



Faculdade CNEC
Campo Largo

REJUR

Revista Eletrônica Jurídica

**VOLUME 5
N. 2
JUL-DEZ
ANO 2018**

ISSN: 2236-4269

SUMÁRIO

1.
RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: DIREITOS E DEVERES DELA DECORRENTES

Juliana Aparecida Vanelli Ferreira

Páginas 2-24

2.
A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: UM OBSTÁCULO NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Bruna Schlichting

Páginas 25-42

3.
OS EFEITOS DA REFORMA TRABALHISTA: 36% MENOS PROCESSOS E EFICIÊNCIA JURÍDICA

Marcella Braga Marinho

Páginas 43-48

4.
CIDADES E POLUIÇÃO SONORA: DESAFIOS DO DIREITO SOCIOAMBIENTAL PARA O DESENVOLVIMENTO

José Osório do Nascimento Neto e Vladimir Passos de Freitas

Páginas 49-69

5.
DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA. REVISITANDO A NOÇÃO DE SEMIPERIFERIA

Maria Luíza Alencar Mayer Feitosa

Páginas 70-76

RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: DIREITOS E DEVERES DELA DECORRENTES

*RECOGNITION OF THE SAME-SEX PARTNERSHIP AS A FAMILY ENTITY:
RIGHTS AND DUTIES OF HER CURRENT*

Juliana Aparecida Vanelli Ferreira¹

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo abordar as decisões do STJ e STF em relação à União Estável Homoafetiva. O Supremo Tribunal Federal reconhece a união estável entre pessoas do mesmo sexo e dá efeito vinculante e eficácia contra todos à sua decisão do dia 05 de maio de 2011.

Palavras-chave: União Homoafetiva, direitos e deveres, STF, ADI 4.277, ADPF 132, STJ, entidade familiar, princípios constitucionais, família.

ABSTRACT

The present study has for objective to approach the decisions of STJ and STF related to the gay common law marriage. The Supremo Tribunal Federal recognizes the common law marriage among people of the same sex and gives binding effect and effectiveness against all to its decision published on 05 May 2011.

Keywords: Same-sex partnership, rights and duties, STF, ADI 4.277, ADPF 132, STJ, family entity, constitutional beginnings, family.

1 EVOLUÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA NO TEMPO E CONCEITO DE FAMÍLIA

Quando se fala em sexualidade, fala-se também de cultura e história. E mapeando as uniões entre pessoas do mesmo sexo, vê-se que num primeiro momento, para gregos e romanos, como por exemplo, era uma relação normal, até cultural.

¹ Advogada pós-graduada em Direito Contemporâneo.

No século em que se vive, depois de tantos estudos (feitos por psicólogos e médicos), juízos (feitos pela religião, moral e costumes) e condenações (feitas pelas próprias leis); vê-se, ainda, uma sociedade preconceituosa e desigual, com homoafetivos calejados pelos horríveis tratamentos psíquicos, físicos e morais sofridos, e também, pelo julgamento da cultura, da religião e a negligência do direito, o que dá azo a proliferação dessas ideias errôneas de realidade social.

Na nossa Pátria não foi diferente, somente no século XXI, atrás de vários outros países mais evoluídos socialmente, o Brasil reconhece de fato e de direito a união entre pessoas do mesmo sexo. Apesar de tardia é uma grande evolução jurídica na história.

O que antes era tratado como uma sociedade de fato, regida pelo direito civil, que não garantia direitos aos cônjuges, que não levava em consideração o afeto. Hoje, as uniões estáveis homoafetivas - tuteladas pelo Direito das Famílias - inserem-se nos novos conceitos de família. Pois, é na família que encontramos o afeto como pressuposto, é a família a promotora da felicidade de cada um dos seus integrantes, fornecedora de amor, proteção e solidariedade, independentes dos laços sanguíneos e da orientação sexual que unem seus membros.

Antes o matrimônio era a única forma de constituir família, portanto, os filhos havidos fora do casamento não tinham direito algum em relação ao seu genitor. As famílias, também, eram formadas para unificar patrimônio e procriar, dando continuidade à espécie. Essa era a definição de família cultural e religiosamente dita.

Hodiernamente, sabe-se que família pode ser constituída de um pai e seus filhos ou de uma mãe e seus filhos, adotivos ou não (família monoparental); somente de irmãos; da união estável heteroafetiva ou homoafetiva; constituída pelos avós e netos; de primos; de filhos de um casamento anterior, com o cônjuge que os assuma como se dele fossem, sendo pai ou mãe.

Na definição de Rui Barbosa “família é a Pátria amplificada”. Segundo O Senhor Ministro Ayres Britto:

Deveras, mais que um singelo instituto de Direito em sentido objetivo, a família é uma complexa instituição social em sentido objetivo. Logo um aparelho, **uma entidade**, um organismo, uma

estrutura das mais permanentes relações intersubjetivas, um aparato de poder, enfim. Poder doméstico, por evidente, mas no sentido de centro subjetivado da mais próxima, íntima, natural, imediata, carinhosa, confiável e prolongada forma de agregação humana. Tão *insimilar* a qualquer outra forma de agrupamento humano quanto a pessoa natural perante outra, na sua elementar função de primeiro e insubstituível elo entre o indivíduo e a sociedade. Ambiente primaz acresça-se, de uma convivência empiricamente instaurada por iniciativa de pessoas que se veem tomadas da mais qualificada das empatias, porque envolta numa atmosfera de afetividade, aconchego habitacional, concreta admiração ético-espiritual e propósito de felicidade tão emparceiramente experimentada quanto distendida no tempo e à vista de todos. Tudo isso permeado da franca possibilidade de extensão desse estado personalizado de coisas a outros membros desse mesmo núcleo doméstico, de que servem de amostra os filhos (consanguíneos ou não), avós, netos, sobrinhos e irmãos. **Até porque esse núcleo familiar é o principal lócus de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º), além de, já numa dimensão de moradia, se constituir no “inviolável do indivíduo”,** consoante dicção do inciso XI desse mesmo artigo constitucional. O que responde pela transformação de anônimas casas em personalizados lares, sem o que não se tem um igualmente personalizado *pedaço de chão no mundo*. E sendo assim a mais natural das coletividades humanas ou o apogeu da integração comunitária, a família teria mesmo que receber a mais dilatada conceituação jurídica e a mais extensa rede de proteção constitucional. Em rigor, uma palavra-gênero, insuscetível de antecipado fechamento conceitual das espécies em que pode culturalmente se desdobrar.²

Relações homoafetivas sempre existiram, mas o legislador pátrio nada legislava sobre, por vários motivos de ordem cultural, como exemplo maior, tem-se as religiões; ordem social, ou seja, os padrões sexistas predominantes e a discriminação com quem não fazia parte desses padrões.

Quando uma grande massa de relações homoafetivas carentes de seus direitos foi bater na porta do judiciário, o tratamento teve que mudar. Apesar de uma parte do judiciário aceitar a união homoafetiva como entidade familiar, por não haver legislação sobre, gerava muita confusão, insegurança jurídica,

² http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao_sob_o_numero_1511935. p.21 e 22

discriminação, preconceito e desrespeito a preceitos fundamentais da Constituição Federal.

1.1 PRINCÍPIOS QUE EMBASAM O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

Quando há lacuna na lei, como é o caso das uniões estáveis homoafetivas, e como não se pode negar acesso à Justiça, e também não se pode tratar desigualmente as pessoas pela orientação sexual das mesmas, faz-se necessária o uso da analogia, porque:

Como todas as outras famílias, a união homoafetiva constitui entidade familiar vinculada pelo afeto e solidariedade entre seus integrantes. A ausência de diversidade sexual não impede a afetividade. Assim duas pessoas unidas com o objetivo de constituir publicamente uma família e de mutuamente proverem assistência moral, afetiva e patrimonial, constituem uma entidade familiar, sejam elas do mesmo sexo ou não. A geração de filhos não constitui um dos objetivos primordiais da família. Mas tal é possível inclusive para casais do mesmo sexo, uma vez que a filiação, além de biológica, pode ser socioafetiva, decorrente de adoção ou reprodução assistida. Todas as formas de família são legitimadas pelo Estado. Há outras formas de entidades familiares que não estão previstas na Constituição e são consideradas como tais. Por exemplo, irmãos que vivem juntos, ou netos que vivem com os avós também são família. Portanto, o Texto Maior, ao encomendar ao legislador a configuração normativa do matrimônio, não exclui de forma alguma uma relação que delimite as relações de casal de uma forma diferente do que já tenha existido ao momento, regulação que dê abrigo às novas formas de relação afetiva.³

Utilizando do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que reza que: “Quando a lei for omissa o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” e do art. 126 do CPC: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade

³ DIAS, Maria Berenice, União homoafetiva: o preconceito & a justiça. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2011, p. 127 e 128.

da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”⁴.

Os homossexuais não pedem mais do que já lhes é de direito e que por muito tempo foi negligenciado, sendo um desrespeito à dignidade humana e ao direito constitucionalmente garantido à felicidade.

E lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e travestis só querem os direitos mais elementares, como o direito à cidadania, à inclusão social e a garantia de terem sua integridade física resguardada. Também desejam que lhes seja assegurado o direito de constituírem família, terem filhos. Enfim, como todas as pessoas, querem somente o direito de ser felizes.⁵

Existem os princípios constitucionais, a Declaração dos Direitos Sexuais e os Princípios de Yogyakarta que também dão base ao reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo.

A Declaração dos Direitos Sexuais é constituída pelos direitos: I) direito à liberdade sexual; II) direito à autonomia sexual, integridade sexual e à segurança do corpo sexual; III) direito à privacidade sexual; IV) direito à igualdade sexual; V) direito ao prazer sexual; VI) direito à expressão sexual; VII) direito à livre associação sexual; VIII) direito às escolhas reprodutivas livre e responsáveis; IX) direito à informação baseada no conhecimento científico; X) direito à educação sexual compreensiva; XI) direito à saúde sexual.

E os Princípios de Yogyakarta criados na conferência realizada na Indonésia, em novembro de 2006, sob a coordenação da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos. São novas interpretações para normas já existentes sobre Direitos Humanos, sendo, também, aplicados nos casos de discriminação com relação à orientação sexual e a identidade de gênero.⁶ São por sua vez: Direito ao Gozo Universal dos Direitos Humanos; Direito à igualdade e à Não-Discriminação; Direito ao Reconhecimento Perante a Lei; Direito à Vida; Direito à Segurança Pessoal;

⁴ Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel / Anne Joyce Angher, organização 13 ed. e amp. São Paulo: Rideel 2011. p. 778 e 253

⁵ DIAS, Maria Berenice, União homoafetiva: o preconceito & a justiça. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2011, p. 39.

⁶ DIAS, Maria Berenice, 2011, p. 66 e 67.

Direito à privacidade; Direito de Não Sofrer Privação Arbitrária da Liberdade; Direito a um Julgamento Justo; Direito à tratamento Humano durante a Detenção; Direito de não Sofrer Tortura e Tratamento ou Castigo Cruel, Desumano e Degradante; Direito à Proteção Contra todas as Formas de Exploração, venda ou tráfico de seres humanos; Direito ao Trabalho; Direito à Segurança Social e outras Medidas de Proteção Social; Direito a um Padrão de Vida Adequado; Direito à habitação Adequada; Direito à Educação; Direito ao Padrão mais Alto Alcançável de Saúde; Proteção contra Abusos Médicos; Direito à liberdade de Opinião e Expressão; Direito à Liberdade de Reunião e Associação Pacíficas; Direito à Liberdade de Pensamento, Consciência e Religião; Direito à Liberdade de Ir e Vir; Direito de Buscar Asilo; Direito de Constituir uma Família; Direito de Participar da Vida Pública; Direito de Participar da Vida Cultural; Direito de promover os Direitos Humanos; Direito a Recursos Jurídicos e Medidas Corretivas Eficazes; Responsabilização (*accountability*).

E depois do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277, ninguém pode se eximir de julgar, porque a união estável de pessoas do mesmo sexo foi reconhecida como entidade familiar e a decisão tem efeito vinculante e eficácia contra todos.

2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL

2.1 O IMPORTANTE JULGAMENTO CONJUNTO DO STF

2.1.1 UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO ENTIDADE FAMILIAR

Analisa-se no presente momento os comentários tecidos pelo o Relator Ministro Ayres Britto no julgamento da ADI 4.227 / DF, proposta pela Exma. Sra. Vice-Procuradora Geral da República Débora Duprat. ADI, esta, que versa sobre o mesmo assunto da ADPF 132, proposta pelo governador do Estado do Rio de Janeiro e por ambas terem coincidência total ou parcial de objetos, foram relatadas e julgadas de forma conjunta. Entendidos encampados pela ADI os fundamentos da ADPF em tela.

Fundamentos da ADPF 132: incisos II e V do artigo 19 e do artigo 33 do Decreto-Lei 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio

de Janeiro) e o fundamento da ADI: o artigo 1.723, título III – da união estável, do Código Civil brasileiro de 2002, ou seja:

É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Parágrafo primeiro: união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do artigo 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. Parágrafo segundo: as causas suspensivas do artigo 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.⁷

Passa, então, o Plenário a analisar pela primeira vez, a relevante controvérsia sobre a união estável homoafetiva. Segundo Ministro Ayres Britto:

Em suma, estamos a lidar com um tipo de dissenso judicial que reflete o fato histórico de que nada mais incomoda as pessoas do que à preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade. É a velha postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração.⁸

A princípio, deve-se deixar claro que família é a mesma coisa que entidade familiar, entidade familiar nada mais é que o núcleo doméstico que se constitui pela “união estável entre o homem e a mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”, é o parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal. Somente neste dispositivo da Constituição Federal há a referência ao sexo do casal.

A união estável e o casamento geram família, ou seja, entidade familiar, sendo formada por pares homoafetivos ou heteroafetivos.⁹

No Código Civil Brasileiro nos artigos que disciplinam o casamento (ao todo, 110 artigos) não há nenhuma alusão à diversidade do sexo do casal. Em nenhum momento está explicitamente escrito que o casamento tem que ser formado por um homem e uma mulher. No direito o que não é proibido é

⁷ Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel / Anne Joyce Angher, organização 13 ed. e amp. São Paulo: Rideel 2011. p. 204

⁸ <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao> sob o número 1511935 p. 03.

⁹ Ibid. p. 29.

permitido. Portanto, usando-se da analogia, pode-se conceber o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

As justificativas usadas para que até hoje (fora a Lei Maria da Penha¹⁰), nada tenha se legislado sobre o assunto “União homoafetiva”, são motivos de ordem política (medo de desagradar pessoas e não se reeleger) e o preconceito dos conservadores do Congresso Nacional.

É um verdadeiro descaso do legislador, porque apesar de existirem vários projetos em tramitação, nada tinha sido feito até o conhecimento da ADI 4.277 DF, muito pelo contrário, existem vários dispositivos homofóbicos em várias leis (como exemplo o Código Militar que penaliza a prática homossexual), gerando enormes injustiças.

Mesmo que na nossa Carta Magna encontrem-se direitos garantidos a todos por princípios como o da igualdade de tratamento (IV do art. 3º da CF), da liberdade de orientação sexual, da dignidade da Pessoa Humana, da segurança jurídica, da razoabilidade ou da proporcionalidade, existe um autoritarismo moral e preconceituoso que prejudica os gays e as lésbicas, os quais sofrem rejeições nas escolas, nos trabalhos, isso, sem falar nas agressões físicas, psíquicas, morais e os vários homicídios que acontecem.

A ordem dos advogados do Brasil criou uma Comissão Especial da Diversidade Cultural, no âmbito do Poder Executivo várias políticas públicas foram implementadas, diversos programas foram criados para o combate a homofobia (Brasil sem Homofobia; Programas Nacionais de Direitos Humanos I e II), ABGLT (Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Travestis e Transexuais), e IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), ambos realizaram em 2011 o “I Congresso Nacional de Direito Homoafetivo”¹¹

Mas nada se compara a decisão principal que se está a comentar, do dia 05/05/2011, qual o Supremo Tribunal Federal conhece, por unanimidade, a União Estável Homoafetiva com os mesmos direitos e deveres da União Estável Heteroafetiva, decisão que usa como base o princípio da igualdade cumulado

¹⁰ Lei 11.340/2006, arts. 2º e 5º parágrafo único.

¹¹ Dados disponíveis nos sites <http://www.abglt.org.br/portal>; www.ibdfam.org.br; www.direitohomoafetivo.com.br

com o da liberdade individual, ambos resultando no preceito maior da Constituição, o da isonomia.¹²

Passando então a um novo conceito de família, a saber:

Conjunto formado por um ou mais indivíduos, ligados por laços biológicos ou sociopsicológico, em geral morando sob o mesmo teto, e mantendo ou não a mesma residência. Pode ser formada por duas pessoas casadas ou em união livre, de sexo diverso ou não, com ou sem filhos; um dos pais com um ou mais filhos (família monoparental); uma pessoa morando só, solteira, viúva, separada ou divorciada, com residência diversa daquela de seu cônjuge (família unipessoal); pessoas ligadas pela relação de parentesco ou afinidade (ascendentes, descendentes, e colaterais – e estes até o quarto grau).¹³

2.1.2 O VOTO DE CADA MINISTRO (A)

Comentando o Julgamento da ADI 4.277, passa-se a interpretar o voto de cada Ministro.

