajuda internacional.

A *troika*, formada pela Comissão Europeia, pelo Banco Central Europeu e pelo Fundo Monetário Internacional, era a responsável por negociar o resgate financeiro desses países e, assim, mitigar possíveis efeitos em outras nações, principalmente da Europa. Inclusive, foi cogitada a retirada de alguns países da união monetária para que sua recuperação econômica e a solução da sua crise do balanço de pagamento fossem mais velozes. Em troca, reformas internas eram pedidas pela *troika*. Essas reformas buscavam, em sua maioria, reduzir despesas estatais, aumentar receitas e, com isso, melhorar a capacidade do Estado de honrar com seus compromissos nacionais e internacionais. O principal objetivo era a solução da crise fiscal doméstica e evitar *default* em suas respectivas dívidas públicas.

Nesse sentido, foi criada a jurisprudência da crise pelo Tribunal Constitucional (TC) de Portugal. A jurisprudência da crise pode ser conceituada como a flexibilização de direitos constitucionais, diante de um cenário de severa crise fiscal do Estado, diante da sua incapacidade de honrar com seus compromissos. Para solucionar o problema fiscal português era necessária a diminuição dos gastos com servidores públicos ativos e com o pagamento de aposentadorias e pensões sendo, inclusive, uma das demandas da *troika* ao então governo de Portugal.

Para que pudesse ter a sua dívida reestruturada e, sobretudo, receber o resgate em dinheiro para honrar com seus compromissos, o governo português aceitou os requisitos impostos pela *troika*, dentre eles a suspensão do subsídio de férias para os servidores ativos, o estabelecimento de uma Contribuição Extraordinária de Solidariedade (CES) e a redução dos vencimentos dos servidores ativos e de aposentadorias e pensões. Entretanto, esses

requisitos feriam princípios constitucionais como o da expectativa e o da confiança que precisaram ser flexibilizados para que o acordo, enfim, pudesse ser cumprido.

A construção dessa flexibilização é que será o objeto de análise desse artigo.

1. REPÚBLICA PORTUGUESA

As negociações entre a *troika* e o governo português tinham como finalidade, além de uma reestruturação da dívida externa do país, também um aporte financeiro para que o Estado conseguisse arcar com os seus compromissos, dentre eles o pagamento de pensões, aposentadorias, salários e a manutenção dos serviços públicos. Contudo, para que o acordo fosse selado, existiam contrapartidas, ou seja, reformas que o governo português deveria implementar para restaurar a saúde de suas finanças. Basicamente, a *troika* pedia o reequilíbrio entre receitas e despesas para que o país não entrasse em *default*.

Contudo, dentre as questões negociadas, duas foram objeto de questionamento no TC português. A primeira foi quanto à redução dos vencimentos dos servidores públicos e o TC, em seu Acórdão nº 396/2011, diz:

...
Não pode ignorar-se que as reduções que as reduções remuneratórias estabelecidas na lei do Orçamento do Estado de 2011 têm como objectivo final a diminuição do défice orçamental para um valor precisamente quantificado, respeitador do limite estabelecido pela União Europeia, no quadro das regras da união económica e monetária.

...
Neste contexto, pode dizer-se que as medidas de diminuição da despesa pública inscritas no Orçamento 2011 mais não representam do que uma parcela, uma fase, de um programa cuja realização integral se estende por um horizonte temporal mais alargado.

A redução da despesa e o alargamento da receita passaram a ser tópicos interpretativos da Constituição do país, mediados pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade e da proteção da confiança (PINHEIRO, 2014). A decisão do TC evidenciou o seu acompanhamento do “mundo dos factos”. Segundo Alexandre Pinheiro, a “jurisprudência da crise” é entendida como um processo negocial entre a interpretação normativa da Constituição e a necessidade de ceder perante as “exigências das circunstâncias”. Os vencimentos foram reduzidos entre 3,5% e 10%.

Segundo o TC, o debate era entre dois princípios fundamentais, que sejam o da proteção da confiança e o do interesse público. A proteção da confiança está relacionada às pessoas privadas terem feito planos de vida tendo em conta a continuidade do comportamento do Estado quanto aos seus vencimentos e, o interesse público, quanto à busca do equilíbrio das finanças do país (PINHEIRO, 2014). Mesmo o TC tendo entendido que as reduções dos vencimentos atingiam o princípio da proteção da confiança, a prevalência, nesse caso, seria do interesse público, conforme o trecho do julgado reproduzido a seguir:

As reduções agora introduzidas, na medida em que contrariam a normalidade anteriormente estabelecida pela actuação dos poderes públicos, nesta matéria, frustram expectativas fundadas.

...

Não havendo razões de evidência em sentido contrário, e dentro de “limites do sacrifício”, que a transitoriedade e os montantes das reduções ainda salvagam, é de aceitar que essa seja uma forma legítima e necessária, dentro do contexto vigente, de reduzir o peso da despesa do Estado, com a finalidade de reequilíbrio orçamental.

A progressividade das alíquotas a serem aplicadas nas reduções dos vencimentos buscou respeitar o princípio constitucional da igualdade. Nesse caso, os desiguais deveriam ser tratados de modo desigual e de acordo com a sua desigualdade. Segundo Alexandre Pinheiro, a progressividade foi o modo encontrado para que algo frontalmente inconstitucional pudesse ser declarado constitucional. Foi uma decisão inédita e de discutível compatibilidade com a Constituição (PINHEIRO, 2014). Segundo o Acórdão nº 353/2012:

O princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos, enquanto manifestação específica do princípio da igualdade, constitui um necessário parâmetro de atuação do legislador. Este princípio deve ser considerado quando o legislador decide reduzir o défice público para salvaguardar a solvabilidade do Estado. Tal como recai sobre todos os cidadãos o dever de suportar os custos do Estado. Tal como recai sobre todos os cidadãos o dever de suportar os custos do Estado, segundo as suas capacidades, o recurso excepcional a uma medida de redução dos rendimentos daqueles que auferem por verbas públicas, para evitar uma situação de ameaça ao incumprimento, também não poderá ignorar os limites impostos pelo princípio da igualdade na repartição dos inerentes sacrifícios. Interessando a sustentabilidade das contas públicas a todos, todos devem contribuir, na medida das suas capacidades, para suportar os reajustamentos indispensáveis a esse fim. É indiscutível que, com as medidas constantes das normas impugnadas, a repartição de sacrifícios, visando a redução do défice público, não se faz de igual forma entre todos os cidadãos, na proporção de sua capacidade financeiras, uma que elas têm um cariz universal, recaindo exclusivamente sobre as pessoas que

auferem remunerações e pensões por verbas públicas. Há, pois, um esforço adicional, em prol da comunidade, que é pedido exclusivamente a algumas categorias de cidadãos.

Para Alexandre Pinheiro:

criou-se, assim, um precedente instável e duvidoso, que abre caminho para que o Tribunal Constitucional, no futuro volte a autorizar que a uma norma declarada inconstitucional produza efeitos futuros, sem que tal resulte da letra da Constituição ou do espírito do legislador.

