

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 709

(Ano VIII)

(27/9/2016)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2016

Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO/ESP) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional Universidade
Granda/Espanha.*

Coordenador do Direito Internacional
(AM/Montreal/Canadá): **SERGIMAR
MARTINS DE ARAÚJO** - Advogado com
mais de 10 anos de experiência. Especialista
em Direito Processual Civil Internacional.
Professor universitário

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.

Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):
Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI** (DF/Argentina): Doutor em
Ciências Jurídicas e Sociais pela
Universidad del Museo Social Argentino -
UMSA.

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília – DF*.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DO DIA



27/09/2016 Fernando Alves de Oliveira

» [O sindicalismo patronal exposto a nu](#)

ARTIGOS

27/09/2016 Igor Souza Marques

» [Considerações sobre a \(i\)legitimidade do Ministério Público para requerer a fixação do valor mínimo indenizatório em favor da vítima na sentença penal condenatória](#)

27/09/2016 José Martins Lima Junior

» [Ressocialização dos ex-detentos](#)

27/09/2016 Vamario Soares Wanderley de Souza

» [Da ausência da razoabilidade na custódia preventiva e da observância ao princípio da homogeneidade na prisão cautelar nos crimes de tráfico de droga privilegiado](#)

27/09/2016 Eliza Victória Silva Lemos

» [Controle preventivo e a \(im\)possibilidade de análise jurisdicional?](#)

27/09/2016 Allan Jones Barbosa e Barroso

» [A participação do Poder Público no gerenciamento de resíduos sólidos](#)

27/09/2016 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Comentários ao Princípio da Licitação Sustentável: O Reconhecimento dos influxos do Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado no procedimento licitatório](#)

MONOGRAFIA

27/09/2016 Sirlene Aparecida de Oliveira

» [Uso de banheiro, nas instituições de ensino, de acordo com a identidade de gênero: direito ou invasão de privacidade de indivíduos heterossexuais?](#)

O SINDICALISMO PATRONAL EXPOSTO A NU

FERNANDO ALVES DE OLIVEIRA: Consultor Sindical Patronal e autor de livros sobre o tema, editados pela Editora LTr, além de artigos publicados na mídia eletrônica.

Por que será que neste País o sindicalismo patronal não é tratado com a seriedade institucional exigida como atividade proativa, evolutiva, pautada em indefectíveis padrões éticos e morais?

Por que seus dirigentes recalcitram em admitir que o modelo, fruto de longa legislação, ficou anos-luz distante das necessidades de um País que, ao tempo em que se gaba da conquista de avanços sociais, não se envergonha de um sistema sindical jurássico e pervertido pela inesgotável eiva de vícios acrescentados ao longo de mais de 76 longos anos?

Por que o setor patronal, geralmente desde a cúpula até a base, são organismos dirigidos por entes aferrados ao cargo de direção por décadas? Por paixão imensurável e imperecedoura na luta cotidiana pelos reais e efetivos interesses da categoria econômica, ou por interesses outros de cunho pessoal que nem vale a pena dar-se ao instigante trabalho de decifrar as razões da prevalência do feudo, por tão óbvias?

Por que será que o senso comum de que a pura extinção da contribuição obrigatória -absolutamente inimaginável de ocorrer por total falta de coragem de governantes e legisladores de ontem, hoje e amanhã, faria submergir de roldão o castelo alicerçado pela contribuição compulsória que sustenta o financiamento sindical não é devidamente levado a sério? Seria porque as confederações e federações, entidades de grau superior (e é absolutamente obrigatório esclarecer aos jejunos do tema sindical que não sobrevivem precipuamente dos recursos do rateio do sistema sindical, mas sim –e de forma primordial- dos altíssimos recursos auferidos do “Sistema S” conduzem à crença de estão imunes desse perigo? Mas –e a indagação é amplamente pertinente- e as suas entidades sindicais filiadas? As de primeiro grau. Para didaticamente deixar explicitado: os sindicatos?

Por seu turno, não é estranho que, comumente, os sindicatos patronais obedeçam cegamente os ditames de suas federações e confederações, as quais, paradoxalmente, não os estimulam como é institucionalmente de seu dever fazê-lo ao incremento do culto e prática do **associativismo**, mercê a conquista de novos contribuintes espontâneos, demanda que exige hercúleo trabalho?

Igualmente não será estranhável ouvir das entidades maiores a negativa de que isso não é verdade, pois elas dispõem e oferecem serviço destinado ao aumento do quadro social. Mas daí a pergunta que se impõe: Será que as ferramentas que utilizam são realmente suficientes para a empreitada? Os chamados “PDAs” e “SEGs” existentes, instituídos pelas duas principais confederações (CNI e CNC), não passam de programas estribados em ações cognitivas lúdicas. Na prática, distantes das necessidades requeridas pela organização sindical patronal do hodierno, que exige não só real captação de novos e importantes associados espontâneos, mas também trabalho de capacitação dos contribuintes existentes, mediante inclusive de aferição contínua do contencioso de contribuintes, visitação a eles, instauração de pesquisas de qualidade. Enfim, olhar-se por dentro, corrigir óbices e crescer associativamente com qualidade!

Ora, só o aumento da solidez institucional e a busca de novos e importantes aportes financeiros são as ferramentas solidez e conquistas de ordem comum à categoria econômica representada. Isto tem nome: chama-se obrigatória boa gestão representativa e não ater-se de espinha dobrada aos interesses federativos e confederativos, de vez que se esses entes vivessem financeiramente do rateio da arrecadação sindical compulsória, não teriam recursos para pagar o salário dos porteiros e servidores de suas suntuosas sedes...

Quem não conhece a história do sindicalismo deste País deveria recorrer à obra “O Direito do Trabalho no Brasil -1930-1942”, de autoria da Dra. Magda Barros Biavaschi, editada pela sempre vanguardeira LTr Editora. Como é sabido, o modelo vigente foi parido em remota época ditatorial. Ainda assim, em seus primórdios, rezava o preceito de que “os mandatos dos cargos de administração serão de gratuidade absoluta e sua periodicidade será de 1 (um) ano, sem direito à reeleição”. Desde o fim do Estado Novo de Vargas e da promulgação da Constituição de 1988, e como tal, em nosso atual Estado Democrático de Direito, tornou-se prática comum o número indefinido de reeleições que resultam em mandatos consecutivos, quer em entidades de primeiro grau (sindicatos) como nas

de cúpula (federações e confederações). Ora, seriam esses dirigentes tão essenciais assim? Há um dito popular muito conhecido, segundo o qual os cemitérios estão cheio de gente indispensável... Ao que parece o preceito não cabe em nosso mundo sindical...

Além de indisfarçável crise de identidade, o sindicalismo patronal ainda enfrenta odiosas idiossincracias e obtusas querelas infundáveis. Como, por simples exemplo a representada por recorrentes episódios repercutidos por mídias de expressão nacional, envolvendo de forma direta a direção da Confederação Nacional do Comércio (CNC) e a presidência da Federação do Comércio do Rio de Janeiro. Vale notar que o presidente da dita confederação está exercício do cargo há 36 anos. O da Fecomércio do Rio de Janeiro há 15...

E as razões do embate não são de ordem de organização sindical e sim de alegadas distorções e malfeitos na administração de valores da verba do Sistema S... E o que mais lamentável: sem que se traga a público, fatos comprobatórios e consequentes valores envolvidos...

Tirem, pois, suas conclusões se é este o sindicalismo que um Brasil gigante necessita, aliás, o único que há décadas assinou compromisso de extinção da contribuição sindical junto à Organização Mundial do Trabalho, mas não ratificou até os dias atuais o compromisso assinado.

É isto que o modernismo do hodierno das relações do Trabalho exige de um país como o nosso?

CONSIDERAÇÕES SOBRE A (I)LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA REQUERER A FIXAÇÃO DO VALOR MÍNIMO INDENIZATÓRIO EM FAVOR DA VÍTIMA NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

IGOR SOUZA MARQUES: Analista Técnico Jurídico no Ministério Público do Estado da Bahia. Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Pós-graduando em Direito Público pela PUC-MG.

Resumo: O presente trabalho procura analisar a legitimidade do Ministério Público para requerer o arbitramento, na sentença criminal, de valor mínimo indenizatório em favor do ofendido, levando em consideração que a jurisprudência dos tribunais superiores entende indispensável a existência de pedido formal nesse particular. Para tanto, analisa o perfil constitucional do *Parquet*, estudando as suas funções e missões institucionais à luz do art. 68 do CP. Os resultados demonstram que o MP somente poderá atuar se o ofendido for pessoa considerada pobre nos termos da lei e se a Defensoria Pública não estiver devidamente instalada e equipada na localidade.

Sumário: Introdução; 1. O perfil constitucional do Ministério Público; 2. Legitimidade Posição ativa do Ministério Público para requerer a fixação de indenização em favor da vítima: legitimação condicionada; Considerações finais; Referencias.

Introdução

No dia 20 de junho de 2008, foi publicada a Lei nº 11.719/2008, que modificou o Código de Processo Penal e, dentre outras alterações, instituiu a competência do juiz criminal para fixar, na sentença penal condenatória, um valor mínimo a ser pago pelo apenado à vítima, a título de reparação civil em decorrência dos danos causados pela infração.

A alteração legislativa está alinhada a um processo de inclusão (e personalização) do ofendido no discurso do processo penal, que, tradicionalmente, o tem relegado a um segundo plano, tratando-o como mero objeto da prova a fim de alcançar a “verdade real”, viabilizando com isso a condenação do acusado.

Antonio Milton de Barros (2015) escreve: *“A vítima não encontra maior espaço de proteção de seus interesses particulares, como sujeito processual, pois ao Estado interessa precipuamente a apuração do fato sob a perspectiva criminal, em cujo contexto aquela aparece como objeto de prova, dando seu ‘testemunho’ do crime ou submetendo-se a exame de corpo de delito, conforme o caso; mas, de qualquer modo, não recebe adequadas informações sobre o andamento do processo e, muitas vezes, sequer sobre seu resultado”*.

Com efeito, permitir que a vítima seja indenizada no bojo da própria ação penal – sem a necessidade de propor ação específica no juízo cível – é respeitá-la em sua dignidade, buscando restaurar as lesões suportadas pelo titular do direito violado, até mesmo porque um dos efeitos da condenação penal é o de tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (art. 91, inciso I, CP).

Vale frisar que a legislação brasileira já previa a possibilidade de o ofendido (seu representante legal ou seus herdeiros) promoverem a execução, no juízo cível, da sentença penal condenatória transitada em julgado, apurando-se o valor devido em sede de liquidação. A novidade é que, atualmente, a vítima estará de posse de um título executivo líquido, sem prejuízo de ajuizar ação cível pleiteando indenização maior, eis que a indenização estabelecida pelo juízo criminal é apenas um valor mínimo.

Norberto Avena (2013) esclarece que *“(...) este arbitramento do quantum indenizatório realizado no juízo criminal, conquanto não impeça a vítima de apurar, no juízo cível, o prejuízo efetivamente sofrido, faz com que a sentença penal assuma, desde logo, a característica de título líquido, possibilitando ao ofendido ajuizar, imediatamente após o seu trânsito em julgado, a ação de execução ex delicto prevista no art. 63, caput, do CPP”*.

Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 1458) escreve: *“Essa importante mudança permite que, doravante, o ofendido não seja obrigado a promover a liquidação para apuração do quantum debeatur, podendo promover, de imediato, a execução da sentença condenatória transitada em julgado. Esse valor, todavia, não   definitivo para a vítima. De fato, de acordo com o art. 63, parágrafo único, do CPP, transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do art. 387, sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido”*.

Porém, nem sempre será possível a fixação do valor mínimo indenizatório em favor do ofendido na sentença, porque nem todos os delitos possuem ofendido ou prejudicado determinado, como   o caso dos crimes de perigo abstrato (tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo, v.g.), havendo, inclusive, discussão doutrinária a respeito da possibilidade de ser fixada verba em razão de danos morais.

Pois bem.

Diversas foram as indagações a respeito da validade e aplicabilidade da Lei n  11.719/2008. Alguns questionaram se o juiz criminal possuiria competência para fixar valor mínimo indenizatório em processos iniciados antes do seu advento. Outros, como Vicente Greco Filho (2012), observaram que a instrução criminal não tem o objetivo de discutir, em contraditório, o valor de reparação civil, de sorte que o magistrado criminal não possui elementos para aferi-la. Houve também aqueles que indagaram a necessidade, ou não, de pedido formal das partes para que o juízo criminal fixasse a verba em comento.   precisamente sobre este terceiro tema que o presente trabalho pretende analisar.

Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 691) alerta que, para que o magistrado possa fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, *“  fundamental haver, durante a instrução, um pedido formal para que se apure o montante civilmente devido”*, pedido este que *“deve partir do ofendido, por seu advogado (assistente de acusação), ou do Ministério Público”*.

O referido autor argumenta, ainda, que *“se não houver pedido e instrução específica para apurar o valor mínimo para o dano, é defeso ao julgador optar por qualquer cifra, pois seria nítida infringência ao princípio da ampla defesa”* (NUCCI, 2008, p. 691).

Vicente Greco Filho (2012), por sua vez, aduz: *“É possível admitir que, mediante pedido expresso do ofendido que se habilite como assistente, o juiz, após contraditório em que o réu deve ter o devido processo legal quanto à indenização, possa fixar uma indenização, mas que, então, não será a mínima, mas a definitiva, com força de coisa julgada”*.

O aludido doutrinador ressalta, todavia, que essa prática poderia implicar graves e indesejadas consequências à persecução criminal, porque a discussão derivar-se-á para a indenização civil, desviando o curso e objeto do processo penal. Escreve: *“Imagine-se que 5 vítimas, por exemplo, se habilitem como assistente e passem a discutir questões civis. O processo penal será fatalmente perturbado, o que o juiz penal não pode permitir, devendo, então, remeter as partes para o juízo cível competente. Melhor será sempre adotar essa prática, ou seja, o juiz penal entender inviável a apuração de qualquer valor que seja de indenização e deixar que a parte procure a reparação diretamente no cível”* (GRECO FILHO, 2012).

No âmbito jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) acolheram a objeção doutrinária, firmando-se no sentido de que a fixação do valor mínimo para a indenização dos prejuízos suportados pelo ofendido depende de pedido expresso e formal, de modo a oportunizar a ampla defesa e o contraditório.^[i]

Acatando a orientação dos tribunais superiores, a Central de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP) editou Nota Técnica em que sugere aos membros daquela instituição que, ao oferecerem denúncias, formulem pedido expresso de condenação em valor mínimo para indenização, especificando, se for o caso, provas.^[ii]

Também no Ministério Público do Estado de Goiás (MPGO) existe orientação aos seus membros de execução, sem caráter vinculativo, que

recomenda seja postulada a fixação do valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.[\[iii\]](#)

Como se vê, a orientação jurisprudencial parece ter sido acatada sem uma análise crítica anterior, ou seja, sem reflexão acerca da legitimidade do *Parquet* para tanto, de modo que o presente trabalho tem por objeto examinar o perfil constitucional do Ministério Público, analisando, em seguida, a sua legitimidade para requerer a fixação de valor mínimo indenizatório a ser arbitrada em favor da vítima na sentença penal condenatória.

1. O perfil constitucional do Ministério Público

A Constituição Federal de 1988 estabelece que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Nas palavras de Hugo Nigro Mazzilli (2007, p. 109), ao estabelecer o Ministério Público como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a Constituição da República disse menos do que deveria – uma vez que parece ignorar as funções extrajudiciais do órgão –, e, ao mesmo tempo, disse mais do que deveria, já que o *Parquet* não oficia em todos os feitos submetidos à apreciação jurisdicional, mas apenas naqueles em que haja algum interesse indisponível ou transindividual, de caráter social, ligada à qualidade de uma das partes ou à natureza da lide. Portanto, o Ministério Público não atua na defesa de todo e qualquer direito, devendo officiar na defesa dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis.

Bernardo Gonçalves Fernandes (2011) lembra que “o *Ministério Público em nossa atual Constituição de 1988 se coloca como uma instituição autônoma e independente dos demais Poderes (não pertence a nenhum deles, devendo respeito apenas à Constituição) e pode e deve ser entendido como o fiscal da lei e do ordenamento jurídico, bem como defensor do Estado e da sociedade*”.

Essa independência (ou autonomia) em relação aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário é, ao lado da independência funcional, um pressuposto necessário para o exercício do papel fiscalizatório do Ministério Público, que, por óbvio, restaria sobremaneira prejudicado se houvesse vinculação ou subordinação administrativa.

Afinal, não se pode esquecer que – infelizmente – os membros do Executivo e do Legislativo são alguns dos principais personagens de investigações conduzidas pelo *Parquet* em virtude de desvios de conduta que, eventualmente, caracterizam atos criminosos ou de improbidade administrativa.

Além disso, a Constituição Federal de 1988 prevê garantias para o bom exercício das funções ministeriais (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos subsídios, art. 128, inciso I), blindando o membro do *Parquet* de retaliações ou ingerências contra a sua atuação.

Por outro lado, o constituinte estabeleceu também importantes vedações aos promotores e procuradores, dentre as quais se destacam a proibição de receber, a qualquer título, honorários, percentagens e custas processuais; de exercer a advocacia; de participar de sociedade comercial; de exercer outra atividade pública, salvo uma de magistério; de exercer atividades político-partidárias, bem como de receber auxílios ou contribuições de pessoas jurídicas.

Significa dizer que o membro do Ministério Público deve se dedicar exclusivamente ao desempenho de suas funções institucionais e se abster de exercer funções outras – inclusive públicas –, e, principalmente, de exercer atividades de cunho privado.

Talvez a maior preocupação do constituinte em relação aos integrantes da carreira ministerial tenha sido a de afastá-lo da advocacia, expressamente vedada aos membros do *Parquet* no art. 128, inciso I, alínea “b”, da CF/88. No mesmo sentido, o art. 129, inciso IX, da Constituição da República veda ao Ministério Público a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (advocacia pública).

Frise-se que o exercício da advocacia – pública ou privada – constitui ofensa tão grave às vedações constitucionalmente impostas que pode acarretar até mesmo a perda do cargo de promotores e procuradores vitalícios, mediante decisão judicial transitada em julgado proferida em ação civil própria (art. 38, § 1º, inciso II, da Lei n. 8.625/93).

Mas, então, quais seriam as funções desempenhadas pelos membros do *Parquet*?

Segundo estabelece o art. 129 da Constituição Federal de 1988, incumbe ao MP promover, privativamente, a ação penal pública, zelar pelo respeito aos Poderes Públicos, aos serviços de relevância pública e aos direitos constitucionais, bem como promover o inquérito civil e a ação civil pública. Compete-lhe, ainda, promover a ação de inconstitucionalidade, a representação para intervenção da União e dos Estados, defender os interesses das populações indígenas e exercer o controle externo da atividade policial, dentre outras funções.

A partir da leitura dos arts. 127, *caput*, e 129, inciso III, da CF/88, verifica-se que a atuação do Ministério Público deverá estar orientada à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses sociais, difusos e coletivos, bem como à proteção dos direitos individuais indisponíveis.

O Código de Processo Civil de 1973 já estabelecia hipóteses de interesses individuais em que o *Parquet* deveria atuar, quais sejam, causas em que há interesse de incapazes; causas concernentes ao estado de pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade; em todas as demais causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte; nas ações que envolvam litígio pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.

O CPC de 2015, em seu art. 178, preconiza que o Ministério Público será intimado para, no prazo de trinta dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos

processos que envolvam interesse público ou social, interesse de incapazes ou litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.

Da leitura do art. 178 do NCPC, verifica-se, de logo, que existem outras hipóteses de atuação do Ministério Público não elencadas na legislação processual civil que podem advir da própria Constituição ou mesmo de outros diplomas legais, como é o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Estatuto do Idoso, dentre outros.

Nota-se, todavia, que a ação do Ministério Público em relação aos direitos individuais deve ser reservada àqueles de natureza indisponível, não possuindo legitimidade para a defesa dos direitos individuais disponíveis.

No que diz respeito ao valor mínimo indenizatório a que alude o art. 387, inciso IV, do CPP, cuida-se, por óbvio, de interesse individual disponível, ou seja, verba indenizatória a ser revertida em favor da vítima, que, inclusive, poderia deixar de pleiteá-la em juízo. Seria o mesmo que alguém adquirir um televisor viciado e, podendo requerer a restituição do valor pago, optasse por adquirir outro ou mesmo por ficar sem o aparelho. Não há, em nosso ordenamento jurídico, uma regra que obrigue o lesado a postular a reparação civil do dano causado pelo ofensor.

Tratando-se, então, de um direito individual disponível, resta indagar: afinal, o Ministério Público possui legitimidade para requerer – seja na denúncia ou em sede de alegações finais – a fixação de valor indenizatório mínimo a ser arbitrado, na sentença criminal, em favor da vítima?

2. Posição ativa do Ministério Público para requerer a fixação de indenização em favor da vítima: legitimação condicionada

Conquanto a previsão legal em estudo tenha sido introduzida no nosso ordenamento jurídico no ano de 2008, remanesce acentuada polêmica a respeito da matéria.

O jurista Rômulo de Andrade Moreira (2013), entendendo tratar-se de um julgamento *extra petita* imposto pela lei, considera não ser necessário ao acusador requerer qualquer providência condenatória ao juiz, que deverá

fazê-lo de ofício, conclusão esta, todavia, rechaçada pela jurisprudência do STF e STJ.

Maria Fernanda de Souza Sales (2016), por sua vez, aponta a divergência doutrinária sobre a matéria e conclui que *“o entendimento que parece mais correto e? o de que, como o Ministério Público tem a função de garantidor da lei e possui o dever de proteger os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e da sociedade, aplicando o ordenamento jurídico, e? legitimado ativo para requerer pedido de indenização para a vítima, qualquer que seja a natureza da ação penal pública. Além disso, os dizeres do legislador no artigo em comento não deixam dúvida sobre a imperatividade de se fixar valor, independentemente de pedido”*.

Argumenta que esta conclusão seria a mais razoável, *“ate? porque, conforme a primeira parte do artigo 129, inciso IX, da Constituição da República, é função institucional do Ministério Público exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade”*.

Esta também é a posição de Suzane Maria Carvalho do Prado (2015) ao defender que *“em atendimento aos interesses da vítima, e também como para estabelecer um contraditório inicial, [o Ministério Público] ha? de fazer constar expressamente na denúncia que o ofendido suportou prejuízo por conta do delito e, nos requerimentos, destacar o artigo 387, IV, do CPP. Da mesma forma, nas alegações finais, é de se reforçar o pedido da condenação específica, indicando o que foi produzido de prova neste sentido”*.

Sheilla Maria das Graças Coutinho das Neves (2011), trilhando o mesmo raciocínio, assevera que *“o Ministério Público é parte legítima para buscar a recomposição patrimonial da vítima no curso da ação penal, pois não se trata de cumulação de pedidos, ou seja, um cível e outro penal. Existe apenas uma ampliação da regra da obrigação de reparação do dano prevista no art. 91, inciso I, do Código Penal, que se consubstancia em efeito da condenação”*.

Contudo, não se pode concordar com essa linha de argumentação.

Ora, conforme antes dito, o art. 387, inciso IV, do CPP, estabelece a competência do juízo criminal para fixar, na sentença, um valor mínimo a título de reparação civil a ser pago pelo condenado em favor da vítima, montante este que constitui um direito individual disponível do ofendido.

Logo, não há como se afirmar que a função do Ministério Público de “garantidor da lei” e de “protetor dos direitos fundamentais” possa ser invocado como fundamento para legitimar sua atuação, mesmo porque se trata de direito individual do ofendido, que não pode ser considerado incapaz pelo simples fato de ter sido vítima de um delito.

Ademais, caso não estivéssemos diante de um pedido de natureza cível e se houve apenas uma ampliação da regra prevista no art. 91, I, do CP, então não haveria qualquer necessidade de pedido formal e expresso a fim de preservar os princípios do contraditório e da ampla defesa, tal como entendem o STF e STJ, pois tratar-se-ia de mero efeito da sentença condenatória.

Na realidade, a legitimidade do Ministério Público para requerer a fixação da referida verba na sentença penal condenatória deve ser analisada à luz das regras previstas nos arts. 63 e 68 do CPP.

Os referidos dispositivos estabelecem que, transitada em julgado a sentença condenatória, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros poderão promover a execução, no juízo cível, para efeito de reparação do dano, sendo que, quando o titular do direito à reparação do dano for pobre, o Ministério Público poderá promover a execução da sentença condenatória ou ajuizar a ação civil indenizatória.