Primeiro voto, o do Relator, Ministro Ayres Britto, já mencionado, é concluído com a ideia de que nenhum estatuto, de forma alguma, pode diferenciar indivíduos por causa de sua orientação sexual. E em suas palavras:

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 emparceirado 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.¹⁴

¹² DIAS, 2011, p. 96.

¹³ DIAS, 2011, p. 144.

¹⁴ <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao> sob o número 1511935 p. 16 e 17 voto Ayres Britto.

Como no nosso direito tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido, e a nossa Constituição Federal não faz nenhuma conceituação de família como entidade formada por pares heteroafetivos, logo, os pares homoafetivos têm igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família.

Após o relator, foi o voto do Ministro Luiz Fux que fez a análise da pertinência temática, da Teoria dos deveres de proteção e, analisou também, os dados do Censo 2010, o qual demonstrou que existe mais de sessenta mil casais de homoafetivos declarados no Brasil.

Estabeleceu algumas premissas necessárias para análise da causa. Primeira: “a homossexualidade é um fato da vida”; segunda premissa: “a homossexualidade é uma orientação e não uma opção sexual”, é uma característica da personalidade do indivíduo, um indivíduo é homossexual simplesmente porque o é; a terceira premissa é: “a homossexualidade não é uma ideologia ou uma crença”; a quarta premissa: “os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocos, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida”; a quinta premissa não é fática, e sim jurídica: “não há qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento de uniões homoafetivas. Não existe, no direito brasileiro vedação às uniões homoafetivas”.

Logo após a análise dessas premissas, o Ministro discorreu sobre os conceitos de família e reconhecimento. E chegou a conclusão de que a união homoafetiva também se inclui no conceito constitucionalmente adequado de família, merecendo a mesma proteção do Estado de Direito que a união entre pessoas de sexo oposto. E afirma que o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas gera a segurança jurídica, certeza e previsibilidade.

Os homoafetivos vieram aqui pleitear uma equiparação, pleitear que eles fossem conhecidos à luz da comunhão que têm, da unidade, da identidade e, acima de tudo, porque eles querem erigir um projeto de vida.

Mas a Suprema Corte concederá aos homoafetivos mais do que um projeto de vida. Tenho certeza de que, a partir do voto de Vossa Excelência, que acompanharei na sua integralidade, nós

daremos a esse segmento de nobres brasileiros mais do que um projeto de vida, um projeto de felicidade¹⁵.

A terceira a votar foi a Ministra Carmem Lúcia. Afirma que não há de se desigualar um cidadão pela sua orientação sexual, ninguém é inferior, portanto é necessário que se combata todo e qualquer preconceito. O Direito existe para a vida e não a vida para o Direito, e, quando a forma escolhida para se viver não esbarra nos limites do Direito não existe problema. Reconhecendo que mesmo que não se concorde com o modo de vida alheio, tem-se que respeitar esse modo de vida.

Por fim, conclui que a Constituição firma seus pilares no princípio da dignidade da pessoa humana, que impõe a tolerância e a convivência harmônica de todos, com integral respeito às livres escolhas das pessoas, e aqueles que fazem opção pela união homoafetiva não podem ser desiguados em sua cidadania, ninguém pode ser tido como cidadão de segunda classe.

Na esteira, assim, da assentada jurisprudência dos tribunais brasileiros, que já reconhecem para fins previdenciários, fiscais, de alguns direitos sociais a união homoafetiva, tenho como procedentes as ações, nos termos dos pedidos formulados, para reconhecer admissível como entidade familiar a união de pessoas do mesmo sexo e os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis serem reconhecidos àqueles que pela relação homoafetiva.¹⁶

Seguindo na ordem dos votos, tem-se o do Ministro Ricardo Lewandowski que fez ressalvas, e, nas palavras de Maria Berenice Dias, disse:

Apesar de ter acompanhado os demais, foi o único a fazer ressalvas: estamos diante de uma situação que demonstra claramente o descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do direito. Ainda assim votou pelo reconhecimento da união homoafetiva como uma entidade familiar, mas criou limitações, ao dizer que alguns direitos se aplicam apenas a relações heterossexuais. Afirmou que a união estável entre pessoas do mesmo sexo cria um novo tipo de família, que merece a proteção do Estado. No entanto, os direitos da união estável entre homem

¹⁵ <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao> sob o número 1511935 p. 10 e 11 voto Luiz Fux.

¹⁶ Ibid. p. 10 e 11 voto Carmem Lúcia.

e mulher não devem ser os mesmos destinados aos homoafetivos. Um é o casamento civil. Eis sua justificativa: Entendo que uniões de pessoas do mesmo sexo, que se projetam no tempo e ostentam a marca da publicidade, devem ser reconhecidas pelo direito, pois dos fatos nasce o direito. Creio que se está diante de outra unidade familiar distinta das que caracterizam uniões estáveis heterossexuais.¹⁷

No começo de seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski analisou o conceito de família nas Constituições anteriores que vinculavam o casamento para constituição de família, diferentemente, da então vigente Carta Magna de 1988. Depois analisou, também, o conceito de união estável, que tem que ser constituída por um homem e uma mulher, por fim, concluiu que união entre pessoas do mesmo gênero é um outro conceito de família.

Logo após foi a vez do Ministro Joaquim Barbosa proferir o seu voto. Começou analisando globalmente o assunto, pois não somente no Brasil, mas no mundo todo, o direito não conseguiu acompanhar essa mudança social dada pelas uniões homoafetivas. Essas uniões sempre existiram e sempre existirão, o que muda é o olhar da sociedade, em um dado tempo, em cada parte do mundo.

Historicamente, em primeiro plano os homossexuais só queriam reivindicar que a sociedade fosse mais tolerante com as uniões homoafetivas, hoje, o que se reivindica é o reconhecimento pelo direito dessas uniões, que o ordenamento jurídico outorgue os mesmos direitos e deveres de uma relação heteroafetivas.

Acredita o Ministro que o legislador de 1988 não foi silente quanto a este assunto, mas que cabe a Corte interpretar o que está na Constituição, impedindo o sufocamento, o desprezo, a discriminação pura e dura de um grupo minoritário pelas maiorias estabelecidas. E não há no texto constitucional qualquer alusão ou mesmo proibição ao reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas.

Entendo, pois, que o reconhecimento dos direitos oriundos de uniões homoafetivas encontra fundamento em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais, no princípio da dignidade da pessoa

¹⁷ DIAS, 2011, p. 204.

humana, no princípio a igualdade, e da não-discriminação. Normas, estas, auto-aplicáveis que incidem diretamente sobre essas relações de natureza privada, irradiando sobre elas toda força garantidora que emana do nosso sistema de proteção dos direitos fundamentais.¹⁸

Já no voto do Ministro Gilmar Mendes, o mesmo alega que existe o direito do indivíduo de autodesenvolvimento de sua personalidade, no qual se insere a liberdade de escolha da opção sexual e a falta de um modelo institucional que abrigue essa opção acaba contribuindo para o quadro de discriminação.

Num dos tópicos do seu voto o Ministro explica as técnicas de interpretação conforme a Constituição e conclui a explicação demonstrando a grande evolução da jurisprudência do STF neste assunto, e alega que se deve refletir muito sobre as consequências normativas de uma decisão de interpretação conforme a Constituição no caso do art. 1.723 do Código Civil, pois gera consequências em diversos sistemas normativos do ordenamento jurídico brasileiro, as quais devem ser minuciosamente consideradas pelo Tribunal.

Crê o mesmo que o reconhecimento da União estável entre pessoas do mesmo sexo não precisa estar baseado no texto legal (do Art. 1.723 do CC), nem na norma constitucional (226, parágrafo 3º), mas sim com suporte em outros princípios constitucionais. E que o argumento determinante da ação é o de que essa norma legal tem servido para fundamentar decisões no sentido negativo à pretensão formulada em juízo, com o objetivo de se reconhecer a formalização da união entre pessoas do mesmo sexo.

Para o Ministro não há dúvida que o Tribunal está assumindo um papel ativo, mas provisório, pois se espera que o legislador autêntico venha atuar.

Lembra o Ministro Gilmar Mendes dos vários projetos de lei que foram apresentados e ainda tramitam, como por exemplo, a PEC que proíbe a diferenciação salarial por motivo de orientação sexual e o projeto de lei complementar que pede a criminalização da homofobia, dentre outros.

Lembra ainda que há 15 anos o Poder Legislativo debruça-se sobre esse tema e até hoje não conseguiu chegar a consenso básico para a aprovação de

¹⁸ <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao> sob o número 1511935 p. 4 e 5 voto Joaquim Barbosa.

qualquer regulamentação e cita até a dificuldade da então presidenta Dilma Roussef em falar sobre o assunto união homoafetiva em sua campanha nas eleições, por motivo de preconceito de uma grande parcela da sociedade.

Inteligentemente o citado Ministro fala do direito comparado e da necessidade de aprofundamento do debate e do amadurecimento da reflexão social sobre o assunto e evidencia ainda haver um papel relevante do Estado em todas as suas esferas (legislativa, executiva, jurisdicional) para concretizar adequada normatização dessa questão.

Reconhece a existência da união homoafetiva, pois a Constituição da República Federativa do Brasil não dispõe expressamente sobre tal união, mas também não a veda. Porém, o Ministro prefere não se pronunciar sobre os resultados, os desdobramentos que este reconhecimento gerará, podendo, para ele, gerar até maior insegurança jurídica. É uma solução provisória que não inibe, mas estimula a atuação legislativa. Se o órgão competente para dar esta proteção não o faz, é dever da Corte Constitucional fazer. Este não reconhecimento estimula a discriminação, e gera violência. E explica:

É que, como já mencionei aqui, entendo existirem fundamentos jurídicos suficientes e expressos que autorizam o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, não com base no texto legal (art. 1723 do Código Civil), nem com base na norma constitucional (art. 226, parágrafo 3º), mas sim, como decorrência de direitos de minorias, de direitos fundamentais básicos em nossa Constituição, do direito fundamental à liberdade de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da garantia de não discriminação dessa liberdade de opção (art. 5º, XLI, CF) – dentre outros explicitados em minha fundamentação – os quais exigem um correspondente dever de proteção, por meio de um modelo de proteção institucional que até hoje não foi regulamentado pelo Congresso.¹⁹

E nas palavras do mesmo:

Por isso, neste momento, limito-me a reconhecer a existência da união entre pessoas do mesmo sexo, por fundamentos jurídicos próprios e distintos daqueles explicitados pelo Ministro Ayres

¹⁹ Ibid. p. 51 voto Gilmar Mendes.

Britto e, com suporte na teoria do pensamento do possível, determinar a aplicação de um modelo de proteção semelhante – no caso, o que trata da união estável – naquilo que for cabível, nos termos da fundamentação aqui apresentada, sem me pronunciar sobre outros desdobramentos.²⁰

E o voto da Ministra Ellen Gracie segundo Maria Berenice Dias:

Também votou pela procedência da ação a Ministra Ellen Gracie. Afirmou que uma sociedade decente é uma sociedade que não humilha seus integrantes. E conclui. O reconhecimento, portanto, pelo tribunal, hoje, desses direitos, responde a um grupo de pessoas que durante longo tempo foram humilhadas, cujos direitos foram ignorados, cuja dignidade foi ofendida, cuja identidade foi denegada e cuja liberdade foi oprimida.²¹

O Ministro Marco Aurélio, em seu voto, fez um mapeamento histórico citando vários autores, citou até mesmo um de seus artigos (“A igualdade é colorida”, Folha de São Paulo, 2007), no qual frisa que os homossexuais pagam impostos como qualquer outro cidadão, além disso, votam, sujeitam-se as normas legais e mesmo assim sofrem preconceitos, discriminações, insultos, chacotas, sem que uma lei específica coíba isso. Cita que em se tratando de homofobia o Brasil está em primeiro lugar com mais de cem homicídios anuais de homossexuais.

A solução para esse problema independe do legislador, pois decorre diretamente dos direitos fundamentais encontrados na Constituição Federal de 1988, constituição esta que foi um marco, um divisor de águas para o conceito de família. Segundo Gustavo Tepedino: “A Constituição da República traduziu a nova tabula de valores da sociedade, estabeleceu os princípios fundamentais do ordenamento jurídico e, no que concerne às relações familiares, alterou radicalmente os paradigmas hermenêuticos para a compreensão dos modelos

²⁰ Ibid. p. 53 voto Gilmar Mendes.

²¹ DIAS, 2011, p. 205.

de convivência e para solução dos conflitos intersubjetivos na esfera da família”

.22

Então, se na Constituição de 1988 o afeto é o básico para se ter uma família, não há dúvida que é permitido a união de pessoas do mesmo sexo. As leis feitas não devem ser interpretadas conforme a visão da maioria dominante, ainda mais se esta maioria é preconceituosa, e quer criar um padrão de sociedade excludente, utilizando o projeto de vida alheio para tanto.

Cada ser humano tem seu próprio projeto de vida, e o Estado tem que auxiliar estes indivíduos, Não reconhecer as uniões homoafetivas gera um dano existencial ao ser humano e torna este ser humano irrelevante para a sociedade, violando frontalmente vários princípios constitucionais, que para Celso Antônio Bandeira de Mello, “é a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade”²³, é mais grave do que violar uma norma, pois violar princípios corrompe todo o sistema jurídico.

No voto do Ministro Celso de Mello fala-se da intervenção do “*amicus curiae*” que pluralizou o debate constitucional sobre a matéria em julgamento e a legitimidade democrática do Supremo Tribunal federal em suas decisões. Situou o preconceito em relação aos homossexuais no tempo, da repressão do “pecado nefando”. Do “*Liber Terribilis*” das ordenações do Reino em que Portugal, no período Colonial impôs ao Brasil, dando a pena de morte a quem fosse homossexual e por fim, à criminalização ainda vigente do Código Militar Brasileiro.

Logo após demonstrar a parte histórica, o citado Ministro pronuncia-se sobre o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar e afirma que os homossexuais têm o direito de receber a igual proteção das leis e mostrando ser arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual.

E finaliza que certamente o julgamento que estão a proferir marcará a vida deste País, instaurando e consolidando uma ordem jurídica genuinamente

²² TEPEDINO, Gustavo, “A legitimidade constitucional das famílias formadas por uniões de pessoa do mesmo sexo” Boletim Científico, n. 22 e 23. p. 91

²³MELLO, Celso Antônio Bandeira, “Elementos do Direito Administrativo”, 1980. p. 104.

inclusiva e dará novos rumos à causa da comunidade homossexual que até hoje sofre incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em inadmissíveis fórmulas preconceituosas.

O ilustre Ministro abre mais seis tópicos em seu voto, fala do artigo 226 parágrafo 3º, da Constituição Federal sendo uma norma de inclusão que legitima a qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar; examina a função contramajoritária do STF no Estado Democrático de Direito: a proteção das minorias analisada na perspectiva de uma concepção material de democracia Constitucional, ou seja, o STF, órgão investido de poder e responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria, e omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica.

Em um dos seus outros tópicos o Ministro Celso de Mello fala do direito a felicidade que provém do princípio da dignidade da pessoa humana, direito que é gravemente comprometido quando o Congresso Nacional omite-se. Cita também o afeto como novo formador do conceito de família; e cita, como já feito neste artigo, os princípios de Yogyakarta – direito de constituir família, independente de orientação sexual ou identidade de gênero. Fala do respeito à Constituição da República que por muitas vezes é desrespeitada por pura e simples omissão dos poderes públicos, finalizando o voto com a justificativa da legitimidade jurídico-constitucional da decisão que o STF está a proferir.

Por fim, o voto do Ministro Cezar Peluso, presidente do STF, que justificando seu voto diverge, em termos do relator, quanto à lacuna normativa, a qual precisa ser preenchida, e se deve preenchê-la segundo as regras tradicionais. Sendo então pela aplicação da analogia, diante basicamente da similitude – não da igualdade – da similitude factual entre ambas as entidades que foram cogitadas (uniões estáveis hetero e homoafetivas). E essa similitude entre ambas as situações é lacuna e tem que ser preenchida por algumas normas aplicadas para a união estável heteroafetiva, mas não todas as normas, porque não se trata de situações absolutamente idênticas, respeitando assim, aquilo que cada instituição, em si, tem de particular pelas naturezas extrajurídica e normativa de cada qual.

E o ao finalizar seu voto, instiga o legislador a fazer sua parte:

O Poder Legislativo, a partir de hoje, deste julgamento, precisa expor-se e regulamentar as situações em que a aplicação da decisão da Corte será justificada também do ponto de vista constitucional. Há, portanto, uma como convocação que a decisão da Corte implica em relação ao Poder Legislativo, para que assuma essa tarefa, a qual parece que até agora não se sentiu ainda muito propenso a exercer, de regulamentar esta equiparação.²⁴

Somente os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso divergiram quanto à fundamentação do acórdão, apesar de reconhecerem a união entre pessoas do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar, convergiram no entendimento da impossibilidade do enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas.