O segundo ponto negociado entre a *troika* e o governo de Portugal, e objeto de análise pelo TC, foi quanto à suspensão do subsídio de férias para os servidores ativos e o aumento da CES. Segundo o TC, expressamente a propósito da suspensão do subsídio de férias:

Embora se reconheça, em relação à suspensão do subsídio de férias, que possa ter ocorrido um acréscimo de expectativas decorrente da circunstância de o Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 353/2012, ter julgado inconstitucionais as medidas de suspensão do subsídio de férias e de Natal introduzidas pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, não se afigura que a adoção de uma tal medida, ainda que subsequente à formulação desse juízo de inconstitucionalidade, mereça, na exclusiva perspectiva da tutela da confiança, uma ponderação substancialmente distinta daquela que suscitou a manutenção da redução salarial. Com efeito, a suspensão do subsídio de férias integra-se, ainda, numa linha de atuação programada, de caráter plurianual, que visa a realização de objetivos orçamentais essenciais ao reequilíbrio das contas públicas, num contexto de particular excecionalidade, o que manifestamente configura a prossecução de um interesse público real, perceptível, claro e juridicamente enquadrável, coincidente com a preservação da capacidade de financiamento do Estado no âmbito das obrigações assumidas e, por essa via, com as possibilidades de realização das tarefas fundamentais a seu cargo.

No que concerne à suspensão do pagamento do subsídio de férias, o TC admitiu que poderia existir uma maior expectativa quanto à não introdução de medidas de suspensão dos subsídios de férias e de natal, atendendo o que no seu Acórdão n.º 353/2012 estava disposto pela inconstitucionalidade das normas referentes à Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro (PINHEIRO, 2014). Contudo, os indícios consistentes da necessidade de manutenção das medidas de redução da despesa pública levou o TC a não considerar as medidas incompatíveis com o princípio da proteção da confiança.

Segundo Alexandre Pinheiro, no que toca a suspensão de 90% do subsídio de férias dos reformados e aposentados, o TC reconheceu, desde logo, que os destinatários destas normas se encontram numa situação diferente daquela em que estão os funcionários do setor público que se encontram na ativa. Os primeiros, tem afetado um direito já constituído, passando a ser um direito adquirido, a partir do momento em que a pensão se torna exigível e lhe é efetivamente paga (PINHEIRO, 2014). Ainda assim, o TC considerou, também neste caso, que a violação o princípio da proteção da confiança e a frustração das expectativas legítimas dos aposentados e pensionistas, quando confrontadas com às razões do interesse público, são preteridas em detrimento do argumento da sustentabilidade do sistema de seguridade social (PINHEIRO, 2014).

Como medida inovadora, mas na busca pelo aumento da receita estatal, a lei orçamentária de 2011 passou a incluir a CES. Ela incide sobre pensões com valor superior a € 1.350, pagas não só por entidades públicas, mas abrangendo todas as prestações pecuniárias vitalícias devidas a qualquer título de aposentados, reformados, pré-aposentados ou equiparados que não estejam expressamente excluídas por disposição legal (PINHEIRO, 2014).

A CES assumiu uma progressividade da seguinte maneira: a) 3,5% sobre a totalidade das pensões de valor mensal entre € 1.350 e € 1.800; b) 3,5% sobre o valor de € 1.800 e 16% sobre o remanescente das pensões de valor mensal entre € 1.800,01 e € 3.750, perfazendo uma taxa global que varia entre 3,5% e 10%; e c) 10% sobre a totalidade das pensões de valor superior a € 3.750.

O TC, segundo Alexandre Pinheiro, estabeleceu que a CES é uma medida que visa financiar o sistema de seguridade social e que se apoia na racionalidade própria da estratégia seguida para combater a crise econômica.

Também, o tribunal considerou, igualmente, que estas medidas não são excessivamente diferenciadoras, atendendo às causas que as motivam, que os montantes em causa não são significativos e que como tal, a CES se encontra dentro dos limites do sacrifício (PINHEIRO, 2014). Logo, segundo o TC:

Um aspeto que se torna evidente, por tudo o que já anteriormente se expôs, é que os pensionistas afetados pela medida não se encontram na mesma situação de qualquer outro cidadão, justamente porque são beneficiários de

pensões de reforma ou de aposentação e de complementos de reforma, e é a sua distinta situação estatutária que determina a incidência da CES, como medida conjuntural, com a finalidade específica de assegurar a sua participação no financiamento do sistema de segurança social, num contexto extraordinário de exigências de financiamento que, de outra forma, sobrecarregariam o Orçamento do Estado ou se transfeririam para as gerações futuras. A Constituição não estabelece a proporção em que o financiamento da segurança social depende de qualquer uma das suas fontes, sendo essa matéria que está em grande medida à disposição do Estado no âmbito da sua liberdade de conformação política e legislativa.

Relativamente à CES, se verifica a prevalência do interesse público, justificado, segundo o TC, em ponderação, por uma excepcional e transitória descontinuidade do comportamento estatal. Ou seja, o risco de ser interrompido o pagamento dos benefícios por parte do Estado português.

2. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Ao se observar a situação do Brasil, quando comparada à de Portugal, há um ponto de diferença importante. O Brasil possui uma previsão constitucional para momentos de aguda crise fiscal do Estado e, também, na Lei Complementar nº 101/2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, apesar de nenhuma das duas terem sido utilizadas em suas respectivas vigências. Portugal, por sua vez, sem previsão legal para que houvesse um rápido ajuste fiscal, negociou as medidas com a *troika* e precisou da avaliação do TC para que as declarasse compatíveis com a sua Constituição e, nesse sentido, fossem válidas, pudessem ser aplicadas e produzissem efeitos.

A jurisprudência do TC português declarando a compatibilidade das medidas negociadas com a *troika*, com a Constituição do país, deu ensejo ao tema deste artigo “jurisprudência da crise”.

Na Constituição da República de 1988 (CR88), há uma previsão quanto à possibilidade de demissão de servidores públicos. Nesse caso, o Brasil não necessitaria de uma jurisprudência, como a portuguesa, para compatibilizar medidas que reduzem despesas do Estado e, conseqüentemente, flexibilizassem direitos consagrados. Contudo, a demissão de servidores públicos precisa ser feita por etapas, ou seja, primeiro devem ser desligados os de

cargo comissionado, em seguida os servidores não estáveis para, por fim, serem demitidos os servidores públicos estáveis.²

As medidas relativas à demissão de servidores públicos estão descritas nos parágrafos 3º e 4º, do artigo 169, da CR88, conforme descrito abaixo:

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

...

§ 3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no caput, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências:

I - redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;

II - exoneração dos servidores não estáveis.

§ 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.

...

Conforme o texto constitucional, no *caput* do artigo 169, as despesas da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal não poderão exceder limite estabelecido em lei complementar. Esse limite de gastos com pessoas está estabelecido na Lei de Responsabilidade Fiscal, nos incisos I, II e III, do seu artigo 19.³ Os gastos da União não podem ultrapassar 50% da sua despesa corrente líquida e dos Estados e dos Municípios 60%, conforme abaixo:

Art. 19. Para os fins do disposto no *caput* do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados:

I - União: 50% (cinquenta por cento);

II - Estados: 60% (sessenta por cento);

²Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm acesso em 16. Nov. 19.

³Presidência da República. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm acesso em 16. Nov. 19.

III - Municípios: 60% (sessenta por cento).

...

Portanto, se verifica que a previsão constitucional brasileira é ainda mais forte que a portuguesa, visto que a “jurisprudência da crise” não fala em demissões de servidores públicos, mas apenas na redução dos seus vencimentos e na extinção dos seus subsídios de férias.