Ou seja, interpretando o art. 387, inciso IV, do CPP a partir dos parâmetros traçados pelo art. 68 daquele mesmo diploma, seria possível concluir, inicialmente, que a legitimidade do Ministério Público para requerer a fixação da verba indenizatória seria adstrita aos casos em que a vítima fosse pobre nos termos da lei. Nos demais casos seria forçoso concluir pela ilegitimidade do *Parquet*, haja vista tratar-se de direito individual disponível, de modo que a própria vítima deverá constituir advogado e se habilitar nos autos da ação penal para requerer o arbitramento da indenização, ou, querendo, ingressar no juízo cível.

Saliente-se que, no caso a que alude o art. 68 do CPP, o Ministério Público age na condição de substituto processual, uma vez que atua em nome próprio na defesa de direito alheio (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p. 223).

Durante muito tempo se sustentou que o regramento acima não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, porque incompatível com o perfil constitucional do Ministério Público, que não possui legitimidade para atuar na defesa dos direitos individuais disponíveis. Ainda, porque o constituinte reservou à Defensoria Pública a missão de promover a defesa, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, àqueles que comprovassem insuficiência de recursos (art. 134 da CF/88).

Ao apreciar a questão, o Supremo Tribunal Federal entendeu a norma jurídica que prevê a legitimidade do Ministério Público para promover a execução da sentença condenatória ou ajuizar a ação civil indenizatória em favor de vítima pobre deve ser considerada materialmente compatível com a Constituição Federal de 1988 enquanto a Defensoria Pública não estiver instituída e organizada no local.

Logo, enquanto a Defensoria Pública não estiver implantada na localidade, o Ministério Público, por ostentar legitimidade para intentar a demanda indenizatória (art. 68, CP), poderá requerer ao juiz a fixação de indenização em suas denúncias, mas assim que a Defensoria Pública foi devidamente instalada de modo satisfatório, deixará de possuir esta atribuição, havendo um estágio intermediário e transitório que configura um processo de progressiva inconstitucionalidade.

Logo, conclui-se que a legitimação do MP para postular a fixação da verba indenizatória é condicionada, ficando subordinada às mencionadas condições, ou seja, que a vítima seja juridicamente pobre e que não haja órgão da Defensoria Pública na comarca ou circunscrição.

Este é o entendimento de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2013, p. 227), que escrevem: *“E quem tem legitimidade para requerer a indenização? Nas ações privadas, não teremos maiores problemas, já que o ofendido é o próprio titular da ação, tendo também legitimidade para*

requerer a justa indenização. O problema se avizinha no âmbito das ações públicas: está o MP legitimado para requerer indenização em favor do ofendido? Entendemos que não, já que uma tal pretensão exorbitaria o âmbito de sua atribuição. No máximo, sendo a vítima pobre, e se na comarca não há Defensoria, assistiria ao MP requerer a indenização em favor do hipossuficiente, por analogia ao art. 68 do CPP. Nos demais casos, restaria ao ofendido devidamente identificado habilitar-se como assistente de acusação, para só assim apresentar sua pretensão indenizatória”.

Compartilhando do mesmo entendimento, Sauveí Lai pondera: *“Penso que não cabe ao Parquet se manifestar sobre este assunto, pois, incontroversamente, cuida-se de matéria patrimonial, havendo proibição constitucional na atuação ministerial nos casos de interesses individuais disponíveis (art. 127 da CR). De mais a mais, a hipótese retratada se assemelharia muito com a do art. 68 do CPP (ação civil proposta pelo MP quando a vítima é pobre), que o STF declarou inconstitucional (art. 134 da CR). Resta tão somente a alternativa de se intimar a vítima, titular da pretensão indenizatória”.*

Vale ressaltar que a tese da inconstitucionalidade progressiva, apesar de encampada pela Suprema Corte, não escapou às críticas da doutrina.

Eugêni Pacelli de Oliveira (2013, p. 196) escreve que *“do ponto de vista rigorosamente jurídico, a solução não convence, até porque o que seria progressivo seria a revogação, e não a inconstitucionalidade, dado que a norma constitucional é posterior à legal. E também porque toda norma constitucional ostenta eficácia jurídica (...)”.*

Assevera também que *“a solução da Suprema Corte busca, na verdade e unicamente, a acomodação dos diversos interesses em disputa, revelando-se de ordem eminentemente política – função, aliás, à qual ela não pode, em certa medida, jamais renunciar”*(2013, p. 196).

Sem embargo das críticas da doutrina, o certo é que a tese da inconstitucionalidade progressiva foi acatada pela jurisprudência da Suprema Corte brasileira, devendo, portanto, ser aplicada e respeitada pelos

órgãos inferiores, até mesmo por questão de pacificação social e harmonização do sistema jurídico-penal.

Considerações finais

Diante deste quadro, pode-se concluir que a legitimidade para requerer ao juiz a fixação do valor mínimo indenizatório na sentença penal condenatória é reservada, de ordinário, à própria vítima, titular do direito violado, seja nas ações penais de iniciativa privada – quando poderá fazê-lo diretamente –, seja, ainda, nas ações penais públicas, nas quais poderá se habilitar nos autos da demanda criminal na qualidade de assistente de acusação, por meio de advogado, e postular diretamente o arbitramento da verba.

Contudo, o Ministério Público também ostenta legitimidade (condicionada) para postular, na qualidade de substituto processual, a fixação do montante indenizatório nas ações penais públicas, desde que atendidos alguns parâmetros objetivos, a saber:

a) que o ofendido seja pessoa considerada pobre nos termos da lei, ou seja, que não possua condições econômicas de prover às despesas do processo sem prejuízo próprio e de seus familiares (art. 68, CP); e

b) que a Defensoria Pública, órgão constitucionalmente competente para a defesa jurídica dos interesses individuais e coletivos dos hipossuficientes econômicos, não esteja devidamente instalada e equipada na localidade.

Caso o membro do Ministério Público tenha requerido a fixação de valor mínimo indenizatório em favor de vítima que não seja considerada juridicamente pobre, o juiz não deverá deferir este pedido em virtude da ilegitimidade ativa do órgão ministerial.

E se o magistrado acatar o pedido indevidamente formulado pelo *Parquet* para arbitrar verba indenizatória em favor de pessoa que não se enquadre no perfil de vulnerabilidade econômica, o caso será de inconstitucionalidade por violação ao art. 127 e 129, inciso I, da CF, que

não conferiu ao Ministério Público a função institucional de atuar na defesa de interesses individuais disponíveis.

Por fim, havendo órgão da Defensoria Pública instalado e devidamente aparelhado na localidade, incumbe-lhe a tarefa de requerer o arbitramento da mencionada indenização nos casos envolvendo hipossuficientes, por força do art. 134 da CF.

Referências:

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Método, 2013;

BARROS, Antonio Milton de. **O papel da vítima do processo penal**. Disponível em . Acesso em 22 jun. 2015;

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011;

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

LAI, Sauveí. **Anotações sobre o novo art. 387, IV, do CPP: o valor mínimo indenizatório na sentença penal condenatória**. Disponível em . Acesso em 21 set. 2016;

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2014;

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014;

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O Supremo Tribunal Federal e a fixação da reparação do dano na sentença penal condenatória**. Disponível em . Acesso em 17 set. 2016;

NEVES, Sheilla Maria das Graças Coutinho das Neves. **A fixação do valor mínimo da reparação de danos na sentença penal condenatória**. Disponível em . Acesso em 21 set. 2016;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2008;

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013;

PRADO, Suzane Maria Carvalho do. **O direito da vítima   repara o dos danos causados pela infra o – artigo 387, IV, do CPP**. Disponível em . Acesso em 21 set. 2016;

SALES, Maria Fernanda de Souza. **A fixa o de indeniza o pelo juiz criminal**. Disponível em . Acesso em 22 jun. 2016;

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

NOTAS:

[i] HC 321.279/PE. STJ. Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo. 5^a Turma. Julgado em 23/06/2015; REsp 1428589/ES. STJ. Rel. Min. Sebast o Reis Júnior. 6^a Turma. Julgado em 25/11/2014; AgRg no AREsp 311784/DF. STJ. Rel. Min. Sebast o Reis Júnior. Julgado em 05/08/2014; EDcl no REsp 1286810/RS. STJ. Rel. Min. Campos Marques. 5^a Turma. Julgado em 23/04/2013; REsp 1290263/MG. STJ. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. 5^a Turma. Julgado em 02/10/2012; AP 470. STF. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Julgado em 17/12/2012; RvC/RO 5437. STF. Rel. Min. Teori Zavaski. Tribunal Pleno. Julgado em 17/12/2014.

[ii] Disponível em . Acesso em 21 set. 2016.

[iii] Disponível em . Acesso em 21 set. 2016.

RESSOCIALIZAÇÃO DOS EX-DETENTOS

JOSÉ MARTINS LIMA JUNIOR: Acadêmico do Curso de Direito da UNIAGES de PARIPIRANGA/BA.

Resumo: O presente artigo trata de um assunto bastante discutido que é a ressocialização do detento e suas consequências para a sociedade. O que verificamos na prática é que as prisões não ressocializam, ao contrário, acarretam sobre a pessoa detida inúmeros efeitos negativos, os quais contribuem para permanência desta pessoa no mundo do crime, causa disso é exclusão por parte da sociedade. Portanto, não tem como o sistema carcerário ser mudado urgentemente, porque para se recuperar o detento, primeiro tem que implantar um sistema carcerário humano e racional.

Palavras-chave: ressocialização do detento – sociedade – sistema carcerário.

1. INTRODUÇÃO

O sistema social forma uma organização que apresenta um princípio de equilíbrio, onde inclui e exclui os indivíduos para que tenham a sua tranquilidade no seu espaço, tornando a sociedade justa ou injusta, formando um sistema que busca solucionar os seus problemas com quem não contribui com suas leis.

O meio social cria as suas normas para que sejam cumpridas pela sua população, mas em muitos casos é evidente que nem todos os indivíduos buscam cumprir estas normas e dessa forma passa a quebrar as normas sociais. Infringindo assim as leis formando um problema no meio social, retirando dessa maneira a sua tranquilidade e constituindo um desequilíbrio dentro a sociedade que só será resolvido quando o sistema promover uma punição mais severa para os violadores das normas. E assim os violadores passam a perder a sua moral no meio social tendo um tratamento

diferenciado por parte dos outros indivíduos e dessa forma eles acabam perdendo o seu direito de ser bem tratado no meio sendo muitas das vezes excluído do espaço social.

O indivíduo torna-se assim mais um problema para a sociedade trazendo como consequência para a sociedade uma fragilidade que tem que ser solucionada pelo sistema que busca sempre a tranquilidade da sociedade, mostrando que todos que estão nela envolvidos tenham um direito em seu espaço social independente de ser violado ou não. Segundo o autor Zaffaroni (1989, p. 82) “a questão seria tranquila em uma sociedade justa em que a pena alcançasse todos os violadores do direito e em que todos dispusessem do mesmo espaço social.”

Assim que está envolvido no meio social tem como consequência seguirem ao seu padrão social e, quem não segue este padrão como o sistema impune o indivíduo acaba sendo julgado pela própria sociedade e perde a sua igualdade diante dos olhos sociais. Desse modo, a sociedade passa a violar o direito que todos têm a seu espaço para ter a igualdade nos princípios sociais, pois quem está vivendo em uma sociedade tem uma relação constante com os outros e essa relação passa a ser uma necessidade para a sua própria sobrevivência. Quando há uma exclusão acaba havendo uma consequência na vida do indivíduo que foi violador das leis do sistema fazendo com que o indivíduo seja obrigado a formar uma situação que não agrade novamente o sistema.

2. PRINCÍPIOS SOCIAIS

Sendo que quando as normas e princípios sociais não são cumpridos, a sociedade busca uma punição para quem não está contribuindo com as suas normas, conforme Zaffaroni (1989, p. 81) “o princípio da igualdade significa que quando alguém vive em sociedade sem violar o direito encontra-se em uma situação diferente daquela que o faz violando o direito, depreendendo-se, portanto a necessidade de retribuir ao violador do direito o mal que causou.” As sociedades estão sempre buscando um meio de bombardear a quem está em conflito com suas leis, causando ao indivíduo uma exclusão, sendo dessa forma um problema no seu equilíbrio que o órgão político tem que resolver.