Reconhecendo o direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade e a proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual, o concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais e reconhecendo, também, que a expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou litúrgica religiosa. E reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros, sendo “entidade familiar” um sinônimo perfeito de família, e a Constituição Federal não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo, e por se utilizar da interpretação conforme a Constituição reconhece-se por fim, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva, julgam os Ministros por unanimidade, procedente a ADI 4277.

3 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

²⁴ <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao> sob o número 1511935 p. 53 voto Gilmar Mendes.

Neste tópico, tenta-se fazer um quadro evolutivo, citando algumas jurisprudências, a título de informação, sobre o tema: União estável homoafetiva no STJ.

Primeiramente, em 1998, o Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no REsp 148.897-MG, 4ª T., j. 10.02.1988: Sociedade de fato. Homossexuais. Partilha do bem comum. O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos no art. 1363 do c. Civil. Responsabilidade civil. Dano moral. Assistência ao doente com AIDS. Improcedência da pretensão de receber do pai do parceiro que morreu com AIDS a indenização pelo dano moral de ter suportado sozinho os encargos que resultaram da doença. Dano que resultou da opção de vida assumida pelo autor e não da omissão do parente, faltando o nexó de causalidade. Art. 159 do c. Civil. Ação possessória julgada improcedente. Demais questões prejudicadas. Recurso conhecido em parte e provido.²⁵

Em 2004 no Rio Grande do Sul - Civil. Recurso especial. União homoafetiva. Sociedade de fato. Partilha. Patrimônio amealhado por esforço comum. Prova. 1. Esta Corte Superior, sob a ótica do direito das obrigações (art. 1.363 do CC/1916) e da evolução jurisprudencial consolidada na Súmula n.º 380/STF, firmou entendimento, por ocasião do julgamento do REsp n.º 148.897/MG, no sentido da possibilidade de ser reconhecida sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo, exigindo, para tanto, a demonstração do esforço comum para aquisição do patrimônio a ser partilhado. 2. A repartição dos bens, sob tal premissa, deve acontecer na proporção da contribuição pessoal, direta e efetiva de cada um dos integrantes da dita sociedade. 3. "A aplicação dos efeitos patrimoniais advindos do reconhecimento de união estável a situação jurídica dessemelhante, viola texto expresso de lei, máxime quando os pedidos formulados limitaram-se ao reconhecimento e dissolução de sociedade de fato" (REsp n.º 773.136/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJU de 13/11/2006). 4. Recurso

²⁵ Dados disponíveis no site www.direitohomoafetivo.com.br. Acessado em 19.06.2012

especial provido. (STJ, REsp 704.803/RS (2004/0162027-0), Rel. Des. Convocado Min. Vasco Della Giustina, j. 16/12/2010).²⁶

E no Paraná: Civil. Recurso especial. Família. Ação de reconhecimento e dissolução de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo post mortem cumulada com pedido de partilha de bens. Presunção de esforço comum. 1. Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela. Essa circunstância não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para regular as relações contextualizadas em uma sociedade pós-moderna, com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais. 2. Os princípios da igualdade e da dignidade humana, que têm como função principal a promoção da autodeterminação e impõem tratamento igualitário entre as diferentes estruturas de convívio sob o âmbito do direito de família, justificam o reconhecimento das parcerias afetivas entre homossexuais como mais uma das várias modalidades de entidade familiar. 3. O art. 4º da LICC permite a equidade na busca da Justiça. O manejo da analogia frente à lacuna da Lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidades familiares, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, de referidas uniões patenteadas pela vida social entre parceiros homossexuais, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização de entidade familiar diversa e que serve, na hipótese, como parâmetro diante do vazio legal - a de união estável - com a evidente exceção da diversidade de sexos. 4. Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, sem a ocorrência dos impedimentos do art. 1.521 do CC/02, com a exceção do inc. VI quanto à pessoa casada separada de fato ou judicialmente, haverá, por consequência, o reconhecimento dessa parceria como entidade familiar, com a respectiva atribuição de efeitos jurídicos dela advindos. 5. Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do

²⁶ Dados disponíveis no site www.direitohomoafetivo.com.br. Acesso em: 19.06.2012

companheiro sobrevivente à meação dos bens adquiridos a título oneroso ao longo do relacionamento, mesmo que registrados unicamente em nome do falecido, sem que se exija, para tanto, a prova do esforço comum, que nesses casos, é presumida. 6. Recurso Especial provido. (STJ, REsp 930.460, Proc. 2007/0044989-0, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 19/05/2011).²⁷

Após o importante julgamento da ADI 4277, outro importante julgamento é o da conversão da união estável homoafetiva em casamento: Rio Grande do Sul - Direito de família. Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo (homoafetivo). Interpretação dos arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 do Código Civil de 2002. Inexistência de vedação expressa a que se habilitem para o casamento pessoas do mesmo sexo. Vedação implícita constitucionalmente inaceitável. Orientação principio logica conferida pelo STF no julgamento da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF. 1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita. 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. 3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do

²⁷ Dados disponíveis no site www.direitohomoafetivo.com.br. Acesso em: 19.06.2012

conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da- diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade. 4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. 5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família. 6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto. 7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união. 8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do

Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar. 9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contra majoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser comprometido com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos. 10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis. 11. Recurso especial provido. (STJ, REsp 1.183.378 - RS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25/10/2011).²⁸

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Escolheu-se fazer este artigo sobre União homoafetiva e seu reconhecimento como entidade familiar, não só por ser um tema que está em voga, mas também pela discussão que o mesmo gera. Tema envolto de preconceito de um lado e de um grito pela liberdade e igualdade doutro.

Nada justifica a violência que a minoria homoafetiva vem sofrendo ao longo dos anos, e pior, o esquecimento das autoridades jurídicas que têm a obrigação

²⁸ Dados disponíveis no site www.direitohomoafetivo.com.br. Acesso em: 19.06.2012

de zelar pelo bem da sociedade como um todo, mas principalmente zelar pela felicidade individual de cada componente dessa sociedade.

É um avanço sim esta decisão do STF, mas não se pode esquecer do assunto, porque diariamente lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis têm seu direito abalado de alguma forma, por *bullying* na escola, no local de trabalho, na própria família. É uma luta árdua e difícil, como foi e está sendo a luta pelos direitos das mulheres. Mas não há que se desistir nunca.

Apesar de que para alguns o preconceito está intrínseco no ser humano, o que não justifica o tratamento desumano e desigual sofrido por pessoas que não escolheram a orientação sexual ditada ao longo da história e imposta pela sociedade.

Agora, não mais se levará em consideração o juízo de certo e errado que a sociedade faz, e sim embasar-se na decisão magnífica proferida pelo Supremo Tribunal Federal em maio de 2011, o que torna a opinião moralista indiferente.

A evolução do respeito ao próximo e as escolhas feitas pelo mesmo tem que começar desde cedo, nas escolas, nas casas; tem-se que mudar as novas gerações, a maneira de pensar, de julgar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2002.

BARROSO, Luiz Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>> Acesso em: 20 jun. 2012.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 6. ed. Rio de Janeiro: 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Unb, 2011.

_____. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **O Direito à Diferença: As ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade – O que diz a Justiça!** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **União Homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Manual de sucessões**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

_____. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

_____. **Rumo a um novo ramo do direito**. São Paulo: RT, 2011. p. 249-263.

_____. **Conversando sobre... Homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

LÔBO, Paulo. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **Famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006

_____. **Elementos do direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1980. p. 104

PERREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **A sexualidade vista pelos tribunais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. **Quem tem medo do casamento gay?** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=731>> Acesso em: 20 jun. 2012.

RIOS, Roger Raupp. **Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade**. Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, Brasília, n.6, p. 27-56, dez. 1998.

_____. **Direitos humanos, homossexualidade e uniões homossexuais: direitos humanos, ética e direitos reprodutivos**. Porto Alegre: Themis, 1998.

SARMENTO, Daniel. **Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais.** Revista trimestral do Direito Civil. Rio de Janeiro: RTDC, n.8, vol. 32, p. 29-72, out.-nov. 2007.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Temas de direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **A legitimidade constitucional das famílias formadas por uniões de pessoa do mesmo sexo.** Boletim Científico, n. 22 e 23. p. 91

Vade Mecum Acadêmico de Direito. Rideel. 13 ed. São Paulo: Rideel, 2011.

Dados e jurisprudências disponíveis em:
<<http://www.direitohomoafetivo.com.br/> e <http://www.abglt.org.br/portal>> Acesso em: 19 jun. 2012.

Julgamento da ADI 4277 disponível em
<http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao_sob_o_numero_1511935> Acesso em: 03 mai. 2012

A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: UM OBSTÁCULO NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

*THE THEORY OF RESERVING FINANCIALLY POSSIBLE: AN OBSTACLE IN
THE REALIZATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND PUBLIC POLICY*

Bruna Schlichting¹

RESUMO

Os direitos fundamentais sociais nasceram como uma demanda social a fim de forçar o Estado a prestações materiais que garantissem o mínimo de dignidade. Concretizar as políticas públicas necessárias é um desafio, especialmente se o administrador público se utiliza de escusas para deixar de concretizar direitos básicos, como saúde e educação. A polêmica a cerca da escassez de recursos como limite à concretização dos direitos a prestações estatais não é recente. Importou-se até uma teoria que viesse a justificar a falta de recursos para a não concretização de políticas públicas. Busca-se, assim, discutir como essa teoria tem sido aplicada no Brasil.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Políticas Públicas. Reserva do possível.

ABSTRACT

Social fundamental rights were born as a social demand in order to force the State to provide material services that guarantee the minimum of dignity. Realizing the necessary public policies is a challenge, especially if the public administrator uses excuses to stop realizing basic rights such as health and education. The controversy about the scarcity of resources as a limit to the realization of the rights to state benefits is not recent. It was even a theory that justified the lack of resources for the non-implementation of public policies. It is sought, therefore, to discuss how this theory has been applied in Brazil.

Keywords: Fundamentals rights. Public Policy. Possible reserve.

Por Bruna Schlichting

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Positivo, Acadêmica do Curso de Pós-Graduação do Instituto Romeu Felipe Bacellar.

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E IMPRESCINDIBILIDADE DAS PRESTAÇÕES MATERIAIS ESTATAIS

Apesar de não ser correto afirmar que os direitos fundamentais nasceram efetivamente no século XVIII (MÂNICA, 2007), é possível vislumbrar que a partir dessa época que eles passaram a ter, sem dúvida, mais relevância nas ordens jurídicas instituídas pelas constituições, principalmente quando foram decididamente incorporados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Essa vinculação entre ordem jurídica constitucional e direitos fundamentais é tão forte e importante que Carl SCHMITT estabelece que o primeiro critério para a caracterização, ao menos formal, desses direitos é a sua previsão no instrumento constitucional (BONAVIDEZ, 2006, p. 561)². Ou seja, para ser um direito fundamental é imprescindível sua previsão na Carta Política do Estado.

O segundo critério estabelecido por SCHMITT é tão formal quanto o primeiro, pois os direitos fundamentais ganham esse *status* de “fundamentalidade” por ter um alto grau de garantia e segurança, sendo imutáveis ou de difícil modificação (BONAVIDEZ, 2006, p. 561).

Já o caráter material desses direitos se dá com a orientação ideológica adotada pelo ente estatal, são os valores e princípios que a Constituição consagra que irão delimitar o “corpo” dos direitos fundamentais específicos daquele sistema.

Ora, a orientação ideológica de um Estado não se mantém imutável ao longo da história, muito menos é a mesma que rege todos os ordenamentos constitucionais do mundo. Por isso, a doutrina é pacífica em admitir que no

² É imprescindível reconhecer que existem outros direitos fundamentais que não estão expressamente positivados no texto Magno. Existe, em várias constituições pelo mundo, inclusive na Constituição brasileira de 1988, a denominada “cláusula aberta” ou “norma de *fattispecie* aberta”, que admitem uma abertura material para a incorporação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico. Essa “incorporação” de direitos fundamentais pode ocorrer em razão do regime e dos princípios que a própria Constituição ou, ainda, decorrer da participação de tratados internacionais. Polêmicas e discussões a parte, para o presente trabalho preferiu-se excluir a apreciação da “cláusula aberta” e das consequências que ela pode trazer para o sistema jurídico, dada que a explanação e abordagem desse assunto seria deveras longo e, igualmente, não se encaixaria no objetivo a ser alcançado. Dessa forma, deixa-se claro que se reconhece tal cláusula, entretanto, limita-se o objeto de estudo a análise das políticas públicas que advém dos direitos fundamentais expressamente positivados no âmbito constitucional. (Cf. CUNHA JR. Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 243-256.)

decorrer da história os direitos fundamentais foram expressos em diferentes dimensões ou gerações, dependendo da orientação adotada pela Constituição dos países e de seus respectivos ordenamentos jurídicos.

O que interessa, para a elaboração do presente artigo, é apenas a matéria relativa aos direitos fundamentais sociais, direitos de segunda geração ou, como lembra Fernando Borges MÂNICA (2007), direitos fundamentais a prestações em sentido estrito.

Como discorre Andreas KRELL (2002, p. 19), os direitos de segunda geração surgiram no séc. XIX como fruto da primeira revolução industrial e das conquistas dos movimentos sindicais. Porém, foi somente no séc. XX que esses direitos ganham proteção constitucional, com as constituições do México (1917), da República Alemã (1919).

Antes de prosseguir a explicação sobre os direitos sociais, deve-se atentar a respeito do viés constitucional que acoberta tais direitos. Ana Cláudia FINGER (2003, p. 62), a partir das doutrinas de Schier, Lassale e Hesse, esclarece que, além de hierarquicamente superior, a Constituição de um Estado representa um verdadeiro contrato social. Ela é o núcleo normativo em que se expressam as necessidades e conquistas de um conjunto social no decorrer da história, sendo um plano de diretrizes básicas que a sociedade pretende construir.

Ou ainda, como esclarece Dirley da CUNHA JÚNIOR (2008, p. 43.),

(...) a Constituição deve necessariamente refletir as características mais notáveis da sociedade que pretende regular, numa harmônica correlação: extrai da sociedade seu substrato material e espiritual (a matéria disponível) e procura ordená-lo, dirigi-lo e motivá-lo.

Diante disso deve-se admitir que a Constituição é o vetor que direciona a atuação estatal. Se nela é adotado o posicionamento liberal, consagrando direitos fundamentais de primeira dimensão, a atuação do Poder Público daquela sociedade deve-se harmonizar a esse posicionamento. Haverá abstenção, falta de atuação do Poder Público perante a sociedade.

No entanto, a grande maioria dos Estados adota, predominantemente, a ideologia prestacional e apresenta em sua Carta Magna os já referidos direitos fundamentais sociais que, ao contrário dos direitos de primeira geração,

demandam prestações materiais positivas do Poder Público para a sua concretização.

Nessa linha, eles são classificados como “direitos *através* do Estado” (KRELL, 2002, p. 19) e se exteriorizam do texto constitucional por meio de leis, atos normativos e, também, com o desenvolvimento e implementação dos serviços públicos.

Como tal, não se pode deixar de observar a doutrina de Konrad HESSE (1991, p. 14.) que ensina que uma norma constitucional não tem existência autônoma, fora da realidade. A essência das normas constitucionais se faz pela sua vigência, ou seja, a situação regulada pela norma pretende ser concretizada no plano dos fatos. À norma constitucional deve ser dada eficácia, não podendo ser somente uma “folha de papel” (HESSE, 1991, p. 9), na clássica expressão de LASSALLE.

Assim, diante de tamanha importância das previsões constitucionais, é válido frisar que não é admitido ao Poder Público, quando previsto na sua respectiva Carta, se omitir, deixar de prestar os serviços necessários para concretizar esses direitos. Nesse sentido, qualquer omissão estatal que não esteja devidamente prevista ou que esteja no lugar de uma prestação positiva do Estado, configurará não somente um desrespeito com a sociedade, mas sim em uma flagrante violação a todo o seu ordenamento jurídico.

2 O ESTADO SOCIAL, SUA IMPLANTAÇÃO NO BRASIL E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Até o começo do séc. XX, o Estado era passivo, não se envolvendo nas relações econômicas e sociais. Nessa versão mínima, o ente estatal se preocupava fundamentalmente com a vida política, com a organização dos poderes e atuava de maneira negativa, se abstendo de conceder serviços públicos a sociedade, como saúde, educação, assistência social. Esse período, marcado pela ausência estatal, primazia pela garantia das liberdades e pelo liberalismo foram marcantes na história e foram denominados de direitos fundamentais de primeira dimensão (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 208).

Contudo, o modelo liberal não se sustentou. A idealização da liberdade, da igualdade e da fraternidade não foram compatíveis com a realidade do poder econômico do período.

Segundo comenta Eros Roberto GRAU (2005. p. 20-25.) a idealização da igualdade, por exemplo, se deu à moda de Orwell – alguns são “iguais” e outros “mais iguais”. Os que tinham poder econômico, desfrutavam da possibilidade de participar do processo fabril na mais alta escala, gerenciando lucros e explorando a classe operária, que, sem muitas opções, se rendia ao trabalho insalubre.

A fraternidade, ainda de acordo com o Ministro, também ficou comprometida, uma vez que se tornou inconciliável com o egoísmo e a competição econômica.