Outro ponto muito importante é o previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu parágrafo 1º, do artigo 23, que autoriza a redução dos vencimentos dos servidores públicos. Essa redução tem como finalidade o reequilíbrio das finanças estatais e permiti-lo que honre com seus compromissos e a manutenção dos serviços públicos. A finalidade é a mesma de Portugal mas, conforme já dito, o Brasil já possui essa previsão legal e, num momento de crise como em Portugal, não precisará de jurisprudência constitucional compatibilizando medidas de redução de despesas públicas com o previsto na Constituição.

Art. 23. Se a despesa total com pessoal, do Poder ou órgão referido no art. 20, ultrapassar os limites definidos no mesmo artigo, sem prejuízo das medidas previstas no art. 22, o percentual excedente terá de ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes, sendo pelo menos um terço no primeiro, adotando-se, entre outras, as providências previstas nos §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição.

...

§ 1º No caso do inciso 1º do § 3º do art. 169 da Constituição, o objetivo poderá ser alcançado tanto pela extinção de cargos e funções quanto pela redução dos valores a eles atribuídos.

...

Nesse caso, o dispositivo acima descrito apenas regulamenta o já disposto nos parágrafos 3º e 4º, do artigo 169, da CR88. Ele possibilita que, ademais da demissão dos servidores públicos, o Estado poderá, também, reduzir os seus vencimentos, de acordo com a sua necessidade.

Entretanto, foi ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB), pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) e pelo Partido dos Trabalhadores (PT), a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2238 que questiona a constitucionalidade da Lei de

Responsabilidade Fiscal.⁴ A ADI pede ao STF a declaração da inconstitucionalidade de diversos trechos da Lei de Responsabilidade Fiscal, inclusive do parágrafo 1º, do art. 23, acima disposto e que permite a redução dos valores dos vencimentos dos servidores públicos.⁵

A ADI teve o seu julgamento suspenso no dia 22 de agosto de 2019, pelo Presidente do STF, Ministro Dias Toffoli, para aguardar o voto do Ministro Celso de Mello, já que não foi alcançada a maioria necessária à declaração de inconstitucionalidade da regra questionada.⁶ Votaram pela constitucionalidade do dispositivo o Ministro Alexandre de Moraes, relator da ADI, além dos Ministros Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes.

A divergência, por fim, foi aberta pelo Ministro Edson Fachin que, posteriormente, foi acompanhado pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Luiz Fux, Marco Aurélio Mello e Cármen Lúcia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, a exposição dos mecanismos portugueses e brasileiros sobre crises fiscais mostra algumas semelhanças e diferenças entre os dois caminhos trilhados. A primeira diferença entre Portugal e Brasil está na força normativa e na segurança de seus mecanismos. Enquanto Portugal não possui nenhuma lei ou disposição constitucional sobre o assunto, o Brasil possui ambos, ou seja, há previsão constitucional e uma lei complementar disciplinando a questão. Portugal, por sua vez, precisou de uma decisão judicial, de seu TC, para que as medidas de seu governo fossem compatibilizadas com o texto constitucional.

A última diferença verificada está na demissão de servidores públicos. A “jurisprudência da crise”, do TC de Portugal, não trata da questão que, no Brasil, possui assento constitucional. Apesar de tal mecanismo nunca ter sido utilizado pelo governo brasileiro, ele existe e está à disposição do gestor público.

⁴Supremo Tribunal Federal. **ADI 2238**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1829732> acesso em 16. Nov. 19.

⁵ Supremo Tribunal Federal. **LRF**: Suspenso julgamento sobre a redução de vencimentos de servidores para adequação de despesas com pessoal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=421330&ori=1> acesso em 18. Nov. 19.

⁶ Ibid.

A convergência, por sua vez, é quanto à redução dos vencimentos dos servidores. O Brasil já permite, em seu ordenamento jurídico, tal medida, ao passo que Portugal, novamente, apenas após a decisão do seu TC. Já os subsídios de férias, especificamente autorizados a serem reduzidos pela decisão portuguesa, não possuem autorização prévia no ordenamento brasileiro. Contudo, por possuírem natureza salarial e, conseqüentemente, fazerem parte dos vencimentos do trabalhador, poderão sim serem reduzidos numa eventual aplicação da medida.

A CES, inexistente em Portugal, mas autorizada pelo seu TC como um meio de aumentar a arrecadação do Estado, não era prevista no Brasil, tampouco. A medida foi introduzida no texto constitucional brasileiro com a promulgação da PEC nº 6/2019, também conhecida como reforma da previdência. Antes da reforma, os servidores públicos brasileiros recolhiam 11% sobre os seus vencimentos totais. Após a reforma, as alíquotas passaram a ser progressivas, variando entre 7,5% e 22%, conforme tabela abaixo.

Tabela 1: Tabela de Contribuição Previdenciária

POR FAIXA SALARIAL	ALÍQUOTA EFETIVAMENTE COBRADA SOBRE O TOTAL
Até 1 salário mínimo	7,5%
A partir de 1 salário mínimo até R\$ 2.000	9%

A partir de R\$ 2.000,01 até R\$ 3.000	12%
A partir de R\$ 3.000,01 até o teto	14%
Do teto até R\$ 10.000	14,5%
A partir de R\$ 10.000,01 até R\$ 20.000	16,5%
A partir de 20.000,01 até R\$ 39.000	19%
Acima de R\$ 39.000	22%

Fonte: BRASIL, Presidência da República, EC 103/2019, art. 28.

Além da modificação na estrutura da cobrança previdenciária, foi autorizada a contribuição extraordinária, como no caso português, no caso de um *déficit* atuarial. Nesse caso, o Brasil não precisaria de uma decisão judicial do seu Supremo Tribunal Federal que autorizasse uma cobrança previdenciária extraordinária, como em Portugal, para reforçar a arrecadação e garantir a continuidade/perenidade do comportamento estatal.

Logo, se constata a importância desse tipo de mecanismo para que o Estado consiga atravessar períodos de aguda crise fiscal com maior rapidez e facilidade. A adoção dessas medidas de maneira rápida visa readequar as receitas e as despesas do Poder Público, ancorando expectativas e, conseqüentemente, a retomada de investimentos privados e da atividade econômica. A demora, por sua vez, tem o efeito contrário. A insegurança de investidores na capacidade do Estado de honrar com seus compromissos financeiros derruba os investimentos e a atividade econômica, levando a econômica para um profundo ciclo recessivo, com sérias conseqüências sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

PINHEIRO, Alexandre Sousa. **A jurisprudência da crise:** Tribunal Constitucional português (2011-2013). Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7, nº 1, jan./jun. 2014.

CARVALHAL, Ana Paula. **Crise econômica e redução de salários em Portugal.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-nov-03/observatorio-constitucional-crise-reducao-salarios-portugal>. Acesso em 01. Nov. 19.

Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 16. Nov. 19.

Presidência da República. **Emenda Constitucional 103, de 12 de novembro de 2019.** Art. 28.

Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm>. Acesso em 26.2.2020.

Presidência da República. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.** Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em 16. Nov. 19.

Supremo Tribunal Federal. **ADI 2238.** Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1829732>. Acesso em 16. Nov. 19.

Supremo Tribunal Federal. **LRF:** Suspensão julgamento sobre a redução de vencimentos de servidores para adequação de despesas com pessoal. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=421330&ori=1>. Acesso em 18. Nov. 19.