Pois implica uma falta de resposta real diante do avanço repressivo provocado por uma cascata de leis punitivas com as quais os órgãos políticos respondem ao bombardeio dos meios de comunicação de massa e a crescente incapacidade para dar soluções reais aos conflitos sociais. (Zaffaroni, 1989, p. 82)

A sociedade tem um funcionalismo sobre o meio do seu sistema e poder político que tenta contribuir para todos os indivíduos dando a sua igualdade dependente de sua ação cometida. O poder político busca sempre um meio de incluir todos ao meio social criando soluções que possam tornar a igualdade possível para todos e sempre o poder político está sendo um grande alvo da falta de responsáveis pelos atos que ocorrem quando o indivíduo não está contribuindo com as ordens sociais. Pois os conflitos que estão ligados à sociedade, estão ligados a uma falta de condição de vida melhor para a população e assim a sociedade acaba culpando os órgãos políticos por não atenderem as necessidades da sociedade.

3. O PROCESSO QUE O INDIVÍDUO VAI ENCONTRAR NO MEIO SOCIAL

Os poderes políticos tentam encontrar uma forma de colocar o indivíduo que está buscando dentro do meio social se equilibrar seguindo o seu padrão de normas e leis que são colocadas pelo sistema que organiza a sociedade possa lhe dar uma nova oportunidade para que ele tenha um meio de provar a sua capacidade de contribuição para o seu meio social. No entanto, muitas das vezes o progresso não é dessa forma e o indivíduo sempre acaba perdendo o seu direito como pessoa que faz parte da sociedade e as coisas passando a ter uma concepção de forma negativa em suas normas, que o código penal está dando o direito a todos para que possam si reabilitar para cumprir com os seus deveres tendo uma nova concepção de vida para melhoria de sua sociedade. A sociedade acaba julgando, criando uma desordem no processo de reabilitação do indivíduo para o meio social, passando a formar uma ação de ignorância sobre a ideologia de uma vida nova e reabilitada, que busca cumprir com o seu papel de cidadão no meio social.

A discriminação proposta pela sociedade pode atrapalhar o processo de construção das normas sistemáticas que têm como objetivo respeitar todas as diferenças e impor suas leis para serem cumpridas com ela e punidas para que possam ter um novo meio de ação e passe a cumprir com seu papel dentro da sociedade e assim cada homem que está envolvido no seu meio social que estabelecem a sua contribuição para organizar e normalizar, segundo Zaffaroni (1989, p. 86) “a capacidade de equilíbrio do sistema depende de sua capacidade de normalização, ou seja, da capacidade de observar e normalizar a pluralidade de expectativas dos subsistemas dos homens.” Para que o meio social tenha sua capacidade de normalizar é preciso que os homens aprendam que nem todas as leis que eles formam têm justiça.

Quando a sociedade decide formar uma lei própria, muitas vezes acaba atrapalhando no processo de construção de uma norma social que tem como objetivo o uso do direito de todos. Portanto, um julgamento deve ser feito por uma pessoa que está especializada no entendimento das leis como, por exemplo, um juiz que vai dar a punição do indivíduo conforme foi à gravidade do seu crime para que este possa pagar pelo seu erro perante as leis e depois que cumprir o seu pagamento, ele possa usufruir de sua liberdade e para dentro do seu meio social possa levar uma nova vida como cidadão consciente dos seus atos. Para que o indivíduo tenha a vida no seu meio social de forma digna e respeitosa ele depende não apenas de sua vontade, mas também do meio que está envolvido.

4. RECUPERAÇÃO DO INDIVÍDUO

Toda a sociedade faz parte do processo de recuperação do indivíduo, pois toda a sociedade está fazendo parte desta recuperação e nem toda lei que é imposta pela sociedade está correta. A lei tem que ser estabelecida pelo poder judiciário que sabe como punir cada indivíduo respeitando os direitos humanos que estabelecem uma igualdade para todos, pois se não houvesse uma ordem sistemática o mundo seria uma desordem, porque não haveria respeito às leis dos mais fracos e é por isso que cada pessoa deve entender as leis e como são colocadas pelo poder judiciário de forma justa e correta para todos independente de sua classe ou cor, diferentemente do comportamento da sociedade, pois se dependesse das normas que a

sociedade estabelece, nos dias de hoje muitas pessoas estariam sofrendo grandes injustiças, segundo Zaffaroni (1989, p. 77) “se todos a obedecessem apenas porque era a lei até hoje os negros não poderiam usar os bebedouros de brancos”. Se não existisse o sistema para organizar suas leis e formar o direito de todos os indivíduos que estão ligados à sociedade, o meio social teria muita injustiça no momento de formar os direitos de cada pessoa. Para que não haja esta injustiça foi criado o poder judiciário que busca sempre colocar cada justiça na sociedade garantindo para cada indivíduo o seu direito.

Cada indivíduo está fazendo parte do grupo social, pois cada um deles dispõe dos seus direitos que devem ser atendidos pelo poder judiciário que está no grupo social para atender as necessidades dos seres humanos que estão sempre em busca de uma vida com mais segurança e liberdade. Estes devem ser observados para que não venham a ser causa de desordem dentro do meio sistemático que segue um padrão de moral que busca impor para o indivíduo seu comportamento de respeito ao próximo e comportamento diante das leis que são colocadas para a melhoria da sociedade que causa sempre a punição para quem não cumprir com as suas leis.

As punições que são aplicadas pelo poder judiciário têm como objetivo punir o indivíduo quando comete uma ação que venha a atrapalhar o desenvolvimento da sociedade, ou seja, quando o indivíduo provoca um crime ele vai ser julgado pelo ato que foi cometido, para que ele possa se recuperar pelos atos cometidos. A lei judiciária aplicará uma pena para que seja cumprida como pagamento do seu crime e, após o cumprimento dessa pena o indivíduo esteja pronto para ser incluído novamente no meio social buscando uma forma de ser incluído e respeitado novamente como cidadão pronto para estabelecer o seu direito diante do meio social. Todo ser humano tem como direito uma nova oportunidade para se restabelecer quando for paga a sua pena mediante o seu crime, pois segundo Mirabete (2006, p. 12) “como já se observou as necessidades humanas decorrentes da vida em sociedade surge o direito que visa garantir as condições indispensáveis à coexistência dos elementos que compõem o grupo social”. Assim o poder penal está ligado à sociedade como má forma de correção do indivíduo, pois quando ele está sendo corrigido pelo poder penal está

aprendendo como conviver no meio social e deve receber uma nova vida sendo mais valorizado pela sociedade, quando está possibilidade de recuperação não está sendo vista pelo meio social acaba atrapalhando quando o ex-detento quer seguir os seus direitos e ser incluído na sociedade.

5. RECOMEÇO NO MERCADO DE TRABALHO

O que causa um grande problema para o ex-detento é na hora que ele vai buscar um meio de trabalho para tentar ganhar o seu sustento de forma honesta, pois muitos deles não são aceitos pelos empregadores e dessa forma rejeita o indivíduo o excluindo da sociedade. Esta exclusão vai causar um problema para o poder público por que não vai dá a chance que o indivíduo está precisando para se estabelecer no padrão social e assim vai contraindo no indivíduo, um ideal de forma diferente do que ele tinha em seu pensamento causando novamente um retorno dele para o presídio. Desse modo a sociedade passa a ser culpada pelo mau comportamento do indivíduo porque não foi dada para ele uma nova chance de mostrar a sua mudança e assim acaba tornando os presídios com mais números de detentos e causando um problema que deve ser resolvido de forma que ele vá novamente e que a sociedade passa a incluir ele e não o exclua.

A exceção é uma espécie de exclusão ela é um caso singular que é excluído da norma geral, mas o que caracteriza propriamente a exceção é que aquele que é excluído não está por causa disto absolutamente fora de relação com a norma. (Agambem, 2002, p.25)

Para que o indivíduo que quer sair do presídio não seja excluído do meio social quando for buscar espaço no mercado de trabalho, ainda dentro do presídio ele aprende a exercer alguma profissão para quando for liberto ser mais fácil a volta do individuo na sociedade. Tornando assim a busca pelo trabalho mais fácil sendo uma exigência do poder penal colocar nos presídios, atividades que possam ensinar um meio de trabalho para que o indivíduo saia para contribuir com a sociedade e não pra que saia e depois retorne novamente para o presídio por causa dos mesmos crimes que cometeu da primeira vez.

Para que tudo possa seguir como o ideal que a justiça tem, é preciso que a sociedade também dê a sua contribuição que é dá a oportunidade para o indivíduo poder trabalhar e mostrar que está buscando um modo de vida melhor e livre do crime que cometeu no passado. Para que o indivíduo não cometa este crime novamente ele precisa muito do apoio da sociedade para lhe ajudar na sua recuperação social, criando assim, um novo ideal para ele mostrar uma nova realidade, podendo então, levar uma vida produtiva sem a prática de crimes.

A contribuição de todos para o ex-detento é de grande importância porque o apoio da sociedade é mostrar para o indivíduo um caminho de segurança para a sua própria vida, formando para ele um conforto em seu modo de viver. Pois o uso do poder penal não está sendo aplicado ao indivíduo para que ele não seja expulso da sociedade e para que sua dignidade seja marcada de acordo com Bitencout (2010, p.47) “esse princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade das pessoas humanas ou que lecionem a constituição físico-psíquica dos condenados”. Mostrando assim que todos os seres humanos tenham um direito de tratamento humanizado independente do crime que foi cometido por ele, pois o seu crime vai ser cobrado juridicamente e suas consequências vão formar a sua pena que deve ser estabelecida conforme o valor do seu crime, não se pode considerar um criminoso algo que não pode mais ter jeito, porque todos têm direito a um novo meio de vida diante de todos cumprindo com minha sociedade ajudando em seu desenvolvimento dando uma motivação para que possa ter como se redimir diante de seus atos feitos na sociedade.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reabilitação do indivíduo é um processo que tem muito problema de aceitação no meio da sociedade a que está ligado, porque a sociedade passa a não valorizar o indivíduo preferem que ele acabe perdendo a sua moral que deve ser respeitada. A moral do homem é que estabelece a sua relação entre os outros indivíduos que estão incluídos no mesmo laço social, pois quando o indivíduo está sendo penalizado pelos seus atos e vai se reabilitar para novamente se restabelecer no meio social sendo um direito do indivíduo ter uma nova classe social para mostrar que já está capaz de

viver no meio da sociedade sem que esteja transmitindo perigo, conforme Capez (2005, p.474) “  um direito do condenado decorrente da presun o de aptidão social rígida em seu favor no momento em que o estado através do juiz admite o seu contato com a sociedade”.

Desta forma, a sociedade tem o dever de aceitar o indivíduo como um cidadão respeitando todos os seus direitos para que possa ter um trabalho com dignidade para levar a sua vida com um comportamento respeitoso diante do sistema. Que age desse modo que está sendo tomada a a o quando as a es não estão sendo de produ o ou benefício social ela vai ser colocada e julgada pelos poderes que estão envolvidos no sistema.

Contudo, o ex-detento para que possa conseguir a sua reabilita o   preciso que ele tenha uma oportunidade no meio social para mostrar que está educado para prática de novas condutas para ser incluído novamente dentro da sociedade sem oferecer perigo para ninguém buscando sempre cumprir com os deveres que são impostos pela lei do sistema social que coloca um controle para que tenha uma ordem dentro da conduta de cada indivíduo que está ligado ao meio social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEM, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Tradu o de Henrique Burigo. Belo Horizonte: URMG, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal/Eugenio Raul Zaffaroni: tradu o V nia Romano Pedrosa, Amir Lopez da Concei o. Rio de Janeiro: Revan, 1989.

CAPEZ, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 1^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 23^a ed. São Paulo: Atlas, 2006.

BITENCOUT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 15^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SZAFIR, Alexandra Lebelson. **Descasos**. 1^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DA AUSÊNCIA DA RAZOABILIDADE NA CUSTÓDIA PREVENTIVA E DA OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA HOMOGENEIDADE NA PRISÃO CAUTELAR NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGA PRIVILEGIADO

VAMARIO SOARES WANDERLEY DE SOUZA: bacharel em direito pela Faculdade do Vale do Ipojuca-FAVIP, Advogado, especialista em Direito Constitucional, Direito Penal e Processual Penal.

RESUMO: O presente trabalho, resultado de pesquisas jurídicas em diversas obras, autores e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, versa sobre tema relevante no estudo do Princípio da homogeneidade nas prisões cautelares. Desenvolve-se um raciocínio acerca da prisão cautelar e do crime de tráfico privilegiado. Para tanto, faz-se uma abordagem minuciosa, de modo a demonstrar a evolução da jurisprudência. Outrossim, através de uma investida doutrinária e jurisprudencial, busca-se analisar a prisão cautelar de modo geral e em especial nos casos atinentes à prática do crime de tráfico de drogas na modalidade privilegiada.