O desenvolvimento social se deu de forma desordenada e desamparada, uma vez que o Estado não se comprometia com a sociedade, não tinha o caráter prestacional e, como consequência, promovesse a industrialização acompanhada de graves problemas sociais. A consagração da liberdade e igualdade formais, tão fomentada pelo estado liberal não gerava garantia de seu efetivo gozo e isso acabou gerando amplos movimentos reivindicatórios (SARLET, 2003, p. 52). *Passou a se defender a intervenção que liberta, no lugar da liberdade que oprime* (BRITO, 1982, p. 19).

A partir daí, com a sufocação do pensamento liberal, o ente Estatal passa a evoluir e a ser considerado além do caráter unitário, adquirindo uma perspectiva mais social e interventora, na tentativa de sanar as distorções econômicas, mostrando-se apto a retirar o indivíduo da opressão.

Nasce o Estado Social, que tem por escopo primordial a garantia aos seus cidadãos de um mínimo de condições essenciais exigidas para a sua existência com dignidade (SBRISSIA, 2009) e cuja principal característica é a intervenção positiva do Poder Público na ordem econômica e na ordem social (MÂNICA, 2007, p. 2).

É nesse momento da história, como visto a cima, que os direitos fundamentais sociais ganham expressão constitucional. O indivíduo, com isso, passa a ser credor das prestações estatais (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 213).

Nasce no panorama mundial, amparado pelo princípio da solidariedade³, uma nova gama de direitos, cuja base é propícia para concreção a justiça social e pela viabilização de políticas públicas que garantam o amparo e proteção aos pobres e fracos.

No panorama brasileiro não foi diferente, a evolução constitucional que vinha se expressando no México (1917) e na Alemanha (1919) se concretiza, ao menos no papel, com a Constituição de 1934.

Nas palavras de Paulino JACQUES (CUNHA JUNIOR. *op. cit.* p. 221.)

A revolução de 1930 propiciou-lhe a integração na nova ordem. A volumosa legislação social-trabalhista do Governo Provisório, de 1930-1934, demonstrou que estávamos realmente, integrados no espírito da época. A Constituição de 1934, que incorporou os novos direitos ao seu texto, à maneira de Weimar, revela a irrevogabilidade dessas reivindicações.

Segundo Paulo BONAVIDES (p. 366) é nessa Constituição que se insere uma nova corrente de princípios, é o que inaugura no país o constitucionalismo social que, pela influência da Constituição Weimar, apresentou um caráter predominantemente intervencionista.

E não é para menos, ao analisar-se o preâmbulo da Constituição de 1934, constata-se que ela emprega expressões como “justiça” e “bem-estar social e econômico”, mostrando uma verdadeira evolução quanto às constituições passadas. E, ainda, mostrava-se nitidamente filiada a doutrina do estado social alemão, cujo texto do preâmbulo demonstrava: “A liberdade e na justiça (...) e de trabalhar para o progresso social” (CUNHA JÚNIOR, p. 221).

Brasil sofria aí, segundo Josaphat MARINO (CUNHA JÚNIOR, p. 221), um sopro de socialização que viria a se perdurar pelas Constituições seguintes.

Ingo Wolfgang SARLET (P. 69-76), observando a história do constitucionalismo pátrio, afirma que, apesar de os direitos sociais se encontrarem presentes nas Constituições de 1934 e 1946, foi com o advento da presente Constituição de 1988 que eles foram tratados, pela primeira vez no constitucionalismo brasileiro, de forma relevante. Um dos motivos para que

3 O princípio da solidariedade se desenvolveu a partir do movimento socialista, no séc. XIX, e implanta a ideia de que todos são responsáveis pelas necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social. Esse princípio corrobora com a ideia de que o Estado deve, portanto, zelar pelas carências sociais. CUNHA JUNIOR. *op. cit.* p. 221.

fossem consagrados tais direitos se deve pelo processo de redemocratização do país que, por quase vinte anos, encontrou-se sob o domínio da ditadura militar.

É o que fica demonstrado no preâmbulo, que institui,

(...) um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos **direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça** como valores supremos de uma **sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos** (...) (*grifos nossos*)

E também é possível encontrar mais exemplos desse caráter compromissário nos artigos 6º, 194 e 205, nos quais é possível observar que, realmente, os direitos sociais são abrangidos e defendidos:

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

(...)

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

(...)

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Não se esquecendo que todos esses direitos devem ser realizados e concretizados de acordo com os objetivos fundamentais, modo a garantir uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a promoção do bem de todos, sem preconceitos⁴.

Assim, é possível admitir, sem sombra de dúvidas, que a Constituição promulgada em 1988, abrange uma nova ordem social, garantindo aos indivíduos o chamado “mínimo existencial” e, de acordo com Gilberto BERCOVICI (2005, p. 9),

(...) contém em seu texto as bases de um **projeto nacional de desenvolvimento**, em que torna possível a reestruturação do Estado brasileiro para conduzir as **transformações sociais necessárias para a superação do subdesenvolvimento**. (*grifos nossos*).

4 Art. 3º da Constituição.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS E ORÇAMENTO

Como visto, a linguagem constitucional é normativa e vinculante a todos os Poderes Públicos, pois congrega a posição hierárquica suprema e, dentro da ordem jurídica vigente, a materialidade de um autêntico pacto social.

Como lembra Cláudia Maria da Costa GONÇALVES (2005. p. 160), por possuir tais características, o Texto de 1988 contempla, como visto, uma enorme gama de princípios que dependem de prestações e certos condicionantes fáticos, providenciados pelo Poder Público, para gerarem efeitos.

É o que o José Afonso da SILVA (2002, p. 136) denomina de normas constitucionais de eficácia limitada de princípio programático, pois estabelecem programas constitucionais a serem seguidos pelo executor, que se impõem como diretriz permanente do Estado.

Dessa maneira, é necessário que tais normas, para se concretizarem, sejam objeto de políticas públicas.

Antes de prosseguir, é necessário compreender que a expressão “políticas públicas” é polissêmica, uma vez que compreende todos os instrumentos de ação de governos.

Para Maria Paula Dallari BUCCI (2006, p. 241) as

(...) políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do estado (...) para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados⁵.
É aqui, com o desenvolvimento e a implementação das políticas públicas que se encontra a primeira barreira para a concretização dos direitos fundamentais sociais, o orçamento público⁶.

Por óbvio, para realizar tais prestações com o fim de realizar o texto constitucional, o Estado deve possuir receitas, reservas orçamentárias. E,

5 É importante ressaltar que as políticas públicas não se confundem com planos ou programas de ação, apenas se exteriorizam por meio deles. MÂNICA. *op. cit.* p. 2.

6 Na opinião de Fernando Borges Mânica, “a garantia e proteção de todos os direitos individuais, por óbvio, necessitam de recursos para que sejam efetivadas. Veja-se a atuação das polícias, do corpo de bombeiros e do próprio Poder Judiciário; a realização de eleições e todas as atividades administrativas de controle e fiscalização. Todos os direitos demandam custos para sua efetivação; os direitos de defesa indiretamente; e os direitos sociais, diretamente”. (MÂNICA, Fernando Borges. *op. cit.* p 8.). Assim, fica claro que todos os direitos, para serem efetivados, necessitam de dispêndio financeiro. Cabe ressaltar, como faz o ilustre professor, que os direitos sociais, demandam mais diretamente esse investimento.

apesar de se frisar no presente trabalho a importância dos direitos fundamentais sociais, não se pode ignorar que, como bem afirmam HOLMES e SUSTEIN, todos os direitos, não só os sociais, implicam em custos para o Estado

If rights were merely immunities from public interference, the highest virtue of government (so far as the exercise of rights was concerned) would be paralysis or disability. But a disabled state cannot protect personal liberties, even those that seem wholly "negative," such as the right against being tortured by police officers and prison guards. (...) All rights are costly because all rights presuppose taxpayer funding of effective supervisory machinery for monitoring and enforcement (HOLMES; SUSTEIN, 1999, p. 44)7.

Percebe-se, portanto, que o orçamento público passa a ter papel fundamental na estrutura social e política atual, pois todos os direitos fundamentais, segundo HOLMES e SUSTEIN, dependem de recursos financeiros para se concretizar, inclusive as liberdades. Mas nem sempre foi atribuída tal importância ao orçamento público.

Classicamente, o orçamento público era tido como um documento meramente contábil, que tentava manter o equilíbrio financeiro e evitar a expansão desmedida de gastos (MÂNICA,). No início, portanto, o orçamento estava desvinculado de planos governamentais e dos interesses coletivos. Era apenas uma forma de controle que colocava frente a frente as despesas e as receitas anuais do Poder Público.

Porém, com o advento do Estado Social e da nova postura governamental frente à ordem social e econômica, o orçamento se transformou em um instrumento da administração pública, cujo escopo principal é auxiliar nas etapas do processo administrativo, fornecendo os recursos necessários para a implementação de tais ações ou programas.

Hodiernamente, pelo fato de o Estado prever uma maior intervenção na vida social, a relação entre orçamento público e a concretização dos direitos fundamentais sociais, através de políticas públicas, é intrínseca e indissociável.

7 Tradução Livre: "Se os direitos fossem meramente imunidades de interferência pública, a maior virtude do governo (tanto quanto o exercício dos direitos estava em causa) seria paralisia ou incapacidade. Mas um estado incapacitado não pode proteger as liberdades pessoais, mesmo aqueles que parecem totalmente "negativos", como o direito de não ser torturado por policiais e agentes penitenciários. (...) Todos os direitos são caros porque todos os direitos pressupõem financiamento contribuinte de mecanismos de controle eficaz para monitoramento e fiscalização.

Régis Fernandes de OLIVEIRA (2006, p. 243) demonstra bem essa relação entre orçamento e ações governamentais:

A decisão de gastar é, fundamentalmente, uma decisão política. O administrador elabora um plano de ação, descreve-o no orçamento, aponta os meios disponíveis para seu atendimento e efetua o gasto. A decisão política já vem inserta no documento solene de previsão de despesas.

E Ricardo Lobo TORRES (2000, p. 110.)finaliza o raciocínio, anotando que

O relacionamento entre políticas públicas e orçamento é dialético: o orçamento prevê e autoriza as despesas para a implementação das políticas públicas; mas estas ficam limitadas pelas possibilidades financeiras e por valores e princípios como o do equilíbrio orçamentário (...)

Dessa forma é possível observar que o desenvolvimento das políticas públicas está condicionado ao elemento “financeiro” do Estado. Portanto, se o Poder Público não possui reservas orçamentárias, a concretização de políticas públicas hábeis a suprir e concretizar os direitos fundamentais fica comprometida.

Sobre o tema, Larissa Fischer SBRISSIA (2009) ressalta que

A análise econômica pode e deve contribuir para a justiça social, afinal, isto será o objetivo maior do Estado, todavia, não há como ratificar que os direitos fundamentais devem ficar reféns da escassez porque, neste caso, haverá uma inversão de papéis.

Outrossim, é necessário observar a dotação orçamentária com cuidado frente a concretização dos direitos sociais. A satisfação desses direitos demanda meios materiais, o que significa, segundo AMARAL, trabalhar com a escassez.

Para o autor, afirmar “que um bem é escasso significa que não há o suficiente para todos” (AMARAL, 2001, p. 133) E dentre os diversos tipos de escassez listadas por AMARAL, existe a artificial, decorrente das decisões governamentais quanto a alocação de bens.

Juntamente com a divisibilidade e a homogeneidade do bem (AMARAL, 2001, p 134), a escassez desafia a concretização do tratamento igual para todos, uma vez a tentativa de se alcançar a igualdade poderia levar a custos absurdos.

Com o fenômeno da escassez, desenvolveu-se no Brasil, a partir da teoria alemã, a denominada “*Teoria da reserva do possível*”, justamente para tentar legitimar a falta de dotação orçamentária e justificar a falta de realização dos direitos fundamentais.

Entretanto, a reserva do possível, originalmente não possuía relação direta com o orçamento. O Tribunal Constitucional Alemão, no precedente em que discutiu o aumento das vagas em Universidades, decidiu que as prestações positivas do Estado estariam sujeitas à reserva do possível, no sentido de que deve haver razoabilidade de pretensões. Portanto, não havia um direito subjetivo a vagas em universidades, porque tal direito deveria respeitar as vagas disponíveis.

A teoria da reserva do possível, (...), não se refere direta e unicamente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização do direito social, mas à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas a sua efetivação (MÂNICA).

Originalmente, portanto, enfatize-se, a “*Teoria da reserva do possível*” não esta fundada na limitação orçamentária. Essa transformação sofrida no processo de “importação” da teoria alemã gerou um problema grave, pois a Constituição, que é o pacto social representativo das conquistas históricas e sociais de um povo, teve sua concretização limitada.

Obviamente essa barreira financeira não pode permanecer como um escudo de proteção ao Poder Público. Contudo, passou a ser utilizada a larga como escusa para que, muitas vezes indevidamente, deixe-se de cumprir suas obrigações e organizar devidamente suas finanças.

No contexto da Constituição de 1988 o orçamento público deve ser visto como um importante instrumento de governo, cuja finalidade é organizar as contas públicas.

Entretanto, segundo a doutrina de Clèmerson Merlin CLÈVE não é isso que está ocorrendo na conjuntura atual.

No Brasil de hoje o Estado se transformou numa máquina de expropriação de recursos da sociedade para pagar os juros da dívida pública. O país gasta 100 bilhões de dólares ao ano apenas para pagar os juros da dívida pública (sem que se amortize o principal). Nós vemos o contingenciamento arbitrário das dotações orçamentárias, muitas

vezes daquelas necessárias para o crescimento dos serviços públicos realizadores dos direitos sociais. Ao mesmo tempo, houve a adoção de uma espécie de neoliberalismo globalizado, que procurou transformar aquilo que a Constituição definiu como direitos, em meros produtos, em mercadorias que haveriam de ser compradas. Esse quadro precisa mudar (CLÈVE, 2010).

O orçamento público deixa de ser um instrumento necessário para a consecução de políticas públicas e passa a ser um mero instrumento de governabilidade.

O Estado não mais parece estar voltado à satisfação dos direitos fundamentais, realizando uma inversão de valores, no sentido de que utiliza os recursos públicos de forma errônea e se utiliza da reserva do possível como uma justificção para sua atuação.

O orçamento público, conforme dispõe Lino Martins da SILVA, deve ser utilizado como “um plano de trabalho governamental expresso em termos monetários, que evidencia a política econômico-financeira do Governo (...) (SILVA, 1996. p. 37.)”

Como é possível perceber, na visão de SILVA, o orçamento deve ser encarado, hoje, justamente como uma diretriz governamental, que organiza as contas públicas e, mediante a separação de verbas adequadas, aliadas a um plano de governo, devem fixar os gastos feitos com as políticas públicas. Não deve ser somente um mero instrumento governamental, como criticou CLÈVE.

4 JURISPRUDÊNCIA

O Superior Tribunal de Justiça, em diversas ocasiões⁸, já se pronunciou a cerca da reserva do possível, como no REsp Nº 1.185.474 – SC, de relatoria do Ministro Humberto Martins, em que se discute o acesso a creche aos menores de zero a seis anos. No referido recurso, o recorrente era o Município de Criciúma e o recorrido era o Ministério Público de Santa Catarina, tendo-se decidido:

⁸ Confira-se o informativo 0431 de 2010, nos EDcl no MANDADO DE SEGURANÇA Nº 16.210 – DF, no RECURSO ESPECIAL Nº 1.024.298 – MS, no RECURSO ESPECIAL Nº 1.068.731 – RS e no RECURSO ESPECIAL Nº 962.934 – MS.

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS – DIREITO SUBJETIVO – RESERVA DO POSSÍVEL – TEORIZAÇÃO E CABIMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA – ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA – PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL – ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO – PRECEDENTES DO STF E STJ.

1. A tese da reserva do possível assenta-se em ideia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilium nulla obligatio est* - Celso, D. 50, 17, 185). Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia.

2. Todavia, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao **problema da escassez**. Esta pode ser compreendida como "**sinônimo**" de **desigualdade**. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser **distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo**.

3. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. **Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada**. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade.

4. É por esse motivo que, em um primeiro momento, **a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preteri-los em suas escolhas**. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso, porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às ideias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da "democracia" para extinguir a Democracia.

5. Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles **direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador**. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.

6. O **mínimo existencial** não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na "vida" social.

(...)

9. Eis a razão pela qual o art. 227 da CF e o art. 4º da Lei n. 8.069/90 dispõem que a educação deve ser tratada pelo Estado com absoluta prioridade. No mesmo sentido, o art. 54 do Estatuto da Criança e do

Adolescente prescreve que é **dever do Estado assegurar às crianças de zero a seis anos de idade o atendimento em creche e pré-escola**. Portanto, o pleito do Ministério Público encontra respaldo legal e jurisprudencial.

10. Porém é preciso fazer uma ressalva no sentido de que **mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial persista a carência orçamentária** para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez **não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária**. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável.