A JURISPRUDÊNCIA DA CRISE E A POSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO DE DIREITOS EM PORTUGAL E NO BRASIL

The jurisprudence of the crisis and the possibility of flexibility of rights in Portugal and Brazil.

Hugo Pereira Matos⁷

Resumo: O presente artigo tem por finalidade a análise do instituto da jurisprudência da crise em Portugal e no Brasil. Tal fenômeno surgiu em Portugal, em meio a intensa crise econômico-financeira, que por sua relevância e gravidade, levou o Judiciário a analisar a constitucionalidade das medidas de austeridade adotadas pelo Poder Público, resultando na formação de um conjunto de precedentes em que se discute temas econômicos e fiscais de relevante interesse social. No Brasil, faz-se análise do julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) 2324, 2238, 2241, 2250, 2256, 2261, 2365 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 24, ambas versando acerca da inconstitucionalidade de alguns dos dispositivos da LC 101/2001, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). Debruçando o estudo acerca da possibilidade de redução dos vencimentos e da jornada laboral dos servidores públicos estáveis, com a expectativa de se obedecer aos limites impostos na legislação em análise, que diverge da regra prevista na Constituição de 1988, no que tange ao regime jurídico dos servidores públicos. Ademais, estuda-se a possibilidade de flexibilização de direitos e princípios consagrados como, por exemplo: a vedação ao retrocesso, a máxima efetividade e a proporcionalidade. Para tanto, utilizou-se como metodologia a revisão bibliográfica e estudo de caso, com vistas a traçar um panorama acerca da influência da jurisprudência da crise na recente discussão sobre constitucionalidade dos dispositivos da LRF brasileira.

Palavras-chave: Direito comparado. Jurisprudência da crise. Flexibilização de direitos. Lei de responsabilidade fiscal. Regime jurídico dos servidores públicos.

Abstract: *The purpose of this article is to analyze the institute of the jurisprudence of the crisis in Portugal and Brazil. This phenomenon arose in Portugal, in the midst of an intense economic and financial crisis, which, due to its relevance and seriousness, led the Judiciary to analyze the constitutionality of the austerity measures adopted by the Public Power, which resulted in the formation of a set of precedents in which economic and fiscal topics of relevant social interest*

⁷ Advogado. Aluno da especialização em Direito Constitucional, pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. E-mail: hugopmatos@gmail.com.

are discussed. In Brazil, an analysis is made of the joint judgment of Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2324, 2238, 2241, 2250, 2256, 2261, 2365 and the Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 24, both dealing with the unconstitutionality of some of the provisions of LC 101/2001, known as the Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), focusing on the study of the possibility of reducing the salaries and working hours of stable public servants, with the expectation of complying with the limits imposed by legislation in analysis, which differs from the rule provided for in the 1988 Constitution, with regard to the legal regime of civil servants. In addition, the possibility of flexibilizing established rights and principles is being studied, such as, for example, the prohibition against retrogression, maximum effectiveness and proportionality. To this end, the bibliographic review and case study was used as a methodology, in order to draw a panorama about the influence of the crisis jurisprudence in the recent discussion about the constitutionality of the Brazilian LRF provisions.

Keywords: Comparative law. Case law of the crisis. Flexibilization of rights. Tax liability law. Legal regime of public servants

SUMÁRIO: Introdução; I. O surgimento da jurisprudência da crise em Portugal; II. A jurisprudência da crise e a possibilidade de flexibilização de direitos e garantias fundamentais; III. Lei de Responsabilidade Fiscal e a discussão acerca da jurisprudência no Brasil; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

O conceito de jurisprudência da crise surgiu em Portugal atrelado à atuação do Judiciário na análise da constitucionalidade das medidas de austeridade adotadas pelo Poder Público em períodos de crise econômico-financeira.

Manifesta-se por meio da possibilidade de flexibilização de direitos e garantias constitucionalmente assegurados, e tem por finalidade a promoção da supremacia do interesse público, observando a transitoriedade e a urgência das medidas adotadas na expectativa de contribuir com a contenção e reestabelecimento das finanças do Estado.

O Tribunal Constitucional Português passou a exercer um papel de protagonismo no cenário econômico a partir de 2011, à medida que suas decisões promoveram relevantes efeitos econômicos e alterações na relação entre os cidadãos e o Estado, relativizando alguns direitos sociais de segunda geração como, por exemplo, os direitos trabalhistas.

Nesse contexto, destaca-se o Acórdão nº 396/2011, que, com fundamento na prevalência do interesse público, afirmou a constitucionalidade de medida que tinha por

finalidade a redução remuneratória dos servidores públicos portugueses que percebiam mais de €1.500,00 (um mil e quinhentos euros) mensais, justificada pela manifesta situação de desequilíbrio orçamentário.

No Brasil, a discussão acerca do tema é atrelada à análise da constitucionalidade de alguns dos dispositivos da Lei Complementar 101/2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), na qual se discute a possibilidade da redução dos vencimentos e jornada laboral dos servidores públicos estáveis, com a finalidade de atingir uma adequação entre as finanças públicas e os gastos com pessoal.

Dessa forma, tem-se como objetivo geral a análise do instituto da jurisprudência da crise em Portugal e no Brasil, buscando estabelecer um estudo de direito comparado. Assim como um estudo de caso da recente discussão no Supremo Tribunal Federal, sobre os dispositivos da LRF, no julgamento conjunto das ADI 2324, 2238, 2241, 2250, 2256, 2261, 2365 e ADPF 24.

No primeiro capítulo, estuda-se o surgimento da jurisprudência da crise em Portugal, por meio da análise do contexto histórico e a situação de crise econômico-financeira estabelecida a partir de 2008, que impulsionou o Tribunal Constitucional a adotar uma postura ativa a datar de 2011, com a edição do Acórdão nº 396, responsável pela inauguração do conjunto de precedentes que passou a analisar as medidas de austeridade do Poder Público.

Em seguida, passa a analisar a possibilidade de flexibilização dos direitos e garantias fundamentais valendo-se da tese da jurisprudência da crise. Nesse tópico, discorre-se acerca da possibilidade de mitigação de princípios, como: a vedação ao retrocesso social, a máxima efetividade, a proteção da confiança e a proporcionalidade, bem como, a supremacia do interesse público sobre o privado e os argumentos de instabilidade financeira como tese para supressão, ainda que transitória, de direitos consagrados constitucionalmente.

Por último, o artigo se dedica ao estudo dos *leading cases*: ADI 2324, 2238, 2241, 2250, 2256, 2261, 2365 e ADPF 24 reunidos para julgamento em conjunto pelo plenário do STF. Foca-se, nesse ponto, no exame da possibilidade de flexibilização do regime jurídico dos servidores públicos estatutários, face à iminente discussão sobre a eventual aplicação da jurisprudência da crise aos *cases* ora citados.

Em suma, tal aplicação representaria a flexibilização do direito à irredutibilidade salarial dos servidores públicos, previsto no art. 37, XV da Constituição Federal de 1988, fazendo prevalecer o interesse público, na medida em que a aplicação do dispositivo impugnado da LRF permitiria que Estados e Municípios brasileiros passassem a se valer da redução dos vencimentos e da jornada de trabalho dos seus servidores públicos estáveis, como meio de arrefecer a situação de crise econômico-financeira na qual se encontram.