Palavras chave: Direito Penal e Processual Penal – Prisão Cautelar – Tráfico De Drogas Privilegiado.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No presente trabalho, buscar-se-á explicar acerca do princípio da homogeneidade e sua conseqüente visão no resultado do processo, como forma de manter ou não a custódia cautelar e analisar a proporcionalidade dessa medida com a sanção final eventualmente a ser imposta.

A observância ao princípio da homogeneidade, impõe limites que devem ser respeitados. De modo que nada autoriza que o Estado possa determinar, em sede de medida cautelar, regime mais gravoso do que

aquele em que provavelmente o réu será condenado. Ao Poder judiciário cabe ser garante dos direitos e garantias fundamentais, impondo o mínimo mal-estar necessário aos réus.

Assim, o reconhecimento do princípio é imprescindível para aplicação da prisão provisória, seja ela temporária ou preventiva. Sua violação não serve a um processo penal democrático. Por força da eficácia de tal princípio, a tutela deve ser realizada de modo que não ofenda a eventual sanção projetada, o que não ocorre quando se depara com a figura de um crime privilegiado.

No que tange ao tema, figurando no caso concreto, é de se destacar pelos substratos probatórios contidos em uma instrução penal, que o réu, por muitas vezes, coopera com a operação da policia no momento de sua prisão, confessando em sede inquisitorial a prática delitiva e contribuindo para o seu desfecho.

Destarte, no momento da análise do flagrante para homologação, por um juízo superficial sobre a situação do ainda autuado, deve o Magistrado observar que a presente custódia cautelar imposta, por muitas vezes, se revela mais severa do que a eventual pena imposta ao final do processo em caso de condenação, pois, observa-se em muitos casos que o flagranteado possui a seu favor diversas circunstâncias judiciais do art. 59 do código Penal, bem como do art. 42 da lei de Drogas favoráveis.

Demais disso, deve também o Magistrado no momento da decisão de decretação da custódia cautelar, observar também as circunstâncias atenuantes em favor previstas no art. 65 do Código Penal, a eventual redução da pena e por via de consequência, o cumprimento do regime aberto ou semiaberto, tendo em vista a eventual aplicação do tráfico privilegiado previsto no art. §4º, art. 33 da lei de Drogas, já que o réu, em tese, em um juízo de cognição sumária, preenche todos os requisitos elencados em seu favor.

Portanto, eventual prisão cautelar, quando fundamentada para garantia da ordem pública ou qualquer outro motivo, será sempre desproporcional com o resultado final do processo, na verdade, será uma forma de retaliação.

Sobre o tema, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

*DIREITO PROCESSUAL PENAL. ILEGALIDADE DE PRISÃO PROVISÓRIA QUANDO REPRESENTAR MEDIDA MAIS SEVERA DO QUE A POSSÍVEL PENA A SER APLICADA. É ilegal a manutenção da prisão provisória na hipótese em que seja plausível antever que o início do cumprimento da reprimenda, em caso de eventual condenação, dar-se-á em regime menos rigoroso que o fechado. De fato, a prisão provisória é providência excepcional no Estado Democrático de Direito, só sendo justificável quando atendidos os critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade. Dessa forma, para a imposição da medida, é necessário demonstrar concretamente a presença dos requisitos autorizadores da preventiva (art. 312 do CPP) — representados pelo *fumus comissi delictie* pelo *periculum libertatis* — e, além disso, não pode a referida medida ser mais grave que a própria sanção a ser possivelmente aplicada na hipótese de condenação do acusado. É o que se defende com a aplicação do princípio da homogeneidade, corolário do princípio da proporcionalidade, não sendo razoável manter o acusado preso em regime mais rigoroso do que aquele que eventualmente lhe será imposto quando da condenação. Precedente citado: HC 64.379-SP, Sexta Turma, DJe 3/11/2008.HC182.750-SP, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 14/5/2013.*

Habeas Corpus. Artigo 155, § 4º, inciso IV, 129, 329, todos do Código Penal e 244-B da Lei 8.069/9. A defesa sustenta afronta ao princípio da homogeneidade das penas. Segundo o princípio da

homogeneidade, corolário do princípio da proporcionalidade, não se afigura legítima a custódia cautelar quando sua imposição se revelar mais severa do que a própria pena imposta ao final do processo em caso de condenação e, ao que parece, é o que ocorrerá na hipótese do caso vertente, pois sendo o acusado primário e portador de bons antecedentes, conforme demonstra a sua FAC, ao final do processo as penas restarão no mínimo legal e, ainda que em concurso material, admitirão a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito e a fixação de regime aberto. Ademais, o STJ já firmou o entendimento de que não restando demonstrada concretamente a ocorrência de ao menos uma das hipóteses autorizadoras da prisão preventiva, à luz do art. 312 do CPP, devida a concessão da liberdade provisória. ORDEM CONCEDIDA. (TJ-RJ - HC: 00676091020148190000 RJ 0067609-10.2014.8.19.0000, Relator: DES. MONICA TOLLEDO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 14/04/2015, TERCEIRA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 20/04/2015 11:20)

Demais disso, observa-se também, em recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, a incompatibilidade de regime aberto ou semiaberto com decreto de prisão preventiva, verbis:

DIREITO PROCESSUAL PENAL.
INCOMPATIBILIDADE ENTRE PRISÃO PREVENTIVA E REGIME ABERTO OU SEMIABERTO. Caso o réu seja condenado a pena que deva ser cumprida em regime inicial diverso do fechado, não será admissível a decretação ou manutenção de prisão preventiva na sentença condenatória. Inicialmente, insta consignar que a prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu jus libertatis antes do pronunciamento condenatório

definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. Nesse passo, a prisão preventiva, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do réu (STF: HC 93.498-MS, Segunda Turma, DJe de 18/10/2012; STJ: AgRg no RHC 47.220-MG, Quinta Turma, DJe de 29/8/2014; e RHC 36.642-RJ, Sexta Turma, DJe de 29/8/2014). Dessa forma, estabelecido o regime aberto ou semiaberto como o inicial para o cumprimento de pena, a decretação da prisão preventiva inviabiliza o direito de recorrer em liberdade, na medida em que impõe a segregação cautelar ao recorrente, até o trânsito em julgado, sob o fundamento de estarem presentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva insertos no art. 312 do CPP. Ao admitir essa possibilidade, chegar-se-ia ao absurdo de ser mais benéfico ao réu renunciar ao direito de recorrer e iniciar imediatamente o cumprimento da pena no regime estipulado do que exercer seu direito de impugnar a decisão perante o segundo grau. Nessa medida, a manutenção ou a imposição da prisão cautelar consistiria flagrante vulneração do princípio da proporcionalidade. Além disso, a prevalecer o referido entendimento, dar-se-á maior efetividade e relevância à medida de natureza precária (manutenção da segregação cautelar) em detrimento da sentença condenatória (título judicial que, por sua natureza, realiza o exame exauriente da questão). Por conseguinte, a individualização da pena cederá espaço, indevidamente, à providência de cunho nitidamente provisório e instrumental, subvertendo a natureza e finalidade do processo e de suas medidas cautelares. É bem verdade que a jurisprudência ora dominante no âmbito do STJ tem se orientado pela compatibilidade entre o regime diverso do fechado

imposto na sentença e a negativa do apelo em liberdade, desde que adequadas as condições da prisão provisória às regras do regime imposto. Entretanto, esse posicionamento implica, na prática, o restabelecimento da orientação jurisprudencial antes prevalente na jurisprudência STF, que admitia a execução provisória da pena, atualmente rechaçada, ao entendimento de que ela vulnera o princípio da presunção de não culpabilidade inserto no art. 5º, LVII, da CF. Isso porque, se a sentença condenatória ainda não transitou em julgado, só se permite a segregação em decorrência da imposição de prisão cautelar, cuja principal característica, como já ressaltado, significa segregação total do réu. Em outras palavras, a prisão cautelar não admite temperamento para ajustar-se a regime imposto na sentença diverso do fechado. Imposto regime mais brando, significa que o Estado-Juiz, ao aplicar as normas ao caso concreto, concluiu pela possibilidade de o réu poder iniciar o desconto da reprimenda em circunstâncias que não se compatibilizam com a imposição/manutenção de prisão provisória. Caso seja necessário, poderá se valer, quando muito, de medidas alternativas diversas à prisão, previstas no art. 319 do CPP, inquestionavelmente mais adequadas à hipótese. Precedentes citados do STF: HC 118.257-PI, Segunda Turma, DJe 6/3/2014; HC 115.786-MG, Segunda Turma, DJe 20/8/2013; e HC 114.288-RS, Primeira Turma, DJe 7/6/2013. RHC 52.407-RJ, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 10/12/2014, DJe 18/12/2014 (Informativo 554).

Assim pelo conteúdo expresso, não se afigura legítima a custódia cautelar de um réu, que, em tese, preenche todos os requisitos em cumprir pena em um regime aberto ou semiaberto, de modo que se revela mais severa a prisão do que a eventual pena imposta ao final do processo

em caso de condenação e, ao que bem se percebe, é o que ocorre na prática do processo penal.

DO CRIME DE TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DA DESPROPORCIONALIDADE NA CUSTÓDIA CAUTELAR

Destarte, conforme bem trata o Respeitável Desembargador do Estado de São Paulo e também Doutrinador, *Guilherme de Souza Nucci*, *verbis*:

“...a reforma processual instituída pela lei n. 12.403/11 teve com objetivo de impedir a ocorrência dos efeitos devastadores decorrentes de uma prisão cautelar sobre o réu, quando ao final da instrução, há ainda a possibilidade de ser condenado à pena que não impediria regime de cumprimento diverso”,

Nessa esteira, observa-se que hoje no nosso ordenamento jurídico, mais precisamente na esfera penal, a prisão cautelar é a exceção, tanto que o próprio legislador através das reformas do Código de Processo Penal instituiu as medidas cautelares diversas da prisão, deixando expresso que estas, é que devem ser a regra no processo penal.

Lado outro, especificamente ao cometimento do crime de tráfico de drogas, especialmente com pouca quantidade de entorpecentes em poder do agente, revela-se prejudicial manter a custódia cautelar do réu, se, observando no caso concreto, o agente eventualmente, em caso de condenação pelo tráfico privilegiado, vir a ter sua sanção imposta pelo Estado menos grave do que a custódia cautelar durante a instrução criminal.

Nesse sentido, é o entendimento da Câmara Regional do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Veja-se:

**HABEAS CORPUS Nº 0385797-8
COMARCA DE ORIGEM: 3ª Vara Criminal da
Comarca de Caruaru/PE RELATOR: Des.**

Waldemir Tavares de Albuquerque Filho
PROCURADOR DE JUSTIÇA: Norma
Mendonça Galvão de Carvalho **ÓRGÃO
JULGADOR: 1ª Câmara Regional de Caruaru -
2ª Turma ACÓRDÃO PENAL E PROCESSUAL
PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO.
AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS DO
DECRETO PRISIONAL. PERICULOSIDADE
CONCRETA NÃO DEMONSTRADA.
GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO.
IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE E
NATUREZA DA DROGA ELEMENTARES AO
TIPO PENAL. PRISÃO NÃO JUSTIFICADA.
POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO EM
REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS
BENÉFICO. CIRCUNSTÂNCIAS
ATENUANTES. ORDEM CONCEDIDA.
PRISÃO PREVENTIVA REVOGADA.
IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES
DIVERSAS A PRISÃO. DECISÃO UNÂNIME. 1.
Alegam os impetrantes o não cabimento da
prisão preventiva, ante a ausência de
razoabilidade na custódia preventiva do
paciente, que tem cooperado com a justiça,
possui residência fixa e trabalho lícito é réu
primário e portador de bons antecedentes, tendo
menos de 21 (vinte e um) anos à época do crime.
2. Consta na denúncia que foi localizado no
imóvel do paciente 85g (oitenta e cinco gramas)
da droga conhecida como "maconha",
acondicionada em pequenas bolsas plásticas. 3.
**A prisão preventiva fundamentada no
requisito da ordem pública apenas legitima-
se quando lastreada em circunstâncias
concretas. Não se verificou, na decisão
hostilizada, elementos concretos que****

demonstrem a necessidade de garantia da ordem pública, tendo em vista que a apreensão de 85g (oitenta e cinco gramas) do entorpecente conhecida por maconha, por si só, não demonstra a periculosidade concreta do paciente, que é réu primário, possui endereço fixo, trabalho lícito e tem contribuído para a instrução do presente feito. 4. A quantidade e a natureza da droga apreendida demonstra apenas o preenchimento das elementares do tipo penal, não podendo fundamentar-se a segregação cautelar na gravidade abstrata do delito. 5. Não se justifica impor a prisão cautelar, quando, ao final da instrução, em caso de condenação, há grandes possibilidades de que o paciente venha à cumprir pena em regime semiaberto, em virtude da presença de circunstâncias atenuantes, como ser portador de bons antecedentes, não fazer parte de organização criminosa, ter confessado a autoria delitiva e ser menor de 21 (vinte e um) anos à época dos fatos. 6. Ordem concedida para revogar a prisão preventiva do paciente, aplicando-se as medidas cautelares alternativas à prisão previstas no art. 319, I (comparecimento periódico em Juízo), IV (proibição de ausentar-se da comarca) e V (recolhimento domiciliar no período noturno e dias de folga) do Código de Processo Penal. **Decisão Unânime.** ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de habeas corpus nº 0385797-8, da 3ª Vara Criminal da Comarca de Caruaru, em que figuram, como impetrante Vamário Soares Wanderley de Souza e Outro e,

como paciente, Edilson Junior Silva Siqueira, acordam os Desembargadores componentes da 2ª Turma da Primeira Câmara Regional de Caruaru do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, por unanimidade de votos, em conceder a ordem do presente habeas corpus, tudo consoante consta do relatório e voto anexos, que passam a fazer parte do presente julgado. Caruaru, 02 de julho de 2015. Des. Waldemir Tavares de Albuquerque Relator
PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE
PERNAMBUCO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE
PERNAMBUCO GABINETE
DESEMBARGADOR WALDEMIR TAVARES 2