11. **Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social. No caso dos autos, não houve essa demonstração.**

Recurso especial improvido.(grifos nossos) (BRASIL, 2010)

Percebe-se que o Tribunal, ao discorrer sobre a reservar do possível toca em pontos sensíveis aos tecer a decisão sobre o caso concreto. Aborda-se a questão do mínimo existencial, pilar sustentador, não somente da dignidade humana, mas também que garante a inserção no tocante ao desenvolvimento sociocultural do indivíduo.

Discute-se, também, a problemática de prestação, por parte do Estado, do efetivo dever de concretização dos direitos fundamentais, sendo que esses não podem ser negligenciados quanto a escolha do administrador.

O Supremo Tribunal Federal também já se manifestou sobre a reserva do possível⁹, no Informativo nº 581, no qual consta o RE 482611/SC, de relatoria do Ministro Celso de Mello, publicado no DJe no dia 7 de abril de 2010, em que se consignou:

EMENTA: CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ABUSO E/OU EXPLORAÇÃO SEXUAL. DEVER DE PROTEÇÃO INTEGRAL À INFÂNCIA E À JUVENTUDE. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO. PROGRAMA SENTINELA-PROJETO ACORDE. INEXECUÇÃO, PELO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS/SC, DE REFERIDO PROGRAMA DE AÇÃO SOCIAL CUJO ADIMPLENTO TRADUZ EXIGÊNCIA DE ORDEM CONSTITUCIONAL. CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO. DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819). COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL (RTJ 185/794-796). IMPOSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL SEMPRE QUE PUDER RESULTAR, DE SUA APLICAÇÃO,

9 Como no ARE 639337/SP AgR, no ARE 637911 / RJ, no ARE 678405 / SP, no ARE 677008 / SC, no RE 671725 / SP, no RE 667745 / SC, nos Informativos nº 669, 632, 582, 528 e 520 e na ADPF nº 45/DF.

COMPROMETIMENTO DO NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197). CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS. PLENA LEGITIMIDADE JURÍDICA DO CONTROLE DAS OMISSÕES ESTATAIS PELO PODER JUDICIÁRIO. A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 - RTJ 175/1212-1213 - RTJ 199/1219-1220). RECURSO EXTRAORDINÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL CONHECIDO E PROVIDO. (BRASIL, 2010)

Nos votos, discutiu-se a prioridade quanto à proteção aos direitos da criança e do adolescente, pois essa se qualifica como um dos direitos sociais mais expressivos contidos no ordenamento pátrio, uma vez que os menores devem ter prioridade quanto à proteção do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, nos termos do artigo 227, caput, da Constituição Federal.

O Poder Público, dessa forma, não pode se utilizar da reserva do possível, salvo motivo objetivamente aferível, com o fim de exonerar-se do efetivo cumprimento das obrigações constitucionalmente impostas.

Nítido resta que o posicionamento dos Tribunais Superiores está tendente a afastar a aplicação da reserva do possível, pois, em boa parte dos casos, essa teoria está sendo utilizada como um “escudo” para que o Poder Estatal omita-se quanto à prestação de serviços essenciais e quanto a proteção de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal

5 CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais, em especial os de cunho social, estão previstos no ordenamento jurídico não para ser um mero adorno legislativo. Sua previsão pressupõe a intenção do Estado de concretizá-los, já que direitos são fruto de uma busca social pela intervenção do ente público, pela concretização material a fim de garantir o mínimo existencial e a preservação da dignidade humana.

Entretanto, como examinou-se, a consecução de políticas públicas viáveis a implantação dessas demandas sociais não é barata, exige uma elaboração orçamentária cuidadosa e comprometida com a Sociedade.

A desídia do administrador público com a previsão orçamentária fez com que um instituto nascido na Alemanha, dentro de um contexto sócio-jurídico específico, fosse incorporado, mesmo que de maneira troncha, ao ordenamento jurídico pátrio.

Em nenhum momento se questiona o estudo do Direito Comparado, que traz a tona discussões relevantes. O que se põe em cheque é a pertinência de teorias jurídicas desenvolvidas em países de bases cultural, econômica e social e aplicadas em outros países que apresentam modelos socioeconômicos e políticos.

Não se deve utilizar esse instituto alemão como uma forma de “desculpa” da administração para não implementar políticas públicas. Abrigar a reserva do possível com um enfoque puramente orçamentário, cobrindo-a com o manto da verdade absoluta quebra com as políticas sociais esperadas e previstas no texto constitucional brasileiro.

6 BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escasses & Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição, Economia e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1185474 SC 2010/0048628-4, Relator: Ministro Humberto Martins, Data de Julgamento: 20/04/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: **DJe** 29/04/2010

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 581**. Publicado em abril de 2010. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo581.htm>>. Acesso em 11 de julho de 2012.

BRITO, Edvaldo. **Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico: desenvolvimento e bem estar social.** São Paulo: Saraiva, 1982.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas.** São Paulo: Saraiva, 2006.

CLÈVE, Clemerson Mèrlin. **Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais.** Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 25 de abril de 2012.

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

FINGER, Ana Cláudia. Serviço Público: um Instrumento de Concretização de Direitos Fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, ano 4, n. 232, p. 59-82, abr./jun. 2003.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Políticas dos direitos fundamentais sociais na Constituição Federal de 1988: releitura de uma constituição dirigente.** Tese de Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da Universidade Federal do Maranhão. São Luiz, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição De 1988.** 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição** (die normative kraft der verfassung). Porto Alegre: Sergio fabris, 1991.

KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”.** Porto Alegre: Sergio fabris, 2002.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 01-17, jul./set. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-FERNANDO-MANICA.pdf>>. Acesso em 25/06/11.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro.** São Paulo: RT, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, Lino Martins da. **Contabilidade Governamental: Um Enfoque Administrativo.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 1996.

SILVA, José Afonso, **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. v. 5. Orçamento na Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2000.

OS EFEITOS DA REFORMA TRABALHISTA: 36% MENOS PROCESSOS E EFICIÊNCIA JURÍDICA

THE EFFECTS OF LABOR REFORM: 36% LESS PROCESSES AND LEGAL EFFICIENCY

Marcella Braga Marinho¹

RESUMO

A Reforma Trabalhista completou um ano de vigência e já traduz resultados importantes. Atendeu às novas formas virtuais de trabalho, otimizou a negociação individual do contrato, reduziu em 36% as demandas judiciais, reduziu encargos trabalhistas e exigiu que os sindicatos efetivamente atuem em prol dos empregados.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Reforma. Eficiência. Empregos.

ABSTRACT

The Labor Reform has completed a year of validity and already translates important results. It addressed the new virtual forms of work, optimized the individual negotiation of the contract, reduced judicial demands by 36%, reduced labor costs and demanded that unions effectively act on behalf of employees.

Keywords: Labor Law. Reform. Efficiency. Jobs.

1 UM BREVE PANORAMA DA REFORMA TRABALHISTA

A Reforma Trabalhista completou um ano de vigência e já traduz resultados importantes. Atendeu às novas formas virtuais de trabalho, otimizou a negociação individual do contrato, reduziu em 36% as demandas judiciais, reduziu encargos trabalhistas e exigiu que os sindicatos efetivamente atuem em prol dos empregados.

¹ Marcella Braga Marinho, advogada atuante em contencioso Trabalhista e Cível, especializada em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes, responsável pela área de Direito do Trabalho do escritório Costa Marfori Advogados.

A Lei 13.467/2017, sancionada em julho de 2017, entrou em vigor em 11 de novembro do mesmo ano, trazendo mudanças na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), motivada pela necessidade de regularizar as contas públicas, estimular a economia e criar empregos.

Neste curto período de vigência, com a modernização da lei, já está produzindo frutos. Traduz na lei a nova realidade das relações de trabalho e aos avanços tecnológicos, além de dar mais eficiência ao mercado brasileiro. Para isso, a flexibilização das leis trabalhistas rompeu a rigidez de uma legislação ultrapassada e ofereceu segurança jurídica às empresas em um ambiente de novas tecnologias.

A mudança instaurada vem proporcionando às empresas investir seus recursos de forma mais otimizada, possibilitando o aumento do número de vagas formais, diante da diminuição de encargos trabalhistas e resguardando maior segurança jurídica e econômica ao empregador.

2 A REFORMA TRABALHISTA E OS REFLEXOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Com a entrada em vigor da nova lei trabalhista, em novembro de 2017, as relações entre empregadores e trabalhadores se tornaram mais harmônicas. Dados do Tribunal Superior do Trabalho (TST) mostram que houve uma redução no volume de novas demandas trabalhistas, além de aumento da eficiência judicial, pois a queda do número de novas reclamações possibilitou que a Justiça do Trabalho conseguisse, também, dar andamento e reduzir a quantidade de processos antigos pendentes.

Segundo a Coordenadoria de Estatística do TST², entre janeiro e setembro de 2017, as Varas do Trabalho receberam 2.013.241 reclamações trabalhistas. No mesmo período de 2018, o número caiu para 1.287.208 demandas, ou seja, o número reduziu em 36%:

² Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/primeiro-ano-da-reforma-trabalhista-efeitos?inheritRedirect=false



3 A REFORMA TRABALHISTA E O DIREITO PROCESSUAL

O primeiro ano de vigência das reforma, ainda não reflete mudança significativa da jurisprudência do TST, uma vez que a aprovação, a revogação ou a alteração de súmulas, precedentes normativos e orientações jurisprudenciais seguem um rito próprio, definido no Regimento Interno do TST.

Segundo o presidente do TST e do Conselho Superior do Trabalho, João Batista Brito Pereira, o impacto na jurisprudência se dá a partir do julgamento de casos concretos, por isso, é possível encontrar decisões de mérito no primeiro e no segundo grau sob a égide da nova lei, contudo, eventuais recursos contra essas decisões estão aos poucos chegando ao TST.

A Instrução Normativa nº 41/2018³, aprovada em junho de 2018, traz normas de direito processual relativas à Reforma Trabalhista. O texto aprovado prevê que a aplicação das novas normas processuais é imediata, mas não atingem situações iniciadas ou consolidadas antes das alterações legislativas. Deste modo, muitas das mudanças processuais não são aplicáveis aos processos iniciados antes de 11/11/2017.

Como exemplo, um ponto de destaque da nova lei, mostra-se no instituto processual da “transcendência”⁴, que incide apenas sobre acórdãos de

³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução n. 221, de 21 de junho de 2018 [Instrução Normativa n. 41]. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, n. 2501, 21 jun. 2018. Caderno Judiciário do Tribunal Superior do Trabalho, p. 26-28.

⁴ Schiavi, Mauro A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17 / Mauro Schiavi. — 2. ed. — São Paulo : LTr, 2018.

Tribunais Regionais publicados a partir de novembro/2017, e é exigida como requisito de admissibilidade nos Recursos de Revista. Segundo a redação do artigo 896-A da CLT, o TST examinará previamente se a questão discutida no recurso oferecerá reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica, que ultrapassem os interesses individuais das partes (“transcendência”). Os recursos que não atenderem a nenhum dos critérios de “transcendência” não serão providos e a decisão monocrática do relator será irrecorrível.

4 A REFORMA TRABALHISTA E O DIREITO MATERIAL

As inovações no direito material, introduzidas pela reforma, são referentes ao tempo à disposição do empregador (sobreaviso), às mudanças nos critérios para gozo férias, ao teletrabalho, ao tabelamento de reparação por dano extrapatrimonial, à regulamentação do trabalho intermitente, à possibilidade da rescisão do contrato de trabalho por acordo entre empresa e trabalhador (mútuo acordo) e à faculdade de realização da contribuição sindical que antes era obrigatória.

Sobre as mudanças, devido ao curto prazo de vigência da nova Lei, ainda haverá uma construção jurisprudencial exarada do julgamento de casos concretos. Somente após várias decisões do TST sobre a mesma matéria, é apresentado um estudo pela Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos com o fito de propor a revisão, edição ou o cancelamento de súmula, orientação jurisprudencial ou precedente normativo.

5 QUESTIONAMENTO DE CONSTITUCIONALIDADE

Por tantas alterações introduzidas pela Lei 13.467/2017, chegaram ao Supremo Tribunal Federal (STF) diversas ações questionando a constitucionalidade de alguns pontos da reforma trabalhista.

As ações diretas de inconstitucionalidade foram ajuizadas por entidades representativas de empregados, de empregadores, de setores diversos da economia e pela Procuradoria-Geral da República.

Esta última discorre, em sua ação, sobre a constitucionalidade de artigo que impõe à parte vencida, mesmo que beneficiária da justiça gratuita, o pagamento dos honorários advocatícios e periciais.

Para a Procuradoria-Geral, a medida seria inconstitucional, uma vez que fere a garantia de gratuidade judiciária aos que comprovam insuficiência de recursos e viola as garantias constitucionais de amplo acesso à jurisdição e de assistência judiciária integral aos necessitados.⁵

De um lado, deve-se observar a existência de trabalhadores cujos direitos tenham sido efetivamente violados e que deixariam de recorrer à Justiça do Trabalho, pelo receio de, caso não conseguissem comprovar suas alegações, terem de arcar com o pagamento das custas e honorários sucumbenciais. De outro, tem-se que a medida possui um aspecto pedagógico sobre aqueles que buscam o Judiciário Trabalhista sem ponderação, responsabilidade e, muitas vezes, sem o bom direito.

Outro ponto muito questionado foi a respeito da contribuição sindical. O fim da obrigatoriedade da contribuição foi objeto de 19 ações. Neste tocante, em junho de 2018, o STF declarou a constitucionalidade do dispositivo, respaldado no entendimento de inadmissibilidade da imposição da cobrança, quando a Constituição Federal determina que ninguém é obrigado a se filiar ou a se manter filiado a uma entidade sindical.

Há, também, por conta da reforma trabalhista, ações no STF versando sobre a fixação de valores de indenização por dano moral, trabalho intermitente, atualização dos depósitos recursais e realização de atividades insalubres por gestantes e lactantes.

6 CONCLUSÃO

Pelo pequeno período de vigência, o efeito mais marcante da implementação da reforma trabalhista foi, de fato, a diminuição do número de distribuição de novas ações nas Varas do Trabalho.

⁵ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE- ADI/5766 - STF. Relator: Ministro ROBERTO BARROSO. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582> . Acesso em: 12 de dezembro de 2018.

Os reflexos da Lei 13.467/2017 se fazem mais presentes, efetivamente, nas relações entre empregado e empregador, uma vez que aumentada a possibilidade de negociação entre ambos, gerando uma garantia de maior flexibilidade nas relações de emprego.

Sendo assim, o engessamento estabelecido por uma lei criada em 1943 e que, anteriormente, impossibilitava o empregador de promover uma série de alterações contratuais foi, ao menos em parte, superada

**CIDADES E POLUIÇÃO SONORA:
DESAFIOS DO DIREITO SOCIOAMBIENTAL PARA O DESENVOLVIMENTO**

*CITIES AND NOISE POLLUTION:
CHALLENGES OF ENVIRONMENTAL LAW FOR DEVELOPMENT*

José Osório do Nascimento Neto¹ e Vladimir Passos de Freitas²

RESUMO

Sob a ótica do Direito Socioambiental e da Gestão Pública urbana, a presente pesquisa acadêmica tem por objetivo fornecer, de uma forma descritivo-interpretativa, uma visão multidisciplinar da poluição sonora presente nas Cidades como um dos desafios da contemporaneidade do Direito e Ambiente Urbano. Preliminarmente, serão abordados os aspectos gerais dos conceitos de som, vibração, ruído e suas respectivas variantes com os fundamentos da Física. Nesse contexto, para análise da configuração geral da poluição sonora, torna-se necessário, também, compreender a relação existente entre o chamado “som indesejável” e a saúde humana, tendo-se em vista que as principais fontes de ruído possuem origem justamente nas Cidades. A partir dessa apresentação geral, parte-se para o estudo da poluição sonora dentro do Direito, sendo fundamental o conhecimento do seu histórico jurídico, cujos direitos e deveres da atualidade encontram-se presentes na Constituição da República Federativa

¹ Professor das Faculdades Integradas do Brasil (UniBrasil) e da Faculdade Cenequista de Campo Largo (Facecla). Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bolsista CAPES (2009-2011). Especialista em Direito Contemporâneo com ênfase em Direito Público (2010), pela Universidade Candido Mendes do Rio de Janeiro. Graduado em Direito (2008) também pela PUCPR. Realizou aperfeiçoamento de EaD Docência: Metodologia do Ensino Superior e Metodologia de Pesquisa Científica, pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (2011). Tem experiência em ambiente empresarial desde 2004, trabalhando pelo Jurídico da GVT (telecom) e pelo Departamento Regulatório e Institucional da Brookfield (energia). Advogado. Membro da Associação Paranaense de Direito e Economia - ADEPAR. Associado ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. Parecista Ad Hoc (duplo blind review) da Revista Brasileira de Políticas Públicas (avaliação B3, no sistema Qualis). Co-autor das obras: "Mudança do clima: desafios jurídicos, econômicos e socioambientais", Fiuza (2011) e "Estado, Direito e Sociedade", Iglu (2010).