1. O SURGIMENTO DA JURISPRUDÊNCIA DA CRISE EM PORTUGAL

O termo crise é utilizado para conceituar os momentos de precipitação econômica ou social, causadores de múltiplos reflexos, face à escassez de recursos e a agitação dos diversos setores da sociedade que sentem a curto ou a longo prazo os efeitos derivados da instabilidade da economia, fomentando algumas restrições, dentre elas, a perda ou a diminuição do poder aquisitivo da população.

A crise influi negativamente no gozo dos direitos e garantias fundamentais, podendo estabelecer um período de inconstância em sua efetividade, na medida em que afeta a promoção dos direitos de segunda dimensão, podendo suprimi-los com justificativas de cunho econômico.

Destacam-se as restrições ao direito ao trabalho, sendo inúmeras as demissões; ao direito a um padrão de vida adequado, tendo em vista o empobrecimento generalizado; ao direito à seguridade social e à proteção social, ao direito à moradia, ao direito à educação e ao direito a bens vitais, como água, alimentação e saúde, devido a reduções de investimentos (...) Direitos civis e políticos também sofrem devido à crise. O direito a participar de assuntos públicos, o direito à transparência através de prestação de contas e do acesso a informações relevantes são afetados (MAGALHÃES, 2017, p.9).

Nesse contexto de notória desordem, ambos os poderes passam a atuar com maior altivez, em busca do arrefecimento da situação estabelecida. Dessa forma, passam a adotar medidas que contribuam de forma eficaz com a diminuição dos efeitos da crise, podendo com isso, em evidente ponderação, afetar os direitos do cidadão.

Em 2008, iniciou-se uma grave situação de crise em Portugal, consequência da crise econômica global e do setor imobiliário, que trouxe inúmeros reflexos negativos à Nação, incluindo a falência de várias instituições financeiras e o crescimento latente dos índices de

desemprego, afetando em larga escala, a TROIKA, equipe constituída pelo Fundo Monetário Internacional (FMI), Banco Central Europeu (BCE), e Comissão Europeia.

O conceito de jurisprudência da crise surge nesse cenário, quando o Tribunal Constitucional, motivado pela grave situação socioeconômica no plano interno e externo, passou a apreciar medidas de austeridade do Estado, promovendo, por meio das suas decisões, interferências na seara da economia.

O Tribunal Constitucional tornou-se, desde 2011, um actor público fundamental, incontornável na comunicação social, considerado a figura nacional do ano de 2013 pelo influente semanário “Expresso”. A sua jurisprudência foi amplamente comentada pelo Primeiro-Ministro, membros do Governo, deputados da oposição, economistas e sindicalistas. Atribuiu-se às suas decisões efeitos macroeconómicos, alterações fiscais e influência na relação entre Portugal e a designada TROIKA. Idolatrado e detestado – existindo figuras públicas relevantes defendendo a sua extinção – o TC foi resgatado à descrição e, até, ao desconhecimento (PINHEIRO, 2014, p. 169).

Dessa forma, observa-se um ativismo por parte do Judiciário, à medida que tais precedentes passam a exercer relevante repercussão econômica na sociedade, na busca de um “rearranjo jurídico necessário para responder às demandas que surgem em razão da realidade crítica.” (MAGALHÃES, 2017, p. 12).

Nesse mesmo sentido, Pinheiro (2014, p. 170) entende que tal conceito “traduz um processo negocial entre a interpretação normativa da Constituição e a necessidade de ceder perante as exigências das circunstâncias”.

Isso posto, denota-se que tais medidas adotadas pelo Judiciário são aferidas de acordo com a situação concreta, podendo este, por meio da hermenêutica, buscar o reajuste dos interesses, com o escopo de contribuir com a diminuição dos efeitos da crise.

Redução da despesa e alargamento da receita passaram a ser tópicos interpretativos da Constituição, mediados pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade e da protecção da confiança. Apesar de se procurar uma retórica da blindagem do texto constitucional à ‘austeridade’, afigura-se evidente que as decisões do TC acompanharam o ‘mundo dos factos’ (PINHEIRO, 2014, p. 170).

Um exemplo expressivo da adoção dessa tese pelo Tribunal Constitucional Português, foi a decisão contida no Acórdão nº 396/2011, que afirmou a constitucionalidade de medida de austeridade, que consentiu com as reduções remuneratórias nos salários dos servidores

públicos que percebiam mais de €1.500 (um mil e quinhentos euros) mensais, numa percentagem de 3,5% a 10%.

A situação de desequilíbrio orçamental e à apreciação que ela suscitou nas instâncias e nos mercados financeiros internacionais são imputados generalizadamente riscos sérios de abalo dos alicerces (senão, mesmo, colapso) do sistema económico-financeiro nacional, o que teria também, a concretizar-se, consequências ainda mais gravosas, para o nível de vida dos cidadãos. As reduções remuneratórias integram-se num conjunto de medidas que o poder político, actuando em entendimento com organismos internacionais de que Portugal faz parte, resolveu tomar, para reequilíbrio das contas públicas, tido por absolutamente necessário à prevenção e sanção de consequências desastrosas, na esfera económica e social (PINHEIRO, 2014, p.172).

Para tanto, adotou-se a supremacia do interesse público como justificativa para a afirmação da constitucionalidade da medida supracitada, uma vez que a gravidade da situação, por si só, possibilitou a ponderação entre este e princípios como a igualdade, proporcionalidade, proteção da confiança e vedação do retrocesso social.

O Tribunal Constitucional Português, reconhecia o princípio da Vedação ao Retrocesso Social em suas decisões, desde 1984, com a edição do Acórdão nº39/84, que previa a impossibilidade de se suprimir um direito já concedido. Tal entendimento, ficou superado com o conteúdo do Acórdão nº396/2011, que instituiu a “jurisprudência da crise”, à medida que, em nome da supremacia do interesse público se permitiu a mitigação de direitos sociais, no caso, a redução da remuneração dos servidores públicos portugueses que percebiam mensalmente mais de €1.500 (mil e quinhentos euros).

Outrossim, tal justificativa também pôde ser observada nos Acórdãos 353/2012 e 187/2013. No primeiro, o TC estabeleceu a própria redução remuneratória dos seus servidores em até 20%. No segundo caso, promoveu a distinção entre o direito à retribuição e o direito à irredutibilidade do montante, definindo que, a diminuição unilateral do montante, não necessariamente constitui uma violação ao direito à retribuição.

A colocação do direito à intangibilidade salarial fora do âmbito de tutela do artigo 59.º, n.º 1, alínea a), da CRP apenas permite sustentar a diferenciação de campos valorativos e de parâmetros de valoração entre o direito à retribuição e o direito à irredutibilidade do seu montante, de tal modo que a diminuição unilateral deste não constitui sempre, por implicação necessária, uma afetação daquele. O facto de o direito a um certo *quantum* de remuneração não estar protegido pelo artigo 59.º, n.º 1, alínea a), significa apenas e tão-só a inaplicabilidade, em princípio, desta regra como parâmetro de valoração, não assegurando, sem mais, a constitucionalidade da medida em causa. Uma vez fixado, por critérios de direito ordinário, o conteúdo do direito ao salário (sem precisa determinação constitucional), uma mudança legislativa que afete negativamente esse conteúdo tem que encontrar

justificação bastante, à luz dos princípios constitucionais pertinentes, sob pena de inconstitucionalidade (Acórdão nº 187/2013, do Tribunal Constitucional Português).