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA POR EXIGÊNCIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. CRIME DE TRÁFICO E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PRINCÍPIO DA HOMOGENEIDADE. CUSTÓDIA CAUTELAR DESPROPORCIONAL. INVIABILIDADE DA PRISÃO. TODA MEDIDA CAUTELAR - ESPECIALMENTE A PRISÃO PREVENTIVA - TEM QUE SER PROPORCIONAL COM A PROVÁVEL SOLUÇÃO DE MÉRITO DA AÇÃO PENAL. O RÉU É PRIMÁRIO E SEM ANTECEDENTES, MENOR DE VINTE E UM ANOS À ÉPOCA DOS FATOS, CONFESSOU A PRÁTICA DO DELITO ESPONTÂNEAMENTE E NÃO HÁ INDÍCIOS QUE INTEGRE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. EVENTUAL CONDENAÇÃO SERÁ CUMPRIDA EM REGIME MENOS GRAVOSO DO QUE O ATUALMENTE IMPOSTO. APLICAÇÃO DO CHAMADO PRINCÍPIO DA HOMOGENEIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO ART. 319 DO CPP. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O paciente foi denunciado pelo Ministério Público como incurso nas penas do art. [33](#), da Lei [11.343/2006](#) e art. [12](#) do [Estatuto do Desarmamento](#).

2. No que diz respeito à ordem pública, a gravidade abstrata do fato, por si só, não autoriza a custódia cautelar.

3. Considerando as circunstâncias judiciais favoráveis, a presença de duas circunstâncias atenuantes (art. [65](#), incisos [I](#) e [III](#), alínea [d](#) do [CP](#)), assim como a aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. [33](#), [§ 4º](#), da Lei nº [11.343/06](#), **constata-se que, em caso de eventual condenação, o paciente iniciará o cumprimento da pena em regime menos gravoso do que se encontra atualmente.**

4. **Segundo o princípio da homogeneidade, corolário do princípio da proporcionalidade, não se mostra razoável manter alguém preso cautelarmente em regime mais gravoso do que aquele que, ao final do processo, será eventualmente imposto**

5. **Ausente motivação para manter a preventiva e por se mostrar medida desproporcional em face da existência de outras cautelares adequadas a assegurar a garantia da ordem pública, deve a prisão ser substituída pelo comparecimento periódico do acusado em juízo, sobretudo para a prática de atos processuais para os quais o acusado tenha sido intimado, pela proibição de ausentar-se da comarca e recolhimento domiciliar nos termos fixados.**

6. Ordem parcialmente concedida para substituir a preventiva por medidas cautelares diversas da

prisão, previstas no art. [319](#) do [CPP](#), determinando a expedição de alvará de soltura, se por outro motivo não deva permanecer preso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Habeas Corpus nº 0394423-2, em que figuram, como impetrantes, Valmário Soares Wanderley de Souza e Amaro Wanderley de Souza e, como paciente, Thassy Cavalcanti da Silva, acordam os Desembargadores da 1ª Turma da Câmara Regional de Caruaru do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, por unanimidade, em conhecer da ordem e, no mérito CONCEDER PARCIALMENTE A ORDEM, para substituir a prisão preventiva pelas medidas cautelares previstas no art. [319](#) do [CPP](#), nos termos do voto do relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Nessa mesma linha de raciocínio, **foi o entendimento do Excelentíssimo Senhor Ministro da Suprema Corte, ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, o qual, em Habeas Corpus por um fato análogo ao presente caso, deferiu a ordem liminar**, para assegurar ao paciente o direito de responder aos termos do processo-crime em liberdade. Facultando-se ao Juízo de origem a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, caso entenda necessário, *verbis*;

DECISÃO: EMENTA : PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SÚMULA 691/STF. TRÁFICO DE REDUZIDA QUANTIDADE DE MACONHA. PRISÃO PREVENTIVA. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Trata-se de habeas corpus, com pedido de concessão de liminar, impetrado contra decisão monocrática do Ministro Gurgel de Faria do Superior Tribunal de Justiça que indeferiu a cautelar requerida nos autos do HC 322.061.

2. Extrai-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante, em 15.10.2014, acusado de guardar, para posterior comercialização a terceiros, 69g de maconha. Trata-se de réu primário, com bons antecedentes, com endereço fixo e emprego. O Juízo de origem, nos termos do art. 310, II, do Código de Processo Penal, converteu a prisão em flagrante em preventiva.

3. Dessa decisão, foi impetrado habeas corpus no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Denegada a ordem, sobreveio a impetração de HC no Superior Tribunal de Justiça. O Relator do HC 322.061, Ministro Gurgel de Faria, indeferiu a medida liminar, como referido.

4. Neste habeas corpus, a parte impetrante alega que não estão presentes os requisitos necessários para a decretação da prisão preventiva, nos termos do art. 312 do CPP. Argumenta que “se trata de paciente primário, sem qualquer antecedente na sua ficha criminal...” Daí o pedido de superação da Súmula 691/STF com a imediata revogação da prisão processual do acionante.

Decido.

5. Inicialmente ressalto que o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento no sentido da inadmissibilidade da impetração de habeas corpus contra decisão denegatória de provimento cautelar (Súmula 691/STF). No

entanto, o rigor na aplicação do enunciado sumular vem sendo mitigado nos casos de evidente ilegalidade ou abuso de poder, de decisões de Tribunais Superiores manifestamente contrárias à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e de decisões teratológicas.

6.No caso de que se trata, o decreto de prisão preventiva não apontou elementos individualizados que evidenciem a necessidade da custódia cautelar ou mesmo o risco efetivo de reiteração delitiva pelo ora paciente. A decisão limitou-se a invocar genericamente a gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas supostamente cometido.

7.Aplicável, portanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a prisão cautelar exige a demonstração, empiricamente motivada, dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal (Cf. HC 109.449, Rel. Min. Marco Aurélio; e HC 115.623, Rel. Min. Rosa Weber).

8.A explicitação de elementos concretos justificadores da constrição da liberdade é ainda mais relevante na hipótese. Verifico que o acusado é primário e foi preso pela suposta prática de tráfico de uma reduzida quantidade de maconha (69g). Em casos como esse, não há, em regra, gravidade em concreto do delito apta a ensejar a prisão cautelar.

9.Na determinação da intensidade da repressão à maconha, é preciso ter em conta, em primeiro lugar, que não se trata de droga cujo consumo torne o usuário um risco para terceiros. Diante disso, salvo circunstâncias especiais, não

se justifica a intervenção extrema de cerceamento cautelar da liberdade. Notadamente nas situações em que o consumo próprio, a repartição entre parceiros usuários e o comércio de pequenas quantidades não oferecem linhas divisórias totalmente nítidas.

10. Em segundo lugar, no atual sistema prisional brasileiro, enviar jovens, geralmente primários, para o cárcere, em razão do tráfico de quantidades não significativas de maconha, não traz benefícios à ordem pública. Pelo contrário, a degradação a que os detentos são submetidos na grande maioria dos estabelecimentos e a ausência de separação dos internos entre primários e reincidentes e entre provisórios e condenados, transformam os presídios em verdadeiras “escolas do crime”. Presos que cometeram ou são acusados de ter cometido crimes de menor potencial lesivo passam a ter conexões com outros criminosos mais perigosos, são arregimentados por facções e frequentemente voltam a delinquir após saírem das prisões.

11. Portanto, à falta de concreta fundamentação e em se tratando de situação envolvendo suposto tráfico de quantidades pouco significativas de maconha, não vejo razão para a manutenção da prisão processual nesta hipótese.

12. A teratologia do caso, em que um investigado se encontra preso cautelarmente há quase sete meses sem justificativa idônea, suscita uma reflexão mais profunda sobre a atual política de drogas. A forte repressão às drogas,

a criminalização do consumo da maconha e a ausência de critérios legais objetivos para diferenciar o usuário e o pequeno e o grande traficante têm produzido consequências mais negativas sobre as comunidades diretamente dominadas pelas organizações criminosas e sobre a sociedade em geral, do que aquelas produzidas pela droga sobre os usuários. Essa política tem importado em criminalização da pobreza, em aumento do poder do tráfico e em superlotação dos presídios, sem gerar benefícios reais para a redução da criminalidade e o aumento da segurança pública.

13. Em verdade, a política designada de “guerra às drogas”, inclusive à maconha, liderada pelos Estados Unidos, é hoje considerada um fracasso por diversos organismos e entidades internacionais. Relatórios emitidos pela Comissão HIV e Direito, Organização dos Estados Americanos – OEA e Comissão de Combate às Drogas na África Ocidental, apenas para citar alguns, afirmam a necessidade de mudanças no enfrentamento do problema, com foco na repressão dos verdadeiros responsáveis pela traficância, e não nos usuários, mulas e pequenos traficantes. Em linha com essas recomendações, diversos Estados norte-americanos, alguns países da Europa, como Portugal, e até países da América Latina, como o Uruguai, já trilham caminhos diversos para o tratamento da questão das drogas.

14. Também no Brasil talvez seja o momento de se pensar em uma correção de rumos. O simples fato de o tráfico de entorpecentes representar o tipo penal

responsável por colocar o maior número de pessoas atrás das grades (cerca de 26% da população carcerária total), sem qualquer perspectiva de eliminação ou redução do tráfico de drogas, já indica que a atual política não tem sido eficaz.

15. Em relação ao presente caso, é certo que o entendimento dominante é o de que a descriminalização ou não da maconha é uma decisão política, a ser tomada pelo Poder Legislativo. No entanto, a decretação da prisão preventiva sujeita-se à avaliação judicial da presença dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal e, conforme demonstrado, nenhum deles encontra-se aqui presente.

16. Diante do exposto, com base no art. 38 da Lei nº 8.038/1990 e no art. 21, § 1º, do RI/STF, não conheço do habeas corpus. Contudo, concedo a ordem de ofício para assegurar ao paciente o direito de responder aos termos do processo-crime em liberdade. Faculta-se ao Juízo de origem a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, caso entenda necessário.

CONCLUSÃO

Feitas essas considerações, inevitável reconhecemos a modificação do tratamento dado na jurisprudência sobre a custódia cautelar, principalmente levando em consideração o crime praticado pelo agente e sua sanção ao final do processo.

Neste sentido, reina no Direito Processual Penal pátrio o entendimento da aplicação do princípio da homogeneidade, corolário do princípio da proporcionalidade, não sendo razoável manter o acusado preso em regime mais rigoroso do que aquele que eventualmente lhe será imposto quando da condenação.

Assim é o entendimento da jurisprudência das cortes superiores, que é corroborada pela doutrina e pelas recentes mudanças no código de Processo Penal.