² É licenciado em Direito pela Faculdade Católica de Direito de Santos (1968), mestre e doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1989 e 1999). Foi Promotor de Justiça nos Estados do PR e SP (10 anos) e Juiz Federal (26 anos), tendo exercido a presidência do Tribunal Regional Federal da 4a. Região. Aposentado do cargo de Desembargador Federal em 2006, atualmente é professor de Direito Ambiental da graduação e da pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, consultor da United Nations Environmental Programme, membro do Grupo de Especialistas em Judiciário da International Union For Conservation Of Nature, conferencista internacional na área do Direito Ambiental e em Política Judiciária e Administração da Justiça, sendo fundador e vice-presidente do Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judicial - IBRAJUS e vice-presidente para América do Sul da "International Association for Courts Administration - IACA", com sede em Louisville, Kentucky, Estados Unidos da América. Membro da "Asociacion Internacional de profesores de Derecho Ambiental", sede em Lima, Peru. Dados complementares no sítio: www.vladimirfreitas.com.br

do Brasil de 1988, bem como nas resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA. Neste momento, são analisados casos exemplificativos da Lei municipal de Curitiba, que dispõe sobre ruídos urbanos, proteção do bem-estar e do sossego público; bem como casos pontuais da jurisprudência pátria, que, em conjunto com os demais pontos deste trabalho, nos revelam uma carência de discussão, tanto do ponto de vista jurídico, quanto cultural, sobre poluição sonora nas cidades.

PALAVRAS-CHAVE: CIDADES; POLUIÇÃO SONORA; DESAFIOS DA CONTEMPORANEIDADE; DIREITO E AMBIENTE URBANO.

ABSTRACT

From the viewpoint of law cities and Urban Management, this scholarly research is meant to provide, in a descriptive and interpretive way, a multidisciplinary view of environmental noise present in the cities as one of the challenges of contemporary law and Urban Environment. Preliminarily, it will deal with general aspects of the concepts of sound, vibration, noise and their variants with the fundamentals of physics. In this context, to analyze the general configuration of the noise, it is also necessary to understand the relationship between the so-called “unwanted sound” and human health, taking into account that the main sources of noise have their origins in the Cities. From this overview, we proceed to study the noise within the law and fundamental knowledge of its legal history, the rights and duties of the day are present in the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988 and the resolutions of CONAMA that is the national council on the environment. Today, it is considered exemplary cases of municipal law in Curitiba, which deals with urban noise, protection and welfare of the public peace, as well as individual cases of country jurisprudence, which together with other points of this work reveal a lack of discussion, both legally, and culturally, on noise pollution in cities.

KEY WORDS: CITIES; NOISE POLLUTION; CHALLENGES OF CONTEMPORARY; LAW AND URBAN ENVIRONMENT.

1. INTRODUÇÃO

O crescimento populacional e concentração urbana vêm passando por processos de mudanças profundas. Essas mudanças permitiram que houvesse uma deterioração do meio ambiente, contaminando o ar, o solo, a água e o silêncio nas cidades, este último, objeto de estudo desse trabalho. O progresso implica no aumento da produção do ruído, onde os principais vilões da poluição

sonora em cidades são o tráfego e a construção civil, explicados pela necessidade de transporte e habitação. A instalação de comércio e indústria em áreas antes estritamente residenciais agrava ainda mais o problema.

A chamada poluição sonora deve ser entendida como um subproduto da civilização tecnológica e urbana, capaz de produzir incômodo e danos específicos ao organismo humano. A poluição acústica é considerada pela maioria da população das grandes cidades como um fator ambiental muito importante, que incide de forma principal na sua qualidade de vida. Na poluição ambiental urbana, o ruído ambiental é uma consequência direta não desejada das próprias atividades que ocorrem nas grandes cidades, cuja análise descritivo-interpretativa constitui objeto de estudo da presente pesquisa acadêmica.

2. DEFINIÇÃO CONSTITUTIVA DE TERMOS IMPORTANTES PARA O CONTEXTO DA PESQUISA

O conceito de som vem da Física³, sendo este a vibração acústica capaz de provocar sensações auditivas. Dentro deste amplo conceito, tem-se, em sentido mais restrito, a vibração, assim caracterizada pelo movimento oscilatório, transmitido pelo solo ou por uma estrutura qualquer.

O ruído, por sua vez, constitui-se como o som capaz de causar perturbação ao sossego público ou efeitos psicológicos e fisiológicos negativos em seres humanos e animais. Assim, pode-se dizer que o som, como poluição sonora, está associado ao “ruído estridente” ou ao “som não desejado”.

Isso significa que a poluição sonora se faz presente quando a emissão de um som ou ruído que seja, direta ou indiretamente, ofensivo ou nocivo à saúde, à segurança e ao bem estar da coletividade, valendo ressaltar que, embora o conceito de som seja perfeitamente definido pela Física, o conceito de “som não desejado” (como poluição) é muito relativo. Por exemplo, para muitos, um show

³ CALÇADA, Caio Sérgio; SAMPAIO, José Luiz. **Física clássica – óptica e ondas**. São Paulo: Editora Atual, 1998. p. 459.

de rock não passa de uma fonte extraordinária de poluição auditiva; para outros, é a pura expressão da arte musical contemporânea⁴.

Para fins práticos, o som é medido pela pressão que ele exerce no sistema auditivo humano. Na medida em que essa pressão provoca danos à saúde humana, comportamentais ou físicos, ela deve ser tratada como poluição, sendo a medida da intensidade do som feita em decibéis (dB), unidade proposta por Graham Bell.

A partir desta breve apresentação dos termos, é interessante recordar alguns dos principais elementos da Física, relativos ao som.

3. A FÍSICA E O SOM – ALTURA, TIMBRE E INTENSIDADE

O som propaga-se a diferentes velocidades, em função do meio – no ar, ele se propaga a 345 m/s; na água, a 1.430 m/s; e, no vácuo, não há propagação, pois o som é uma onda mecânica⁵.

O som possui três qualidades essenciais⁶: a *altura*, o *timbre* e a *intensidade*. A qualidade que permite a uma pessoa classificar um som como mais grave (mais baixo) ou mais agudo (mais alto) que outro é denominada *altura* do som. Essa qualidade fisiológica está intimamente ligada com a propriedade física chamada de “frequência”. Assim, quanto maior for a frequência de um som, tanto mais agudo ele será. Analogicamente, quanto menor for a frequência, tanto mais grave será o som.

Por isso, nas palavras de Caio Sérgio CALÇADA e José Luiz SAMPAIO⁷, “é comum se dizer que, de um modo geral, a voz da mulher é mais aguda que a do homem, ou, reciprocamente, a voz do homem é mais grave que a da mulher, pois a voz da mulher apresenta frequências compreendidas entre 200 e 400 Hz; e, a do homem, entre 100 e 200 Hz”.

⁴ LACERDA, Adriana; MAGNI, Cristiana; MORATA, Thais; MARQUES, Jair; ZANNIN, Paulo Henrique. **Ambiente urbano e percepção da poluição sonora** (QUALIS “A”, Eng. III). Ambiente e Sociedade (Campinas), Brasil, v. 8, n. 2, 2005. p. 85-97.

⁵ EIGER, Sérgio; JULIANO, Neusa; NUCCI, Nelson (et. al.). **Introdução à Engenharia Ambiental: o desafio do desenvolvimento sustentável**. 2ª ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2005. p. 208.

⁶ EIGER, Sérgio; JULIANO, Neusa; NUCCI, Nelson (et. al.). **Introdução à Engenharia Ambiental: o desafio do desenvolvimento sustentável**. 2ª ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2005. p. 208.

⁷ CALÇADA, Caio Sérgio; SAMPAIO, José Luiz. **Física clássica – óptica e ondas**. São Paulo: Editora Atual, 1998. p. 459.

Por outro lado, quando um instrumento musical emite uma nota, o som emitido é, na verdade, uma onda sonora resultante da superposição de várias vibrações com diferentes frequências e intensidades. Conforme o instrumento, variam em intensidade os harmônicos que acompanham o som fundamental, determinando o *timbre* do referido instrumento. Por isso distinguimos perfeitamente uma mesma nota “dó” emitida por um violino ou por um piano, por exemplo.

A *intensidade*, por sua vez, depende da amplitude do movimento vibratório; da superfície da fonte; da distância entre o ouvido e a fonte; e, da natureza do meio entre a fonte e o receptor. Tudo isso condiciona dizer se o som é forte ou fraco.

A seguir, apresenta-se uma série de sons, acompanhados de seu nível de intensidade⁸: próximo ao silêncio total – 0 dB; um sussurro – 15 dB; conversa tranqüila – 40 dB; voz humana (alta) – 75 dB; uma máquina de cortar grama – 90 dB; ruído do metrô – 90 dB; caminhão – 100 dB; buzina de um automóvel – 110 dB; trovão – 120 dB; turbina de avião – 130 dB; um tiro ou um rojão – 140 dB.

Um dos grandes e graves problemas de nossa sociedade tecnológica é a poluição sonora. Vive-se num mundo em que, culturalmente, o normal é o ruído ou o barulho constante. O silêncio é uma rara exceção. Por isso, o número de pessoas com deficiências auditivas aumenta assustadoramente, verificando-se que o ouvido humano, submetido continuamente a sons de nível de intensidade superior a 80 dB, sofre lesões irreparáveis e irreversíveis, que causam um déficit na audição. A partir de aproximadamente 120 dB, a sensação já passa a ser de dor, além dos problemas causados.

4. O RUÍDO E A SAÚDE HUMANA

Para compreender melhor os impactos do ruído na saúde humana, é importante uma pequena descrição do sistema auditivo, como bem lecionam Caio Sérgio CALÇADA e José Luiz SAMPAIO:

⁸ Idem. p. 460.

O ouvido humano é um dispositivo que tem a capacidade de receber as ondas sonoras e transformá-las em sensações que denominamos de sons. Ao ser atingido por uma onda sonora, o tímpano passa a vibrar com a mesma frequência, determinando um movimento vibratório que, por meio dos ossículos do ouvido (martelo, bigorna e estribo), é transmitido para determinada janela oval e daí para o ouvido interno, onde se converte num impulso nervoso enviado ao cérebro, por meio do nervo auditivo, dando-nos a sensação do som⁹.

Isso significa que o campo auditivo está restrito ao limite de audição e ao limite da dor. E, a poluição sonora, mesmo em níveis exagerados, produz efeitos moderados e imediatos na zona de sensibilidade do ouvido, motivos pelos quais seus efeitos atuam no corpo lentamente e, somente com o passar do tempo, se percebem alterações como a surdez que vem às vezes acompanhada de desequilíbrios psíquicos e de doenças degenerativas.

Uma série de pesquisas mostra os efeitos dos sons excessivos na saúde humana. Como exemplo, pode-se citar o estudo denominado “Ambiente urbano e percepção da poluição sonora”, cuja pesquisa:

avaliou a percepção da população de uma grande cidade em relação à poluição sonora (ruído urbano). Buscou-se identificar quais fontes sonoras são percebidas com maior frequência pela população e quais reações psico-sociais relacionadas ao ruído urbano são identificadas por ela. Foi utilizado um questionário composto de questões fechadas, abrangendo aspectos demográficos e aspectos psico-sociais referentes ao ruído ambiental. Oitocentos e noventa e dois (892) indivíduos participaram da pesquisa. As principais fontes de ruído citadas pelos moradores como causadoras de incômodo foram: 1) o tráfego de veículos (67 %), 2) os vizinhos (33%), 3) o barulho de sirenes (23%), 4) o barulho de animais (21%) e 5) o barulho gerado pela construção civil (21 %). As principais reações psico-sociais foram: 1) irritabilidade (55%), 2) baixa concentração (28%), 3) insônia (20%) e 4) dor de cabeça (19%). Os resultados obtidos coincidem com dados obtidos em pesquisas

⁹ CALÇADA, Caio Sérgio; SAMPAIO, José Luiz. **Física clássica – óptica e ondas**. São Paulo: Editora Atual, 1998. p. 453-454.

desenvolvidas na Europa, EUA e no Brasil, de que a poluição sonora ambiental influencia a qualidade de vida da população, gerando reações psico-sociais importantes, como: 1) irritabilidade e 2) insônia. Estes podem estar na base de outras doenças (disfunções cardiovasculares), podendo interferir na saúde e no bem estar dos indivíduos em particular e de uma população urbana como um todo, gerando um problema de saúde pública¹⁰.

Assim, muitas pessoas não conseguem identificar o ruído como um dos principais agentes agressores e, cada vez mais, vão ficando desorientadas por não saberem localizar a causa desse mal.

Os termos saúde e ruído vêm sendo associados cada vez mais. Percebe-se que, com o passar do tempo, fica evidente que o ruído interfere, de uma forma ou de outra, na saúde do homem. Geralmente são interferências desagradáveis e, muitas vezes, irrecuperáveis.

Nesse contexto, é interessante notar que os efeitos do ruído na audição humana podem ser divididos em três grupos:

(i) *Temporary Threshold Shift (TTS)* – é a diminuição da sensibilidade auditiva, resultante de exposição a níveis de pressão sonora elevados. É uma alteração temporária, que é recuperada após um período de repouso auditivo; (ii) Trauma acústico – é a perda auditiva súbita, geralmente decorrente de exposição a ruído de impacto. É uma alteração irreversível; (iii) Perda Auditiva Induzida por Ruído (PAIR) – é consequência de uma exposição a ruído de alta intensidade, durante longos períodos (meses, anos)¹¹.

Outros problemas associados ao ruído são desconforto, perturbações no trabalho e perda de rendimento, associados ao incômodo que é acusado por níveis excessivos de ruído.

¹⁰ LACERDA, Adriana; MAGNI, Cristiana; MORATA, Thais; MARQUES, Jair; ZANNIN, Paulo Henrique. **Ambiente urbano e percepção da poluição sonora** (QUALIS "A", Eng. III). Ambiente e Sociedade (Campinas), Brasil, v. 8, n. 2, 2005. p. 85-97.

¹¹ SANTOS, Rita da Conceição Coelho Loureiro; SANTOS, Luiz Dario dos; SILVA, Daisy Rafaela da. **Saúde ambiental como vertente no controle da poluição sonora**. In: NASCIMENTO, Grasielle; NUNES, Flávio Martins. (Org.). O Direito e a Ética na Sociedade Contemporânea. 1ª ed. Campinas: Alínea, 2006. p. 217-236.

As condições gerais de existência humana, incluindo-se o estilo de vida, permitem a possibilidade de exposição do ruído, por estar associado às formas sociocultural e socioambiental.

5. A POLUIÇÃO SONORA E O DIREITO

A poluição sonora consiste no conjunto de compressões e rarefações do meio em que se irradia a partir da fonte emissora, sendo semelhante a uma onda que se propaga desde o centro de um reservatório de água.

Celso Antônio Pachêco FIORILLO¹² classifica a poluição sonora segundo os seus aspectos temporais da seguinte forma: (i) contínuo – pouca oscilação de frequência e acústica, que se mantêm constantes. É denominado ruído ambiental de fundo; (ii) flutuantes – os níveis de pressão acústica e espectro de frequência variam em função do tempo, de forma periódica ou aleatória, como acontece no tráfego de automóveis de uma determinada via pública; (iii) transitórios – o ruído se inicia e termina em período determinado; e, (iv) de impactos – aumentos elevados de pressão acústica. São transitórios. É o caso de um avião que ultrapassa a barreira do som.

A poluição sonora é o tipo mais difuso de poluição, pois em praticamente todos os lugares onde o ser humano habita ou interage existe alguma forma de emissão de ruídos, sendo por isso mais difícil identificar e controlar as suas fontes¹³. Nesse sentido, Paulo Affonso Leme MACHADO, leciona:

Como efeitos do ruído sobre a saúde em geral registram-se sintomas de grande fadiga, lassidão, fraqueza. O ritmo cardíaco acelera-se e a pressão arterial aumenta. Quando ao sistema respiratório, pode-se registrar dispnéia e impressão de asfixia. No concernente ao aparelho digestivo, as glândulas encarregadas de fabricar ou de regular os elementos químicos fundamentais para o

¹² FIORILLO, Celso Antonio Pachêco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 124.

¹³ FARIAS, Talden Queiroz de. **Análise jurídica da poluição sonora**. Mossoró: Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – Região Oeste. Revista Direito e Liberdade, v. 3, n. 1, set. 2007. p. 557-573. Disponível em: <http://mossoro.esmarn.org.br/revista_direito_liberdade/edicoes/Revista_Direito_e_Liberdade_volume_3.pdf>. Acesso em: 12 out. 2009.

equilíbrio humano são atingidas (como supra-renais, hipófise)¹⁴.

Celso Antônio Pachêco FIORILLO, por sua vez, complementa o raciocínio da seguinte forma:

De fato, os efeitos dos ruídos não são diminutos. Informam os especialistas que ficar surdo é só uma das conseqüências. Diz-se que o resultado mais traiçoeiro ocorre em níveis moderados de ruído, porque lentamente vão causando estresse, distúrbios físicos, mentais e psicológicos, insônia e problemas auditivos. Além disso, sintomas secundários aparecem: aumento da pressão arterial, paralisação do estômago e intestino, má irrigação da pele e até mesmo impotência sexual¹⁵.

Acrescente-se que a poluição sonora e o estresse auditivo são a terceira causa de maior incidência de doenças do trabalho. Além disso, verifica-se que o ruído estressante libera substâncias excitantes no cérebro, tornando as pessoas sem motivação própria, incapazes de suportar o silêncio.