Decerto, para aplicação da jurisprudência da crise, deve-se ter por base parâmetros de gravidade, passando pelo crivo da proporcionalidade, ao passo que não é qualquer situação de instabilidade econômico-financeira que justifica a adoção da tese pelo Judiciário. Assim, a proporção do déficit orçamentário e as consequências sentidas pela sociedade como um todo são os principais termômetros para a sua delimitação.

Ademais, tais medidas devem ser dotadas de transitoriedade, pois não é legítimo que os cidadãos cumpram por tempo indeterminado as deliberações impostas, tendo em vista que, antes de serem definitivamente aplicadas, devem ser avaliadas sob a ótica do impacto econômico, da essencialidade dos bens jurídicos envolvidos e dos demais efeitos reflexos que podem ocasionar.

2. A JURISPRUDÊNCIA DA CRISE E A FLEXIBILIZAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A aplicação da jurisprudência da crise pode ter como consequência a mitigação de alguns dos institutos constitucionalmente consagrados ou a sua releitura, na busca de uma adequação entre o contexto social e a fundamentação jurídica da decisão. Com essa técnica, se promove uma espécie de ponderação de interesses para, de acordo com o caso concreto, estabelecer quais deles deve prevalecer. Nas palavras de Magalhães:

Sem que seja sequer necessário abordar qualquer argumento econômico, a jurisdição constitucional se sensibiliza ao contexto de crise, promovendo uma releitura de institutos jurídicos já consagrados. A jurisprudência da crise resulta, assim, da maleabilidade dos conceitos, que permite sua adequação à fundamentação de decisões pragmaticamente aspiradas pela corte. Por ser velada e sutil, a estratégia dificilmente é identificada (MAGALHÃES, 2017, p.76).

Dessa forma, o núcleo essencial dos direitos constitucionais pode ser flexibilizado com base na sua adequação à situação de iminente crise econômico-financeira. Princípios como o da vedação ao retrocesso social e o da máxima efetividade, por exemplo, podem dar espaço à supremacia do interesse público.

Canotilho (2008), aponta a “gradualidade” na realização dos direitos sociais e a “não reversibilidade social”, como um dos empecilhos em tempos de crise, posto que, face o caráter

positivo desses direitos e a exigência de uma maior atuação estatal, se exige uma maior disponibilidade orçamentária. Sobre o tema, leciona:

O rígido princípio da não reversibilidade, ou, me formulação marcadamente ideológica, o princípio da proibição da evolução reacionária, pressuponha um progresso, uma direção e uma meta emancipatória, unilateralmente definidas: aumento contínuo de prestações sociais. Deve relativizar-se este discurso que nós próprios enfatizámos noutros trabalhos. 'A dramática aceitação de menos trabalho e menos salário, mas trabalho e salário para todos', o desafio da bancarrota da previdência social, o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social (CANOTILHO, 2008, p.110-111).

Sarlet (2009, p. 11) ao analisar o princípio da vedação ao retrocesso social, entende que o mesmo se dirige a “toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do Poder Público, com destaque para o legislador e o administrador, que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais”.

O Acórdão nº 396/2011 do Tribunal Constitucional Português promoveu a ratificação da redução remuneratória dos servidores públicos portugueses e teve a sua constitucionalidade questionada, face à afronta a preceitos como a irredutibilidade da qual goza o salário.

Diante disso, ficou firmado pelo TCP que a irredutibilidade salarial não compõe o rol dos direitos que gozam da “jusfundamentalidade”. Afirmando em contrassenso, a “fundamentalidade” do “direito à retribuição” que deve ser gozado plenamente pelo servidor.

No que tange ao tema, ficou firmada a tese da impossibilidade de considerar como uma garantia inserida no âmbito de proteção do direito à retribuição trabalhista a fixação de um montante concreto dessa retribuição, irredutível por lei, independente das circunstâncias e das variáveis de viés económico-financeiras. *In verbis*:

Direito fundamental, esse sim, é o "direito à retribuição", e direito de natureza análoga aos direitos liberdades e garantias, como é pacífico na doutrina e este Tribunal tem também afirmado (cfr., por exemplo, o acórdão n.º 620/2007). Mas uma coisa é o direito à retribuição, outra, bem diferente, é o direito a um concreto montante dessa retribuição, irredutível por lei, sejam quais forem as circunstâncias e as variáveis económico-financeiras que concretamente o condicionam. Não pode, assim, entender-se que a intocabilidade salarial é uma dimensão garantística contida no âmbito de proteção do direito à retribuição do trabalho ou que uma redução do *quantum* remuneratório traduza uma afetação ou restrição desse direito (Acórdão do Tribunal Constitucional nº 187/2013 de 22-04-2013).

Dessa forma, fica evidenciada a tendência adotada pelo TCP na análise da constitucionalidade das medidas de austeridade impostas, evidenciando a importância da contextualização da matéria, perante um conjunto de valores, bens e interesses, que não se limitam à mera interpretação textual das normas constitucionais.

Contudo, tal posicionamento foi criticado por uma parte da doutrina, ao exemplo de Leitão (2011), que se manifestou no sentido de que com tal procedimento, a Constituição vai sendo reescrita pelo TCP, estabelecendo um receio de que em breve nada reste da proteção dos direitos fundamentais.

Direitos trabalhistas representam altos benefícios para os trabalhadores, mas altos custos para o pequeno empresário, que sob risco de falência, pode aumentar a taxa de desemprego. Da mesma forma, a flexibilização dos direitos trabalhistas representa grande benefício para o empresariado, mas pode comprometer a sobrevivência de família, levado ao extremo. O mesmo ocorre em relação à crise federativa. É sabido que os estados-membros se encontram em calamidade financeira, mas a União, que possui despesas muito mais vultosas, também está deficitária, assim como os contribuintes, pessoas físicas ou jurídicas, equilibram-se na corda bamba (MAGALHÃES, 2017, p. 252).

Em suma, para que haja a flexibilização de direitos pela jurisprudência da crise deve-se observar os limites do interesse público, a transitoriedade das medidas de austeridade impostas, a essencialidade do bem jurídico em questão, dentro de padrões “consequencialistas”, face à excepcionalidade da medida adotada em suprimir direitos sociais constitucionalmente consagrados.

3. LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL E A DISCUSSÃO ACERCA DA JURISPRUDÊNCIA DA CRISE NO BRASIL

A Lei Complementar 101/2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), traz em seu conteúdo as diretrizes que regem as despesas públicas dos estados e municípios brasileiros, e tem como principal escopo a promoção de meios, para que estes mantenham hígdas e estáveis suas dotações fiscais e orçamentárias.

A LRF, em seu art. 19, II e III, prevê como teto para a despesa total com pessoal para os estados e municípios, o limite de 60%. À época da sua edição, no ano 2000, a mesma

possibilitava a redução temporária da jornada de trabalho com adequação dos vencimentos à nova jornada, em seu art. 23, §2º.

Art. 19. Para os fins do disposto no caput do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados:

I - União: 50% (cinquenta por cento); II - Estados: 60% (sessenta por cento); III - Municípios: 60% (sessenta por cento).

Contudo, no ano 2002, a constitucionalidade do art. 23 da LRF foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal. Tal artigo prevê a possibilidade de redução salarial e da jornada laboral dos servidores públicos, nas situações em que o ente federado extrapole os limites orçamentários estabelecidos pela legislação:

Art. 23. Se a despesa total com pessoal, do Poder ou órgão referido no art. 20, ultrapassar os limites definidos no mesmo artigo, sem prejuízo das medidas previstas no art. 22, o percentual excedente terá de ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes, sendo pelo menos um terço no primeiro, adotando-se, entre outras, as providências previstas nos §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição.