Outra crítica a ser feita diz respeito à quantidade e a natureza da droga apreendida, que por muitas vezes demonstra apenas o preenchimento das elementares do tipo penal, de modo que não pode fundamentar-se a segregação cautelar na gravidade abstrata do delito.

Em sendo assim, não se justifica impor a prisão cautelar, quando, ao final da instrução, em caso de condenação, há grandes possibilidades de que o paciente venha à cumprir pena em regime semiaberto, ou até mesmo aberto, em virtude da presença de circunstâncias atenuantes, como ser portador de bons antecedentes, não fazer parte de organização criminosa, ter confessado a autoria delitiva de outras prevista na legislação penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Fonte:

BRASIL CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 06.07.2016;

CÓDIGO PENAL, Decreto Lei 2848 de 7 de Dez de 1940;

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, [Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941](#);

NUCCI, CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMENTADO; 12ª edição revista, atualizada e ampliada; 2013;

NUCCI, CÓDIGO PENAL COMENTADO; 12ª edição revista, atualizada e ampliada; 2013;

OLIVEIRA, Eugêneo Pacelli de. Curso de processo penal. - 16ª Ed. Atual. – São Paulo: Atlas, 2012

Informativos Jurisprudenciais – Disponível em:

http://www.tjpe.jus.br/consulta/processual/2grau#_48_INSTANCE_BjuB5EW1YK5q_[http%3A%2F%2Fwww.tjpe.jus.br%2Fprocessos%2Fconsulta2grau%2Fole_busca_processos_numero2.asp%3Fnume%3D385797800](http://www.tjpe.jus.br/processos/consulta/2grau/ole_busca_processos_numero2.asp?Fnume%3D385797800)

<http://s.conjur.com.br/dl/hc-127896-decisao-monocratica-barroso.pdf>

<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/190201024/recurso-ordinario-em-habeas-corporis-rhc-47960-ba-2014-0118191-8/relatorio-e-voto-190201041>

CONTROLE PREVENTIVO E A (IM)POSSIBILIDADE DE ANÁLISE JURISDICIONAL?

ELIZA VICTÓRIA SILVA LEMOS: Servidora no Superior Tribunal de Justiça. Graduação na Universidade de Brasília.

Resumo: Este artigo abordará as influências recíprocas entre legislativo e judiciário no controle preventivo de constitucionalidade. Para este fim, será considerada a crise da tripartição dos poderes, ao mesmo tempo que busca-se esclarecer o panorama estrutural que as instituições brasileiras se inserem, elencando peculiaridade e pontos de conflito. Ademais, objetiva refletir sobre o sistema de freios e contrapesos que caracterizam a independência e harmonia dos órgãos constitucionalmente relevantes.

Palavras-chave: controle; constitucionalidade; preventivo.

Abstract: This article discusses reciprocal influences between legislative and judiciary in preventive control of constitutionality. To this end, it will be considered the crisis of modern theory of state, while it seeks to clarify the structural panorama that Brazilian institutions are included, listing uniqueness and points of conflict. Moreover, it aims to reflect on the system of checks and balances that characterize the independence and harmony of constitutionally relevant bodies.

Keywords: control; constitutionality; preventive.

1. Introdução

Este artigo abordará as influências recíprocas entre legislativo e judiciário no controle preventivo de constitucionalidade. Para este fim, será considerada a crise da tripartição dos poderes, ao mesmo tempo que busca-se esclarecer o panorama estrutural que as instituições brasileiras se inserem, elencando peculiaridade e pontos de conflito. Ademais, objetiva refletir sobre o sistema de

freios e contrapesos que caracterizam a independência e harmonia dos órgãos constitucionalmente relevantes.

Nesse sentido, este artigo tem foco na atuação da corte suprema no controle preventivo de constitucionalidade. Não há aqui, portanto, pretensão de avaliar o ativismo judicial, nos termos de apropriação da competência legislativa, pois o centro de estudo é outro. O objetivo principal engloba uma face específica das interações entre os dois poderes, em síntese, as consequências políticas do controle de constitucionalidade preventivo exercido pelo STF no exercício da função legislativa do Congresso Nacional.

Nesse contexto, procura-se compreender o sistema de controle preventivo brasileiro através do estudo dos seguintes pontos fundamentais: o direito de iniciativa, o desenvolvimento do processo e os efeitos, inclusive políticos, da decisão de inconstitucionalidade preventiva. Para se construir uma análise mais complexa, este artigo irá propor um diálogo com os sistemas jurídicos francês e português, tendo em vista a existência consolidada da apreciação a priori da atividade legislativa.

2. Crise da Tripartição dos Poderes

A teoria moderna da separação dos poderes estabelece três órgãos estatais fundamentais: legislativo, executivo e judiciário. A teoria da tripartição de poderes que teve suas bases esboçadas por Aristóteles^[1], ganhou versão de Locke^[2], e foi finalmente popularizada por Montesquieu^[3] surgiu da necessidade de evitar uma concentração absoluta de poder.

No entanto, utilizar o modelo de separação dos poderes pensado pelos modernos seria, sem dúvidas, anacrônico e superficial. A sociedade contemporânea desenvolveu-se em direção à complexidade de instituições que fariam os modernos teóricos constitucionalistas confusos. Quem não ficaria?

No Brasil, por exemplo, existe o Tribunal de Contas da União, que apesar do nome não faz parte do Poder Judiciário, alguns até sustentam que não faz parte também do Poder Legislativo, seria apenas um órgão

auxiliar do Congresso Nacional no exercício do controle externo (art. 72, CF). Seria, então, um quarto poder?

Apesar da clara repartição de competências prevista na Constituição, inspirada nos freios e contrapesos do federalismo norte-americano, observa-se hoje uma flexibilização ainda maior das funções do Estado, que vem assumindo sentido bem menos rígido, falando-se até em regime de colaboração de poderes.

"a ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão (...) e novas formas de relações entre os Poderes Legislativo e Executivo e destes com o Judiciário. A urgência em responder às necessidades coletivas obrigou a uma nova reformulação dos princípios de governo."^[4]

Nesse mesmo emaranhado institucional, como explicar a posição do Ministério Público, que já esteve tão ligado ao Poder Judiciário, mas hoje detém "autonomia funcional, administrativa e financeira", guiado pelos princípios da indivisibilidade, unidade e independência funcional, incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Não seria apressado considera-lo um poder da república, pois, afinal, carrega todas as características inerentes à classificação. Porém, não é o que pensa a mais douda e celebrada doutrina jurídica.

Embora se perceba que a tripartição não é reflexo fiel da realidade, ela mantém-se como fundo teórico fundamental, orientando julgados, políticas públicas e organizando a gestão estatal.

A crise da repartição de poderes encontra entre teóricos que substituem o termo poder por função, considerando que aquele representa a força una e soberana do Estado e este demonstra as atividades típicas inerentes à condução e ao exercício do seu domínio. Assim, existem três funções: executiva, legislativa e judiciária. Ao legislativo cabe a criação legal e a fiscalização. Ao judiciário incumbe a aplicação da lei, geral e abstrata, ao caso concreto para a resolução de

conflitos. Ao executivo compete a atividade administrativa e concretiza o de políticas públicas.

Nesse contexto,   preciso entender que as atividades relacionadas anteriormente constituem papéis t picos de cada "poder", de modo que, no exercício de fun oes at picas, o legislativo poderá realizar atividade administrativa, como contrata o de pessoal, bem como o executivo poderá legislar, como decretos regulamentares e aut nomos, entre outras combina oes previstas e reguladas constitucionalmente. Não há que se falar em viola o ao princípio da separa o dos poderes nesses casos, uma vez que o texto magno consolida a independência e harmonia, prevendo a correla o inevitável entre as institui oes.

Tendo a análise acima como pressuposto teórico para o desenvolvimento dessa análise,   preciso compreender as institui oes governamentais em debate, uma vez que o foco desse estudo   a Legislativo e o STF.

2.1 Legislativo X STF

O Poder Legislativo Federal brasileiro   formado pela Câmara, pelo Senado Federal e pelo Congresso Nacional. Cada uma dessas entidades possui competências próprias decorrente da Constitui o. Em termos gerais, a Câmara   considerada a casa do povo, já o Senado   reconhecido como representante dos estados federados. O Congresso Nacional   a união desses dois  rgoes.

A Câmara dos Deputados   formada por 513 deputados federais, representantes do povo (art. 45,CF/88), eleitos pelo sistema proporcional para um mandato de 4 anos. As cadeiras da casa são distribuídas conforme o coeficiente populacional estadual, flutuando entre o mínimo de 8 e o máximo de 70 deputados. Os Terr rios Federais têm representa o fixa, 4 cadeiras.

O Senado Federal representa os estados e o Distrito Federal, com a fun o de preservar o pacto federativo, sendo constituído por 81 senadores, eleitos pelo sistema majoritário, para um mandato de oito anos, com renova o parcial de 1/3 e 2/3 a cada 4 anos.

Já o Supremo Tribunal Federal, considerado o órgão mais alto da estrutura do Poder Judiciário, responde pela guarda da Constituição. Possui 11 membros, nomeados pelo Presidente da República e aprovados, após sabatina, pelo Senado Federal. A revista britânica The Economist, em 2009, classificou o STF como "o tribunal mais sobrecarregado do mundo, graças a uma infinidade de direitos e privilégios entrincheirados na Constituição nacional de 1988 (...) até recentemente, as decisões do tribunal não eram vinculadas aos tribunais inferiores. O resultado foi um tribunal que está sobrecarregado ao ponto de um motim. O Supremo Tribunal Federal recebeu 100.781 casos no ano passado."

O excesso de processos sob a jurisdição do tribunal decorre da atribuição de competências recursais, mas também de alçada originária. No que tange ao tema tratado neste artigo, a atuação originária prevalece sobre a recursal, pois a relevância constitucional da Casas Legislativas identifica o STF como o órgão com capacidade técnica, independência e autonomia suficientes para julgar as causas em que estão envolvidos.

Nesses casos, o STF atua, em regra, por meio de ADI, ADC, ADPF e MS. Primeiro, as ações do controle abstrato de constitucionalidade, ADI, ADC e de certo modo a ADPF, são utilizadas para questionar a compatibilidade com a carta magna de normas derivadas do exercício da função legislativa, ou seja, as leis.

Já o Mandado de Segurança (MS) é mecanismo jurídico apropriado para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, contra ilegalidade ou abuso de poder. Além dessas funções, o MS é considerado pela doutrina como instrumento de controle preventivo de constitucionalidade de lei ou emenda constitucional, em razão da observância do devido processo legislativo constitucional.

Sobre este tema, em entrevista ao portal jurídico Conjur, o Ministro Celso de Mello declarou que o supremo somente tem deixado de conhecer de ações que, impugnando atos ou procedimentos das casas do Congresso Nacional, insurjam-se contra deliberações de natureza interna ou fundadas em prescrições de índole meramente regimental, pois, em

tais situa es, a supera o de eventual disputa político-partidária no Parlamento deverá encontrar soluço no âmbito do Poder Legislativo.^[5]

A atua o, nas condi es expostas pelo Ministro, aconteceu no MS 33.353, impetrado pelo deputado federal Ant nio José Imbassahy (PSDB/BA), que pedia a suspensão da sessão no Congresso Nacional.

No caso exposto, Celso de Mello entendeu que "a possibilidade extraordinária de interven o jurisdicional, ainda que no próprio momento de produ o das normas pelo Congresso Nacional, tem por finalidade assegurar aos parlamentares (e as estes, apenas) o direito público subjetivo, que lhes   inerente, de verem elaborados, pelo Legislativo, atos estatais compatíveis com o texto constitucional, garantindo-se, desse modo, àqueles que participam do processo legislativo (mas sempre no âmbito da casa legislativa a que pertence o congressista impetrante) a certeza de observância da efetiva supremacia da Constitui o, excluídos, necessariamente, no que se refere   extensão do controle judicial, os aspectos discricionários concernentes às questões políticas e aos atos interna corporis".^[6]

Nesse sentido, quando estão em questionamento, através de MS, normas e atos interna corporis, em regra, o STF declina competência, da mesma forma como ocorre no controle concentrado. Esta posi o   consequência do caráter regimental das discussões e não viola, portanto, o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdi o que indica que "a lei não excluirá da aprecia o do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Assim, apesar de afastar competência sobre atos interna corporis, o STF reconhece a relevância constitucional de assegurar o devido processo legislativo em um controle preventivo, uma vez que   realizado antes da promulga o da lei em questão. De fato, a jurisprudência do supremo reconhece apenas dois motivos legítimos para aprecia o a priori de constitucionalidade de meros projetos normativos.