5.1. O HISTÓRICO JURÍDICO¹⁶

Avaliação do nível de ruído em ambientes é feita segundo dois critérios básicos: conforto acústico e ocupacional.

O conforto acústico foi fixado pela Portaria do Ministério do Interior nº. 92, de 19 de junho de 1980, sendo esta a primeira das normas gerais nacionais que procurou disciplinar a questão da:

emissão de sons e ruídos, em decorrência de quaisquer atividades industriais, comerciais, sociais ou recreativas, inclusive as de propaganda, obedecerá no interesse da saúde, da segurança e do sossego público, aos padrões, critérios diretrizes estabelecidos nesta Portaria. Consideram-se prejudiciais à saúde, à segurança e ao

¹⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 614.

¹⁵ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 124.

¹⁶ BORGES, Arthur de Castro. **Poluição sonora e o Direito**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1976. p. 54.

ossego público para os fins do item anterior, os sons e ruídos que: a) atinjam, no ambiente exterior do recinto em que têm origem, nível de som de mais de 10 (dez) decibéis – dB (A), acima do ruído de fundo existente no loco sem tráfego; b) independentemente do ruído de fundo, atinjam no ambiente exterior recinto em que tem origem, mais de 70 (setenta) decibéis – dB (A), durante o dia e 60 (sessenta) decibéis – dB (A), durante a noite; c) alcancem, no interior do recinto em que são produzidos, níveis de som superiores aos considerados aceitáveis pela Norma NB-95, da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, ou das que lhe sucederem.

O critério ocupacional, por sua vez, foi fixado pela Portaria do Ministério do Trabalho nº. 3.214 R 15, de 08 de junho de 1978, tratando dos efeitos auditivos causados pelo ruído.

Para ruídos contínuos, foram estabelecidos os seguintes limites: 8 horas – 85 dB; 4 horas – 90 dB; 2 horas – 94 dB; 1 hora – 100 dB; 30 minutos – 105 dB; 15 minutos – 110 dB; 07 minutos – 115 dB, definindo-se, portanto, a relação tempo/decibéis para a ocupação laboral.

5.2. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CR/88 contemplou a forma clássica de repartição constitucional das competências entre os entes federativos: poderes expressamente enumerados da União (arts. 21 e 22) e dos Municípios (art. 30), e poderes remanescentes reservados aos Estados (§ 1º, do art. 25).

Além disso, a CR/88 acrescentou as competências políticas administrativas comuns (art. 23) e as competências legislativas concorrentes (art. 24).

Assim, nos termos do inciso VI, do art. 23, a competência administrativa proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas é comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, o que significa que dizer que todos são responsáveis e devem atuar.

No âmbito da competência legislativa, concorrem, em matéria de proteção ambiental e controle da poluição¹⁷, apenas a União, os Estados e o Distrito Federal, conforme disposto no inciso VI, do art. 24, sendo certo que a competência da União limita-se ao estabelecimento de normas gerais (§ 2º, do art. 24), podendo os Estados e o Distrito Federal legislarem a respeito somente na ausência dessas normas e enquanto durar essa ausência (§§ 3º e 4º, do art. 24).

No que toca aos Municípios, possuem competência para suplementar, no que couber, as legislações federal e estadual (inciso II, do art. 30). Contudo, ao fazê-lo, não podem confrontar com as normas federais e estaduais.

Nesse passo, vale transcrever a lição de Paulo Affonso Leme MACHADO, ao focar especificamente a questão da poluição sonora, no comentário sobre o tema “ruído”:

deve o Município pesquisar a existência de normas federais e estaduais sobre poluição sonora e, se existirem, exigir o cumprimento das mesmas. Contudo, pode o Município não só suplementar essas normas, com outras mais restritivas, como no interesse local inovar, ou seja, criar normas, quando as existentes forem insuficientes¹⁸.

Consoante se verifica, sem sede de competência concorrente para legislar sobre matéria ambiental, a competência suplementar municipal deve ser exercida dentro dos limites estabelecidos pela legislação suplementada e, se necessário, poderá ser ainda mais restritiva, nunca mais concessiva¹⁹.

Além disso, é interessante notar que o embasamento da competência administrativa comum em matéria ambiental decorre, também, do *caput* do art. 225 da CR/88, dispondo que “*todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia*

¹⁷ SANTOS, Rita da Conceição Coelho Loureiro; SANTOS, Luiz Dario dos; SILVA, Daisy Rafaela da. **Saúde ambiental como vertente no controle da poluição sonora**. In: NASCIMENTO, Grasielle; NUNES, Flávio Martins. (Org.). O Direito e a Ética na Sociedade Contemporânea. 1ª ed. Campinas: Alínea, 2006. p. 217-236.

¹⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **O Município e o Direito Ambiental**. Rev. Forense, nº. 317, p. 194.

¹⁹ MENHEM, Rachel. **Som e ruído: a poluição sonora nas cidades**. In: ROCCO, Rogério; COUTINHO, Ronaldo (Org.). O Direito Ambiental das cidades. Coleção Dedo Verde. Rio de Janeiro: DP & A, 2004. p. 263.

qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

5.3. AS RESOLUÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE – CONAMA

A Resolução do CONAMA nº. 001, de 08 de março de 1990, estabelece que a emissão de ruídos em decorrência de quaisquer atividades industriais, comerciais, sociais ou recreativas, inclusive as de propaganda política, não devem ser superiores aos considerados aceitáveis pela Norma NBR 10.151 – “Avaliação do Ruído em Áreas Habitadas Visando o Conforto da Comunidade”, da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.

Vale destacar que referida Resolução não se caracteriza como sendo uma norma voltada para monitoramento e desenvolvimento de estratégias de longo prazo, visando a redução da exposição sonora da população.

Nesse sentido, Denise da Silva de SOUZA²⁰ complementa, lembrando que a Resolução “tenta abarcar as duas situações, ou seja, situações de curto prazo (por exemplo: mediante reclamações) e situações de longo prazo (por exemplo, para fins de planejamento do uso do solo e de avaliações de longo prazo)”.

A Resolução do CONAMA nº. 002, de 08 de março de 1990, instituiu em caráter nacional o programa nacional Educação e Controle da Poluição Sonora – Silêncio. Entre seus objetivos, está o de divulgar junto à população, através dos meios de comunicação disponíveis, matéria educativa e conscientizadora dos efeitos prejudiciais causados pelo excesso de ruído; e introduzir o tema “poluição sonora” nos cursos secundários da rede oficial e privada de ensino, por meio de um Programa de Educação Nacional.

Aqui, Denise da Silva de SOUZA²¹ afirma que “de acordo com a experiência européia, esta divulgação é mais eficiente quando realizada em

²⁰ SOUZA, Denise da Silva de. **Instrumentos de gestão de poluição sonora para a sustentabilidade das cidades brasileiras**. 562 f. Tese (Doutorado em Ciências em Planejamento Energético) – Universidade Federal do Rio de Janeiro – COPPE/ UFRJ, Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <<http://www.ppe.ufrj.br/ppes/production/tesis/dssouza.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2009. p. 184.

²¹ Idem. p. 185.

âmbito limitado no espaço do que em campanhas nacionais, que são, em geral, ocasionais e limitadas no tempo”.

A Resolução do CONAMA nº. 002, de 11 de fevereiro de 1993, por sua vez, estabelece limites máximos de ruído com veículos em aceleração e na condição parado, para motocicletas, motonetas, triciclos, ciclomotores, bicicletas com motor auxiliar e veículos assemelhados, nacionais ou importados, sendo esta alterada pela Resolução do CONAMA nº. 268/00, sobre método alternativo para monitoramento de ruído de motocicletas.

A Resolução do CONAMA nº. 020, de 07 de dezembro de 1994, instituiu a obrigatoriedade do uso do “Selo Ruído” em eletrodomésticos produzidos e importados e que gerem ruído no seu funcionamento.

Isso significa que a informação do “Selo Ruído” ao público pode orientar a escolha de aparelhos eletrodomésticos com menos ruídos, levando os fabricantes a tomarem medidas destinadas a reduzir as emissões sonoras dos aparelhos que são produzidos, contribuindo, assim, para a redução da poluição sonora.

5.4. A LEI MUNICIPAL DE CURITIBA Nº. 10.625²², DE 19 DE DEZEMBRO DE 2002 COMO OBJETO DE ANÁLISE EMPÍRICA

No que concerne ao tema das competências atribuídas constitucionalmente aos Municípios, como visto no item acima 5.2 desta pesquisa, deve ficar consignado que, quando se trata de legislar sobre matéria ambiental, adentramos na esfera da competência concorrente, atribuída à União, aos Estados e ao Distrito Federal, nos termos do art. 24, da CR/88.

Dessa forma, cabe aos Municípios, apenas a função suplementar, nos termos do inciso II, do art. 30, da CR/88, não tendo pertinência a invocação da competência para legislar sobre interesse local, prevista no inciso I do mesmo art., para fins de estabelecer padrões mais permissivos do que aqueles estabelecidos pela norma geral federal ou pela legislação estadual, se houver.

²² Dispõe sobre ruídos urbanos, proteção do bem-estar e do sossego público.

Nesse sentido, os art. 8 e 9, da Lei Municipal de Curitiba nº. 10.625, de 19 de dezembro de 2002, dispõem que: (i) a realização de shows, concertos e apresentações musicais de caráter cultural e artísticos, em áreas públicas ou particulares; bem como (ii) a utilização das áreas dos parques e praças municipais com uso de equipamentos sonoros, alto falantes, fogos de artifício ou outros meios que possam causar poluição sonora; dependem, respectivamente, de prévio licenciamento ambiental da Secretaria Municipal do Meio Ambiente, independente de outras licenças exigíveis.

Além disso, nos termos do art. 11 da mesma lei, não se compreendem, por exemplo, como proibições de ruídos e sons produzidos: (i) por sinos de igrejas ou templos religiosos, desde que sirvam exclusivamente para indicar as horas ou anunciar a realização de atos ou cultos religiosos; (ii) por alarme sonoro de segurança, residencial ou veicular, desde que o sinal sonoro não se prolongue por tempo superior à 15 minutos; (iii) por culto religioso, realizado no período diurno e vespertino, desde que não ultrapasse o limite de 65 dB(A).

Assim, referidos exemplos significam que aos Municípios resta a possibilidade de editar novas regras, mais restritivas, na medida em que, reconhecendo necessidades de seus munícipes, podem reduzir os níveis de tolerância estabelecidos em norma geral federal ou na forma supletiva estadual.

5.5. A JURISPRUDENCIA

5.5.1. O art. 54 da Lei nº. 9.605²³, de 12 de fevereiro de 1998

Apesar da consagração na linguagem coloquial metafórica, o Superior Tribunal de Justiça²⁴ entende que a conduta de provocar ruído, zoadas, barulho ou som alto, ainda que muito acima do volume permitido, não se enquadra no art. 54, da Lei nº. 9.605, cuja redação assim dispõe: “*causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde*”

²³ Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

²⁴ STJ, Habeas Corpus nº. 60.654 – PE. Processo nº. 2006/0123484-1. Relator Ministro Nilson Naves. j. 11.12.2008. p. 09.03.2009.

humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora”.

Este entendimento segue a linha de que referida lei, dispondo sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, tem por escopo a preservação do meio ambiente. Isso significa dizer que, para a caracterização do delito previsto no referido artigo da lei em comento, a poluição gerada deve ter o condão de, ao menos, poder causar danos à saúde humana, fato incoerente²⁵ com a simples conduta de realizar atividades com a emissão de sons e ruídos.

5.5.2. O dano moral

Além do art. 54 da Lei nº. 9.605²⁶, de 12 de fevereiro de 1998, dentre os poucas referências de jurisprudência sobre poluição sonora, tem-se destaque para o caso de emissão de ruído sonoro acima do permitido na legislação, onde é imposta a condenação do responsável pela poluição sonora em indenização por danos morais às vítimas do ato ilícito.

Parecendo razoável, portanto, caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos, como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos²⁷.

Nesse mesmo sentido, ilustra-se a ementa²⁸ abaixo, onde, segundo a respectiva súmula, negaram provimento ao primeiro apelo, mas deram provimento ao segundo, sendo vencido o desembargador vogal:

BAR. POLUIÇÃO SONORA. COMPROVAÇÃO.
REINCIDÊNCIA. PERTURBAÇÃO DA PAZ. SUSPENSÃO
DAS ATIVIDADES. DANO MORAL DEVIDO. FIXAÇÃO

²⁵ STJ, Habeas Corpus nº. 54536 – MS. Processo nº. 2006/0032046-2. Ministro Felix Fischer. j. 06.06.2006. p. 01.08.2006.

²⁶ Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

²⁷ TJMG, Apelação Cível nº. 1.0188.05.035859-0/001. Processo nº. 1.0188.05.035859-0/001(1). Relator Desembargador Adilson Lamounier. j. 25.10.2007. p. 14.11.2007.

²⁸ TJMG, Apelação Cível, Processo nº. 1.0024.06.031055-4/001. Relator Juiz Antônio de Pádua. j. 10.08.2007. p. 01.09.2007.

COM PRUDENTE ARBITRIO. A sonorização de bares e restaurantes que não contenham isolamento acústico deve-se restringir ao ambiente interno, sendo ilegal e poluidora aquela que ultrapassa os limites do ambiente interno e perturba a paz da coletividade, notadamente após as 22 horas.

Neste caso, é importante ressaltar que, quanto ao valor fixado a título de dano moral, este foi firmado de forma equilibrada, de modo a não causar um enriquecimento ilícito aos ofendidos e, ao mesmo tempo, servindo como punição sócio-educativa ao causador do dano.

5.5.3. A legitimidade *ad causam* do Ministério Público

O volume do som e os ruídos provocam, sem dúvida alguma, uma relevante poluição, assim compreendida como toda alteração das propriedades naturais do meio ambiente causada por agente de qualquer espécie, prejudicial à saúde, à segurança ou ao bem-estar da população sujeita aos seus efeitos.

A partir deste contexto, é possível se afirmar que o Ministério Público possui legitimação ativa para promover a ação civil pública, em defesa de interesses difusos da sociedade, visando afastar poluição sonora, conforme ementa abaixo:

DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POLUIÇÃO SONORA. ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. I - O órgão do Ministério Público tem legitimação para promover a ação civil pública para a defesa de interesses difusos da sociedade, visando afastar poluição sonora. II - Ao Município compete proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas, conforme dispõe o artigo 23, VI, da Constituição Federal. Remessa e apelo parcialmente providos²⁹.

²⁹ TJGO, Duplo Grau de Jurisdição nº. 15206-7/195. Processo nº. 2007/02140494. Relator Desembargador Carlos Escher. 4ª Câmara Cível. j. 29.09.2007.

Segundo o STJ³⁰, a questão em exame não necessita de maiores ilações, máxime porque o Ministério Público ostenta legitimidade para propor ação civil pública em defesa do meio ambiente, inclusive, na hipótese de poluição sonora decorrente de excesso de ruídos, com fundamento nos termos do inciso III, do art. 129, da CR/88, bem como dos incisos I e IV, do art. 1º, combinados com o art. 5º, ambos da Lei nº. 7.347³¹, de 24 de julho de 1985.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os efeitos da poluição sonora são de resto ainda pouco estudados, porque é difícil estudar uma forma de agressão que só se manifesta como resultado de uma exposição prolongada e que, por isso, sofre a interferência de um elevado número de variáveis difíceis ou impossíveis de controlar.

Ainda assim, o problema da poluição sonora, por ganhar contornos de saúde pública, merece uma atenção mais rigorosa, em virtude das graves conseqüências que ocasionam para o conjunto da sociedade.

Além disso, verifica-se a necessidade não apenas de um debate em torno do aspecto cultural, que requer um processo de implemento de políticas públicas de gestão da poluição sonora urbana; como, também, uma análise mais acurada dos dispositivos normativos municipais, que podem reduzir os níveis de tolerância estabelecidos em norma geral federal ou na forma supletiva estadual, sem omissão, é claro, dos raros, mas interessantes e curiosos registros de jurisprudência dos tribunais pátrios.

Em geral, a poluição sonora está efetivamente na origem de um enorme número de problemas para todos aqueles que de uma forma ou de outra beneficiam do maravilhoso sentido da audição. Trata-se, na realidade, de uma questão cultural, onde o primeiro passo se firma na tomada de consciência de que este é um problema em que somos a causa, uma das vítimas e a única solução.

³⁰ STJ, Recurso Especial nº. 858.547 – MG. Processo nº. 2006/0133366-1. 1ª Turma. Relator Ministro Luiz Fux. j. 12.02.2008. p. 04.08.2008.

³¹ Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado), e dá outras providências.

7. REFERÊNCIAS

BORGES, Arthur de Castro. **Poluição sonora e o Direito**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1976.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988.

_____. Lei nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente**, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da União (DOU), Brasília, DF, seção 1, 02 set. 1981.

_____. Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985. **Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente**, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado), e dá outras providências. Diário Oficial da União (DOU), Brasília, DF, seção 1, 25 jul. 1985.

_____. Lei nº. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente**, e dá outras providências. Diário Oficial da União (DOU), Brasília, DF, seção 1, 13 fev. 1998.