§ 1º No caso do inciso I do § 3º do art. 169 da Constituição, o objetivo poderá ser alcançado tanto pela extinção de cargos e funções quanto pela redução dos valores a eles atribuídos.

§ 2º É facultada a redução temporária da jornada de trabalho com adequação dos vencimentos à nova carga horária.

À época, o STF, julgando liminarmente a matéria do artigo impugnado, declarou a sua inconstitucionalidade, por entender que o mesmo desobedece ao preceito constitucional que prevê a irredutibilidade do salário percebido pelos servidores públicos.

A repercussão da matéria em análise, reside no fato de os Estados e Municípios brasileiros, em sua grande maioria, possuírem despesas acima do limite imposto pela LRF, sendo a aplicação da regra supracitada uma forma de resolução dos problemas orçamentários, responsáveis pela situação de grave crise financeira enfrentada há anos por alguns desses entes. A discussão acerca da constitucionalidade dos dispositivos da LRF, que versam sobre a redução dos vencimentos e da jornada laboral de servidores públicos estáveis, com o escopo de se buscar conformidade com os limites impostos para despesas com pessoal, voltou ao STF, atrelada à “jurisprudência da crise”.

O servidor público, após a aprovação em concurso público, é submetido a três anos de estágio probatório e posteriormente à avaliação especial de desempenho, para só então, alcançar a estabilidade, que lhe garante a permanência no cargo empossado, conforme preceitua Helly Lopes Meireles:

Estabilidade é a garantia constitucional de permanência no serviço público outorgada ao servidor que, nomeado para cargo de provimento efetivo, em virtude de concurso público, tenha transposto o estágio probatório de três anos, após submetido a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade. (...) Estágio Probatório de três anos, terceira condição para a estabilidade, é o período de exercício do servidor durante o qual é observada e apurada pela Administração a conveniência ou não de sua permanência no serviço público, mediante verificação dos requisitos estabelecidos em lei para a aquisição da estabilidade (idoneidade moral, aptidão, disciplina, assiduidade, dedicação ao serviço, eficiência etc.) (MEIRELLES, 2013, p. 445).

A possibilidade de flexibilização de tal regra constitucional, se dá em razão das diretrizes orçamentárias previstas na LRF, que afastariam a estabilidade dos servidores públicos mediante a situação de extrapolação do teto de gastos com pessoal limitado a 60% para os Estados e Municípios, permitindo assim, a mitigação extraordinária da regra prevista no art. 37, XV, da CF/88.

As ADI 2324, 2238, 2241, 2250, 2256, 2261, 2365 e ADPF 24, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, foram reunidas para julgamento em conjunto pelo plenário do STF. É válido destacar, que a ADI 2238 é a mais abrangente de todas, impugnando um número maior de dispositivos da lei ora analisada.

Inicialmente, foram analisadas as impugnações aos parágrafos 1º e 2º, do artigo 23, da LRF, que versam acerca da extinção de cargos e funções e a redução temporária dos vencimentos salariais e da jornada de trabalho, nesta ordem. O relator, entendeu que os parágrafos em questão estão em conformidade com os preceitos constitucionais da eficiência e da razoabilidade, e com o art. 169, da CF/88, que viabiliza a extinção de cargos de servidores estáveis. *Ipsis litteris*:

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

§ 3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no caput, a União, os Estados,

o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

- redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

- exoneração dos servidores não estáveis. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (Vide Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 5º O servidor que perder o cargo na forma do parágrafo anterior fará jus a indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 6º O cargo objeto da redução prevista nos parágrafos anteriores será considerado extinto, vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou semelhantes pelo prazo de quatro anos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

De acordo com o Ministro Alexandre de Moraes, em sua manifestação, “não seria razoável impedir ao legislador a criação de um caminho intermediário que preservasse a garantia maior, que é a estabilidade, por meio de uma relativização temporária e proporcional de uma garantia instrumental: a irredutibilidade de vencimentos”.

Dessa forma, compreende-se que, tanto a CF/88, quanto a LRF, dispõem de instrumentos úteis para as situações em que ocorre extrapolação do limite de gastos, como por exemplo, o corte de despesas com os cargos comissionados, a exoneração dos servidores que não gozam de estabilidade, a redução da jornada de trabalho e dos vencimentos salariais, e também, em última *ratio*, a extinção dos cargos ocupados por servidores estáveis.

Ainda de acordo com o Relator, tal possibilidade não trata de uma arbitrariedade da LRF, tendo em vista referir-se a uma medida excepcional e temporária, que visa preservar o interesse público. Evita-se assim, a extinção dos cargos ocupados por servidores estáveis, com a impossibilidade de recriação de tais cargos por quatro anos subsequentes, e a necessidade de novos concursos públicos para selecionar novos servidores, quando a situação fiscal se estabilizar. Mostra-se, assim, uma alternativa menos restritiva para um momento de crise.

O ministro Edson Fachin divergiu no que diz respeito à possibilidade de redução da jornada laboral e dos vencimentos, por entender não ser cabível a flexibilização de tal preceito

constitucional, com a intenção de se reduzir a onerosidade incumbida ao Estado. Entendeu que, caso seja considerada em juízo de conveniência e oportunidade, a redução da despesa pública com óbice na redução salarial deve se ater ao que prevê o texto constitucional em seu art. 169, §3º e 4º, já citado.

Ademais, invocou a jurisprudência da Corte, para destacar a impossibilidade de invocar a retenção salarial como meio de se reduzir os gastos com pessoal, com a finalidade de adequá-los aos limites legais, o que, a seu ver, contraria o art. 37, XV, da CF/88, caracterizando uma “cláusula de irredutibilidade dos rendimentos”:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

XV - o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Acompanharam o voto do ministro Edson Fachin, nesse sentido, os ministros Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, e Marco Aurélio. Acompanhou em parte a divergência, a ministra Cármen Lúcia, que entendeu ser possível a redução da jornada laboral, mas não dos vencimentos dos servidores públicos detentores de estabilidade.

Outra tese levantada no julgamento, foi a possibilidade da adoção de interpretação conforme à Constituição, arguida pelo presidente da Corte, Ministro Dias Toffoli, que entendeu pela possibilidade de adesão à redução de jornada e de vencimentos, desde que em estrita conformidade com os requisitos do art. 169, §3º, I, da CF/88, sendo alcançados inicialmente os servidores não estáveis, afetando os servidores estáveis, somente em último caso.

Nada obstante, o relator manifestou-se no sentido de que o princípio federativo, da separação dos poderes, e os atinentes à responsabilidade fiscal em questão no processo, não devem ser flexibilizados, tecendo uma crítica à jurisprudência da crise, e indicando a sua inaplicabilidade no caso, por entender que o STF deve-se ater à interpretação constitucional, por temer a criação de um precedente que possibilite interpretação divergente da Constituição após o fim do que se considera “crise”.

A “jurisprudência da crise” é uma das saídas defendidas pelo governo e governadores para sensibilizar o STF diante da resistência de ministros em mexer com direitos dos servidores. O advogado-geral da União, André Luiz de Almeida Mendonça, se posicionou favorável à redução, pelos estados, da carga de trabalho com diminuição da remuneração de servidores. “Isso já foi considerado constitucional em Portugal naquela grande crise de 2009/2010. A nossa defesa será nesse sentido. Houve uma mudança brusca com a eleição do presidente Bolsonaro. Ela traz um novo padrão no pensamento da coisa pública”, disse (JOTA, 2019).