_____. Resolução CONAMA nº. 001, de 08 de março de 1990. **Dispõe sobre critérios e padrões de emissão de ruídos, das atividades industriais**. Diário Oficial da União (DOU), Brasília, DF, seção 1, 02 abr. 1990.

_____. Resolução CONAMA nº. 002, de 08 de março de 1990. **Dispõe sobre o Programa Nacional de Educação e Controle da Poluição Sonora – Silêncio**. Diário Oficial da União (DOU), Brasília, DF, seção 1, 02 abr. 1990.

_____. Resolução CONAMA nº. 020, de 07 de dezembro de 1994. **Institui o Selo Ruído, como forma de indicação do nível de potência sonora, de uso obrigatório para aparelhos eletrodomésticos.** Diário Oficial da União (DOU), Brasília, DF, seção 1, 30 dez. 1994.

CARVALHO, Layla Barros de. **A poluição sonora e sua interferência na qualidade de vida nos centros urbanos.** 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito da Cidade) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2005.

CALÇADA, Caio Sérgio; SAMPAIO, José Luiz. **Física clássica – óptica e ondas.** São Paulo: Editora Atual, 1998.

CURITIBA. Lei nº. 10.625, de 19 de dezembro de 2002. **Dispõe sobre ruídos urbanos, proteção do bem-estar e do sossego público.** Diário Oficial do Município (DOM), Curitiba, PR, 19 dez. 2002.

EIGER, Sérgio; JULIANO, Neusa; NUCCI, Nelson (*et. al.*). **Introdução à Engenharia Ambiental: o desafio do desenvolvimento sustentável.** 2ª ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2005.

FARIAS, Talden Queiroz de. **Análise jurídica da poluição sonora.** Mossoró: Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – Região Oeste. Revista Direito e Liberdade, v. 3, n. 1, set. 2007. p. 557-573. Disponível em: <http://mossoro.esmarn.org.br/revista_direito_liberdade/edicoes/Revista_Direito_e_Liberdade_volume_3.pdf>. Acesso em: 12 out. 2009.

FIORILLO, Celso Antonio Pachêco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LACERDA, Adriana; MAGNI, Cristiana; MORATA, Thais; MARQUES, Jair; ZANNIN, Paulo Henrique. **Ambiente urbano e percepção da poluição sonora**

(QUALIS “A”, Eng. III). Ambiente e Sociedade (Campinas), Brasil, v. 8, n. 2, 2005. p. 85-97.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **O Município e o Direito Ambiental**. Rev. Forense, nº. 317, p. 194.

MATOS, Eduardo Lima de. **Poluição sonora. Questão deve ser tratada como problema de saúde pública**. Disponível em: <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=196&orderby=data_Down&page=2&SearchFor=&SearchWhere=>>. Acesso em: 14 dez. 2009.

MENHEM, Rachel. **Som e ruído: a poluição sonora nas cidades**. In: ROCCO, Rogério; COUTINHO, Ronaldo (Org). O Direito ambiental das cidades. Coleção Dedo Verde. Rio de Janeiro: DP & A, 2004.

NUNES, Jorge Tadeu Nogueira. **Análise da exposição e percepção da poluição sonora de pólo gerador de viagens: o caso do espaço multi-eventos na cidade de Petrolina/PE**. 206 f. Dissertação (Mestrado em Engenharia Ambiental Urbana) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008. Disponível em: <http://www.meau.ufba.br/site/system/files/2009_jorge_tadeu.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2009.

PAZ, Elaine Carvalho da; TROMBETTA ZANNIN, Paulo Henrique. **Avaliação do impacto ambiental prévio: poluição sonora**. Revista Pavimentação, v. 14, 2009. p. 61-70.

SANTOS, Rita da Conceição Coelho Loureiro; SANTOS, Luiz Dario dos; SILVA, Daisy Rafaela da. **Saúde ambiental como vertente no controle da poluição sonora**. In: NASCIMENTO, Grasielle; NUNES, Flávio Martins. (Org.). O Direito e

a Ética na Sociedade Contemporânea. 1ª ed. Campinas: Alínea, 2006. p. 217-236.

SILVA FILHO, Sebastião Flávio da. **A poluição sonora decorrente da circulação de veículos**. Brasília: Revista CEJ, v. 1, n. 3, set./dez. 1997. p. 42-45.

SOUZA, Denise da Silva de. **Instrumentos de gestão de poluição sonora para a sustentabilidade das cidades brasileiras**. 562 f. Tese (Doutorado em Ciências em Planejamento Energético) – Universidade Federal do Rio de Janeiro – COPPE/ UFRJ, Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <<http://www.ppe.ufrj.br/ppe/production/tesis/dssouza.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2009.

DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA. REVISITANDO A NOÇÃO DE SEMIPERIFERIA

*ECONOMIC DEVELOPMENT AND HUMAN RIGHTS IN LATIN AMERICA.
REVISITING THE NOTION OF SEMIPERIPHERY*

Maria Luiza Alencar Mayer Feitosa¹

RESUMO

Para falar de direitos humanos na atualidade não se pode fugir de abordar a temática do desenvolvimento. Desenvolvimento esse que já está preconizado na Constituição Federal de 1988, mas que não se concretiza na prática, tendo em vista que as necessidades básicas da sociedade não são satisfeitas. Assim, é preciso que se implantem políticas públicas de desenvolvimento, principalmente, econômico, para que se respeite o que dita a Carta Magna, em especial no Brasil, país, ainda, considerado subdesenvolvido. Esses são os assuntos analisados pela Prof.^a Maria Luiza Alencar no texto ora analisado.

Palavras-Chave: Desenvolvimento. Direitos Humanos. Semiperiferia.

ABSTRACT

To speak of human rights today can not escape addressing the issue of development. Development that is already recommended in the 1988 Federal Constitution, but that is not realized in practice, given that the basic needs of society are not met. Thus, it is necessary to implement public policies of development, primarily economic, that they respect what the Constitution dictates, especially in Brazil, a country still considered underdeveloped. These are the matters discussed by Prof. Maria Luiza Alencar now analyzed in the text.

Keywords: Development. Human Rights. Semiperiphery.

O tema do desenvolvimento econômico vem sendo difundido e discutido já há algum tempo. Entretanto, não se pode, nos tempos atuais, falar de desenvolvimento, de direito econômico, de industrialização, de globalização, de

¹ Mestre em Ciências Jurídicas. Professora da UFPB e UNIPÊ.

desigualdades, sem se referir aos direitos humanos. É o que bem relaciona a Prof^a. Maria Luiza Alencar no texto *Desenvolvimento econômico e direitos humanos na América Latina. Revisitando a noção de semiperiferia*, publicado no livro *Direitos humanos e integração latino-americana em 2011*.

A preocupação da autora está em discutir questões que interfiram na necessidade de se adotar políticas públicas nos países da América Latina, mas que elas sejam “encaradas como representações de direitos humanos”. Para isso, ela trabalha com as teorias de Immanuel Wallerstein e Giovanni Arrighi, que fazem parte do movimento teórico do sistema-mundo, que será explicado mais adiante, mas também faz menção a outros teóricos que também fizeram parte dessa teoria, como André Gunder Frank, Samir Amim e Theotonio dos Santos.

Importa dizer que essa preocupação se revela tendo em vista a constatação de que a industrialização tardia e o ciclo de dependência econômica são alguns dos motivos que provocaram a exclusão e as desigualdades sociais, além da pobreza, violência, “vícios políticos e prejuízos identitários e culturais”. Nesse cenário, a autora analisa desde à ascensão e crise do Estado de Bem-Estar e o novo constitucionalismo econômico-social à crise pós capitalismo financeiro central.

Com efeito, após a Segunda Guerra Mundial, os Estados Unidos adquiriram um poderio tamanho de forma que se impuseram como um padrão de centralidade para as economias capitalistas diante de todo o mundo, força essa que se demonstrava política, econômica e militarmente. Esse fato provocou discussões políticas e econômicas que giraram em torno dos temas centro e periferia, dos quais partiram as teorias da dependência, da modernização e do sistema-mundo para tentar explicar a dicotomia que se formava.

A expressão centro-periferia já vem sendo debatida e questionada há muito tempo. Em razão disso, também passou a ser chamada de desenvolvimento-subdesenvolvimento ou países industrializados-países subdesenvolvidos. Tanto Adam Smith, na obra *A Riqueza das Nações*, como Lênin, na obra *O desenvolvimento do capitalismo na Rússia*, referiram-se a essa temática, como informa a autora.

De acordo com ela, a Comissão Econômica para América Latina – CEPAL foi a primeira a discutir essa temática ao se referir à teoria da dependência, que

apresentava uma visão crítica da relação entre os países periféricos e os países centrais, entendendo que “a unidade nacional ou regional somente poderia ser entendida em conexão com a sua inserção no chamado sistema político-econômico mundial, sendo centrais as economias que adotaram as técnicas de produção e periféricas as economias cuja produção permanecia atrasada” (p. 198).

Já a teoria da modernização constatou a existência de um Terceiro Mundo ao distinguir as sociedades tradicionais das sociedades modernas, que seria composto por países economicamente subdesenvolvidos e dependentes, os quais se situariam nos territórios latinoamericano, africano e asiático. Trata-se, segundo a autora, de uma teoria de cunho mais funcionalista e sociológico.

A terceira teoria, já citada acima, é a do sistema-mundo, que compreende a existência de uma semiperiferia entre o centro e a periferia, mas que seria “articulada (e manipulada) hegemonicamente pelas economias centrais”. Isso ocorre, segundo o fundador da teoria, Immanuel Wallerstein, em razão da divisão social do trabalho entre as regiões. À essa teoria se juntaram alguns teóricos das primeiras teorias, principalmente em razão do surgimento da globalização e das limitações que as referidas teorias sofriam com as modificações que afetaram o capitalismo, em especial, a crise desenvolvimentista. É justamente essa teoria o objeto de estudo do presente artigo, ora analisado.

Alisando os estudos de Wallerstein, Maria Luiza Alencar compreende que ele não considerava a existência do chamado Terceiro Mundo, constatado pela teoria da modernização, mas sim um mundo único, com um complexo sistema de trocas econômicas e uma acumulação de capital entre agentes em concorrência, mas de forma equilibrada. Para tanto, ele identificou a semiperiferia composta por Estados que combinam atividades de núcleo e de periferia de forma aproximada, “resistindo, enquanto grupo, à periferização, sem todavia conseguir superá-la”. Esses conceitos foram verificados levando-se em consideração o fluxo de mercadorias no mundo.

É o que também fez Arrighi ao avaliar, de forma crítica, a visão de semiperiferia tratada por Wallerstein na teoria do sistema-mundo, entendendo que, neste caso, deve-se verificar conceitos tanto de natureza econômica quanto de natureza política. Ele não descarta a dificuldade existente em tratar do tema

da semiperiferia, mas afirma que a concorrência interempresarial depende da cooperação dos Estados nacionais. Em razão desse aspecto, Arrighi destaca “a existência de uma categoria de países que não podem ser simplesmente chamados de periféricos, mas que, por outro lado, não são estruturalmente centrais” (p. 200).

Na verdade, como alerta Maria Luiza Alencar, “o essencial para que um Estado possa ser considerado semiperiférico é possuir combinação de atividades ‘tipicamente periféricas’ e ‘tipicamente centrais’, de modo a oferecer resistências à periferização, sem conseguir transpô-la. Semiperiferia indicaria, pois, uma posição relativa à divisão mundial do trabalho, e não exatamente ao sistema interestatal, resultando em atividades que não seriam consideradas típicas do núcleo orgânico, tampouco da periferia” (p. 201).

É nesse contexto que entra o papel do Estado, como aquele que teria a capacidade de estabilizar esses movimentos, através da autonomia para interferir nos processos econômicos, com jurisdição sobre a circulação de mercadorias, bens, força de trabalho e energias empresariais, além da ajuda de organizações internacionais, incluídas as grandes corporações multinacionais, já que no plano internacional os Estados não atuam sozinhos.

Não há dúvidas da existência de uma relação entre o centro e a periferia do poder e da existência de países que se encontram entre o centro e a periferia, ou entre a modernidade e o atraso, como enfatiza a autora do texto. Também não se duvida da existência de grupos de Estados e de mercados com políticas de crescimento, industrialização e modernização que se sobrepõem a outros. E é justamente na tentativa de se buscar e praticar as atividades do núcleo orgânico que acaba por estimular, de acordo com Arrighi, a competição, o que impede o rompimento de um ciclo vicioso entre centro e periferia.

A professora Maria Luiza Alencar, no presente artigo, não pretende se aprofundar nos viés econômicos das construções teóricas de Arrighi, nem testar a validade prática de suas teorias, quer ela apenas promover uma ampliação das suas considerações teóricas sobre a realidade da semiperiferia que atinge, principalmente, os países da América Latina, em especial, o Brasil, analisando a relação existente entre políticas públicas e direitos humanos.

Certamente, o conceito de periferia atingiu as condições de acumulação da riqueza, provocando um aumento da classe proletária, o que provocou a geração de tensões sociopolíticas e demandou a configuração de regimes políticos autoritários. Para a autora, a semiperiferia “pode ser transformada em terreno fértil para uma ação anti-hegemônica ou antissistêmica” e “pode restar às semiperiferias do mundo a opção por novos modelos, que não apenas aqueles de reprodução da cadeia de exploração e de exaurimento do potencial humano, social e ambiental do planeta” (p. 203). Tudo isso pode ser considerado já que a crise global atingiu fortemente os países centrais e com bastante poder impactou o centro financeiro do poder mundial, abalando os Estados Unidos e a Europa.

É preciso que, pensando-se no crescimento, os países se preocupem mais com as demandas internas do que com as exportações para os países centrais. É o que fez o grupo composto pelo Brasil, Rússia, Índia e China (BRIC), o que ressalta a existência de instituições compostas por países do núcleo orgânico e da semiperiferia e a tendência a se instituir um sistema de regulação e supervisão financeira de âmbito supranacional e global, que surge para evitar o que Maria Luiza Alencar chama de “risco sistêmico”.

Nessa esteira, os Estados devem alargar direitos e consciência ética e ambiental, criando ou aprimorando soluções de políticas econômicas e sociais, rompendo com as “amarras” entre desenvolvimento e subdesenvolvimento e amparando-se em procedimentos democráticos concretos e contínuos com a efetiva participação popular. Como bem ressalta a autora: “No novo processo, o Estado e a sociedade civil precisam estar atentos para desempenhar papéis essenciais e interligados” (p. 204).

Além do mais, não se pode aceitar o convívio com o modo de gestão das estruturas políticas e econômicas adotadas quando da instituição do capitalismo. Aqui cabe o importante papel da sociedade civil em não ficar inerte nesse cenário, podendo trazer o discurso da pluralidade de perspectivas e diálogos à tona, além de não calar às injustiças, de proteger o espaço privado da ação não legítima do Estado ou do mercado e conduzir processos de inovação social, precisando interagir sempre com ambos, já que precisa de legitimação do Estado e de financiamento do mercado.

Não se pode esquecer que nos países da América Latina, a situação da pobreza não mudou, sendo preciso que se implementem processos reais de integração para estimular o desenvolvimento econômico e social, com vínculos de solidariedade e cooperação. Nesse sentido, a autora se refere à permeabilização das fronteiras como uma possível colaboração para reduzir as diferenças entre periferia e semiperiferia.

O presente artigo demonstra que o conceito de semiperiferia, trabalhado por Wallerstein e Arrighi, não se revela suficiente para abranger as particularidades econômicas, políticas e sociais da América Latina. De acordo com a autora, a falha está em separar os comandos econômico e político, transformando o Estado apenas em mero formalismo, ao tempo em que operava como definidor do conceito de semiperiferia. Além do mais, deve-se levar em consideração a visão centrípeta da sociedade mundial, já superada pelos fatos. Entretanto, Maria Luiza Alencar não desconsidera o potencial de convencimento da idéia de semiperiferia como um bloco situado entre os países centrais e a periferia do poder econômico e político mundial.

No que se refere especificamente à América Latina, para que se enfrente as questões econômicas e sociais é preciso que se adotem enfoques multidimensionais, em termos de posição estatal e de políticas públicas, a exemplo da redefinição do papel das forças armadas e da polícia e de novos modos de tratar a violência. Mas para que isso ocorra, é preciso, segundo a autora, que os países se enxerguem como bloco e como possibilidades diante da certeza que se tem de que a economia dos países centrais não é inatingível.

Exemplo citado pela autora é da projeção da UNASUL, que abrange as perspectivas econômica, comercial, financeira, política, militar e social, e que considera o Cone Sul como um espaço que comporta a autonomia política e econômica da América Latina. Aqui entra o papel do Brasil como uma semiperiferia que tem aspirações globais. Não obstante, deve-se priorizar, em especial, o papel de fomentar o desenvolvimento de países pobres em setores básicos, como o vem fazendo algumas instituições.

REFERÊNCIA

FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer. Desenvolvimento econômico e direitos humanos na América Latina. Revisitando a noção de semiperiferia. *Direitos humanos e integração Latino-Americana* (Organizadores Alfredo Culleton ... et al). Porto Alegre: Entrementes Editorial, 2011.