Diante desse cenário, resta aguardar a decisão final do STF sobre o assunto em questão. Se irá adotar o mesmo posicionamento do TCP, no que tange à jurisprudência da crise, ou se vai manter uma postura mais conservadora diante do déficit orçamentário manifestado pelos estados e municípios brasileiros, que há muito vem ultrapassando os limites impostos com gastos com pessoal determinados pela LRF.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Situações de crise econômico-financeira representam momentos de tensão nos mais distintos segmentos que compõem a sociedade, uma vez que a escassez típica desses hiatos promovem diversos efeitos negativos no plano nacional e internacional, à medida que a Nação passa a buscar soluções que possam influir na redução do iminente déficit orçamentário.

Dessa forma, ambos os poderes federados passam a valer-se das suas atribuições de forma mais ativista e voltada à identificação da situação de gravidade da crise para primar por uma atuação pautada na observância da política financeira adotada até então pelo país, permitindo que, assim, possam ser traçadas novas diretrizes por meio de uma maior cooperação entre as esferas sociais.

Como visto, foi nesse contexto que surgiu em Portugal a jurisprudência da crise, marco representativo da interferência e influência do Judiciário na esfera econômica. Por meio

das suas decisões, se analisou a constitucionalidade das medidas de austeridade adotadas pelo Poder Público, promovendo reflexos econômicos e fiscais na sociedade portuguesa.

Por meio da edição do Acórdão nº 396/2011, a Corte Portuguesa exerceu um papel de protagonismo no cenário nacional, ao aduzir a constitucionalidade da redução salarial dos servidores públicos que percebiam mais de €1.500,00 (um mil e quinhentos euros) mensais, promovendo, dessa forma, a flexibilização de direitos sociais em nome da prevalência do interesse público.

O posicionamento do Tribunal foi inteiramente pautado na observância da urgência e transitoriedade das medidas adotadas, face à iminência da grave situação das finanças públicas do país, tendo por escopo contribuir com o processo de contenção do orçamento da nação portuguesa, gerando efeitos macroeconômicos.

Com isso, parte da doutrina, que antes entendia pela impossibilidade de mitigação de um preceito constitucional já consolidado, passou a entender a excepcional possibilidade de flexibilização de direitos sociais através da jurisprudência da crise, posto que a situação de limitação orçamentária dificultaria a aplicação de tais garantias, admitindo, portanto, sua restrição temporária para prevalecer o interesse público.

Assim, princípios como o da vedação ao retrocesso social, da máxima efetividade e da proporcionalidade, são ponderados de acordo com a situação fática, dando espaço à concretização daquele que mais se adéqua à demanda em questão, levando em consideração a relevância e a contribuição para a superação do atual cenário socioeconômico.

Por meio dessa discussão, além da aplicação das reduções remuneratórias, o Tribunal Constitucional Português, por meio do Acórdão nº 187/2013, emitiu uma importante decisão no que tange à irredutibilidade salarial e ao direito à retribuição trabalhista, fazendo prevalecer o entendimento de que o primeiro não se insere no âmbito de proteção do segundo, e permitindo a sua redução diante do caso concreto.

No Brasil, a jurisprudência da crise está atualmente atrelada à discussão acerca da constitucionalidade de alguns dos dispositivos da LRF, principalmente no que diz respeito à possibilidade de flexibilização do regime jurídico dos servidores públicos estatutários, com a correspondente redução dos vencimentos e da jornada de trabalho dos mesmos.

Depreende-se de tudo quanto exposto, que a relação entre a discussão dos institutos jurídicos da LRF e a jurisprudência da crise se dá pela situação de *deficit* fiscal e orçamentário que os Estados e Municípios brasileiros vêm enfrentando há muito. Com isso, o entendimento adotado pelo TC português poderia ser uma forma de alargamento da receita e redução da despesa com pessoal desses entes.

Enquanto se aguarda o julgamento definitivo do complexo de ADI em questão, destaca-se que a constitucionalidade de tal excepcionalidade prevista na LRF poderá representar a flexibilização do direito à irredutibilidade salarial, previsto no art. 37, XV, da CF/88.

Como estudado, o STF até então, mostra-se arredo à adoção dessa tese, na medida em que se atém à interpretação estrita do texto constitucional, evitando delimitar um momento de crise, por receio em incidir na formação de um precedente que possa perdurar mesmo após o fim da grave situação econômica usada como justificativa da flexibilização de direitos.

Dessa forma, resta aguardar o posicionamento final do STF, no que tange à possibilidade de flexibilização do regime dos servidores públicos estáveis, com a aplicação da tese da jurisprudência da crise, semelhante ao contexto observado em Portugal a partir de 2011. Ou ainda, com a possibilidade de prevalência do texto constitucional no que diz respeito ao direito à irredutibilidade salarial, fazendo prevalecer os princípios da Carta maior em detrimento do contexto econômico- financeiro apresentado nos Estados e Municípios brasileiros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 nov. 2019.

_____. **Lei Complementar nº 101**, de 04 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm> . Acesso em: 28 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2238**. Relator(a): Min. Alexandre de Moraes. Processo(s) Apensado(s): ADI 2256, ADI 2241, ADI 2261, ADI 2365. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1829732>>. Acesso em 04 dez. 2019.

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 7. Ed. Almedina, 2009.

CANOTILHO, J.J Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

LEITÃO, Luís Menezes. **Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 396/2011**. Revista da Ordem dos Advogados, Ano 71, IV, Lisboa, Outubro-Dezembro, 2011.

LRF: Suspenso julgamento sobre a redução de vencimentos de servidores para adequação de despesas com pessoal. **Notícias STF**, 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=421330>>. Acesso em: 02 dez. 2019.

MAGALHÃES. Andrea. **Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33ª Edição. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. Malheiros Editores. São Paulo, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PINHEIRO, Alexandre Sousa. **A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013)**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7, no. 1, jan. /jun. 2014.

ISSN 1982-4564. Disponível em:

<<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/961/641>>. Acesso em: 02 dez. 2019.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. **Acórdão nº 396/2011**. Disponível em:

<<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html>> . Acesso em: 30 nov. 2019.

_____. Tribunal Constitucional Português. **Acórdão nº 353/2012**. Disponível em:

<<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>> . Acesso em: 30 nov. 2019.

_____. Tribunal Constitucional Português. **Acórdão nº 187/2013**. Disponível em:

<<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>> . Acesso em: 30 nov. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988**. Revista de Direito do

Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 30, abr./jun 1999, p. 97. Disponível em:

<<http://www.revistasrtonline.com.br/portalrt/template.htm?view=main>>. Acesso em: 30 nov. 2019.

Sessão do STF – 22/08/2019. **Jota**, 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/ao-vivo-sessao-do-stf-22-08-2019-22082019>> . Acesso em 04 dez. 2019.

CONSELHO EDITORIAL

DIREÇÃO ACADÊMICA

Francisco Schertel

COORDENAÇÃO

Anna Carolina P. R. Finageiv

José dos Santos Carvalho Filho

COMUNICAÇÃO & MARKETING

Gabriel Aragão

DIAGRAMAÇÃO

Juliana Vasconcelos

IMAGENS

Banco de imagem IDP