Somente em duas situa es a jurisprudência do STF abre exce o a essa regra: a primeira, quando se trata de Proposta de Emenda   Constitui o PEC que

seja manifestamente ofensiva a cláusula pétrea; e a segunda, em relação a projeto de lei ou de PEC em cuja tramitação for verificada manifesta ofensa a algumas das cláusulas constitucionais que disciplinam o correspondente processo legislativo.^[7]

Conforme é possível concluir do julgado acima, a posição do STF e da doutrina considera o controle preventivo como excepcional. Além disso, observa-se este tema gera uma série de questionamentos relevantes, alcançando, principalmente, a questão da compatibilização do controle de constitucionalidade com a teoria democrática, ou seja, sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade exercido por órgão estranho ao Legislativo antes da promulgação da lei em si.

Em outras palavras, se o legislativo representa a vontade do povo, não caberia ao Judiciário negar o seu exercício. No entanto, quando esta vontade não encontra amparo no devido processo democrático, a vontade do legislativo é menos a vontade do povo e mais a vontade dos seus representantes, em um jogo político preocupante.

Assim, este artigo volta-se ao estudo do controle preventivo de constitucionalidade tendo em vista o complexo emaranhado institucional existente no Brasil contemporâneo. Ao final, este artigo objetiva ter contribuído para o aperfeiçoamento da matéria, mantendo em vista uma perspectiva legalista e republicana.

3. Controle de Constitucionalidade

Uma constituição representa, em termos gerais, as regras do jogo político que regulam uma sociedade e suas instituições democráticas. Nesse sentido, Hans Kelsen identificou a necessidade de um órgão central para atuar como guardião da Constituição.

Kelsen afirma que "o interesse de ser ter uma lei conforme a Constituição é um interesse público, que não coincide necessariamente com o interesse privado das partes implicadas no processo".^[8]

O caso jurídico paradigma aconteceu nos EUA, no qual em *Marbury v. Madison*, em 1803, o Chefe de Justiça Marshall, reconheceu o direito-dever do Poder Judiciário de verificar a conformidade entre a lei e Constituição, naquele momento sob a forma do controle difuso.

Ademias, seguindo os preceitos Kelsenianos, a primeira constituição a utilizar este sistema de controle foi a Tchecoslováquia, seguida da Constituição da Áustria e da Espanha. O desenvolvimento da teoria gerou diferentes modelos de controle, distinguindo-se pelos órgãos decisórios, pelos efeitos do julgamento e pelo objeto de apreciação.

Enquanto Schmitt^[9] defende que o controle de constitucionalidade deve ser de competência de um órgão político, dotado de legitimidade democrática, para Kelsen^[10], o controle de constitucionalidade deve ser exercido por uma corte jurisdicional autônoma, especializada e imparcial. Waldron^[11], posteriormente, continua a discussão, aquele defendendo que o parlamento deve dar a última palavra e este em defesa da supremacia decisória da Corte.

Quanto ao momento de controle, são aceitas as modalidades a priori (preventivo) e a posteriori (repressivo). O controle preventivo está, em regra, vinculado ao controle político e possui como características essenciais um órgão de controle de natureza política e um método político de discussão.^[12]

Quanto ao controle preventivo, ganha expressão o Conselho Constitucional Francês^[13] que realiza, diferente de seus homólogos europeus, controle exclusivamente a priori. Em consequência dessa análise, após a entrada em vigor da norma, nenhum juiz ou tribunal pode aceitar discussão sobre a constitucionalidade de uma lei.

Já em Portugal, existe a previsão do controle preventivo e do repressivo, que, por sua vez, pode ser exercido pela via de ação ou pela via de exceção.

Retomando, o objetivo do controle preventivo é impedir, vedar ou dificultar a vigência de normas indubitavelmente inconstitucionais; é evitar que um ato jurídico inconstitucional, especialmente uma norma

inconstitucional, venha a ser promulgada e se torne válida e eficaz. Assim, essa modalidade de controle constitui, em essência, um instrumento de defesa da Constituição contra violações primárias, grosseiras e inequívocas, que justifiquem a fiscalização a priori.^[14]

Sob a perspectiva histórica, vale ressaltar a lição do mestre Jorge Miranda:

O controle preventivo desponta como modalidade de controle particularmente nas constituições de pós Segunda Guerra Mundial (Itália, 1948; Alemanha, 1949; França, 1946 e 1958), mas assume espaço significativo nas constituições das décadas de 70, 80 e 90, afora outras constituições¹⁰. Apresenta-se tratado, de modo expresso, na Constituição de Portugal de 1976 (mantido, com algumas alterações nas reformas posteriores de 1982, 1989, 1992), num capítulo cujo rótulo por si é bastante elucidativo: "Da fiscalização preventiva de constitucionalidade" (art. 278). O modelo é seguido por algumas constituições de Estados lusófonos promulgadas nesta década; é assimilado pela Constituição da Espanha de 1978 e encontra, também, estampado em algumas constituições de Estados, antigas colônias francesas, que seguem o modelo francês.^[15]

Os modelos Português e Francês se diferenciam substancialmente do modelo brasileiro, pois naqueles é permitido o controle preventivo sobre bases jurisdicionais. No Brasil, o escopo material de apreciação a priori é bem limitado.

Primeiro, no Brasil, o controle jurisdicional só é possível: (a) quando a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) seja manifestamente ofensiva às cláusulas pétreas, ou (b) quando os procedimentos adotados no Congresso Nacional, relacionados à tramitação de projetos de leis ou de

emenda constitucional, violarem flagrantemente a disciplina constitucional do processo legislativo.

O controle político preventivo, por sua vez,   possível nas Comissões temáticas nas casas legislativas, com poder terminativo, bem como pelo veto presidencial, com possibilidade de reaprecia o pelo Congresso Nacional. Assim, em regra, o controle preventivo no Brasil   tradicionalmente não jurisdicional.

Deste modo, como relatado anteriormente, a aprecia o jurídica encontra um espaço muito pequeno, restando inerte quanto a erros grosseiros. Leis claramente inconstitucionais são promulgadas, entram em vigor, produzem efeitos em decorrência de um controle preventivo eminentemente político.

Outrossim, o controle preventivo depende de alguns pressupostos para ser funcional. O primeiro deles   a celeridade. A eficácia do controle preventivo está intimamente ligada   rapidez, uma vez que o objetivo   impedir a promulga o ou a continuidade do processo legislativo. Além disso, exige ausência de dila o probatória, prazos fixos e obrigatórios, ausência de precedente de impulso popular, rol de legitimados limitado, contraditório   reduzido. Essas restri es decorrem das circunstâncias de o controle preventivo não poder ser utilizado como instrumento político de retarda o do processo legislativo.

Ademais, devido   ausência de controle preventivo jurisdicional, tem sido recorrente o enfraquecimento da presun o de constitucionalidade das leis, tendo como consequência o aumento dos questionamentos nos tribunais.^[16] O controle difuso amplia ainda mais esse problema.

As leis estão submetidas ao jogo político e tem sua perspectiva jurídica relegada   segundo plano ou até mesmo esquecida. Argumentos jurídicos são utilizados quando se prestam   atender uma vontade politicamente orientada. Assim, uma lei flagrantemente inconstitucional, que suscita sérias d vidas sobre sua conformidade com a Constitui o, pode entrar em vigor e produzir efeitos não desejáveis. Por isso, instrumentos como a medida liminar em controle de constitucionalidade

e a modulação de efeitos são utilizados para amenizar esses problemas. O primeiro evita a produção de efeitos. O segundo procura conservar resultados quando a declaração de retroatividade enseja situações mais danosas que a manutenção das consequências.

Nesse contexto, também ganha importância a Ação Declaratória de Constitucionalidade, uma vez que só seria admitida quando demonstrada que "a controvérsia judicial que põe em risco a presunção de constitucionalidade do ato normativo em exame".^[17] Esse tema será tratado na conclusão.

4. Controle preventivo em perspectiva comparada

Até este momento, este artigo expôs o arcabouço no qual está inserido o controle a priori da produção legislativa. Ademais, o controle preventivo pode ser classificado sob diversos aspectos. Pode ser externo ou interno, político ou jurisdicional. Pode ocorrer durante o processo legislativo, antes do processo legislativo ou depois do processo legislativo, mas antes da promulgação. Pode ser obrigatório ou facultativo, material ou formal, total ou parcial, puro ou misto, colegiado ou singular.

Em Portugal, segundo Jorge Miranda, não há sujeição automática de certos diplomas, nem uma pré-apreciação necessária de todos os diplomas. Para o exercício do controle, impõe-se a iniciativa do Presidente da República ou dos Ministros da República. A iniciativa exerce-se antes da ratificação quanto aos tratados; quanto às leis e aos decretos-leis, os diplomas referidos devem ser remetidos ao Tribunal Constitucional antes da promulgação das leis; e devem ser submetidos ao controle preventivo, antes da assinatura, os decretos de aprovação de acordos internacionais e os decretos legislativos regionais ou decretos regulamentares regionais. Interessante observar que, no caso de o Tribunal Constitucional não se pronunciar pela inconstitucionalidade, tanto o Presidente da República como o Ministro da República podem exercer o poder de veto, solicitando nova apreciação do diploma pela Assembléia respectiva ou comunicando-o ao Governo (art. 139º, 1 e 4, e art. 235º, 4). Já, ao contrário, o exercício do "veto político" preclui a iniciativa de fiscalização preventiva, salvo se houver modificação do texto pela Assembléia, em segunda deliberação.^[18]

A Constituição francesa abriga os dois tipos de controle preventivo: o obrigatório e o facultativo. De um lado, a Constituição francesa demanda, obrigatoriamente, o exercício do controle preventivo no caso das leis orgânicas e dos regimentos parlamentares. Devem esses diplomas ser remetidos ao Conselho Constitucional antes da promulgação ou publicação. Nesses casos, a promulgação fica suspensa pelo prazo em que o Conselho deve-se pronunciar (1 mês ou 8 dias). O requerimento pode ser formulado pelo Presidente da República, Primeiro Ministro, Presidente da Assembleia Nacional e do Senado e, mais recentemente, por 60 deputados. O controle preventivo é facultativo no caso dos Tratados Internacionais quando aprovados, mas não publicados. As mesmas autoridades retro-indicadas podem solicitar o pronunciamento do Conselho Constitucional. Cabe ao Conselho Constitucional examinar a compatibilidade entre o tratado e a constituição. No caso de negativa, a revisão da constituição deve preceder à ratificação do tratado.^[19]

A fiscalização preventiva em Portugal, disciplinada no artigo 278, é bastante ampla quanto ao objeto de controle. Incide sobre qualquer norma constante de tratado internacional, sobre decretos enviados ao Presidente da República para promulgação como lei ou decreto-lei, sobre acordo internacional remetido para a assinatura do Presidente da República. Incide, ainda, sobre decretos regulamentares regionais e decretos legislativos regionais.

Na França, o Conselho Constitucional exerce controle prévio sobre as leis orgânicas, antes de serem estas promulgadas; também exerce controle prévio sobre os regulamentos parlamentares e suas modificações. Em ambos os casos, o fundamento constitucional está no artigo 61 da Constituição, sendo que o Conselho Constitucional se recusa a examinar qualquer caso que envolva regulamentos parlamentares já em execução. Quando consultado com fundamento no mencionado artigo, o Conselho não pode recusar a examinar a questão. Em reforma introduzida em 1974, o alcance do artigo 61 foi ampliado para abranger também as leis em geral que, antes de sua promulgação, podem ser "deferidas" ao Conselho Constitucional mediante solicitação do Presidente da República, do Primeiro Ministro, do Presidente da Assembleia Nacional, do Presidente do Senado ou de sessenta deputados ou sessenta senadores.

No Brasil, a RFB organiza-se como um sistema presidencialista desde 1891, porém a modalidade preventiva de apreciação de conformidade com a Constituição não foi privilegiada. As constituições brasileiras adotaram o modelo americano de controle jurisdicional posterior, por meio do processo concreto ou abstrato.

Até 1988, o controle preventivo encontrava expressão apenas no chamado controle político de constitucionalidade, operado pelo Poder Executivo ou pelo próprio Poder Legislativo, a saber: o veto presidencial, veto preventivo, modelo de controle externo, fundado em motivo de inconstitucionalidade, e o pronunciamento das Comissões de Justiça das Casas Legislativas contrário à constitucionalidade de qualquer projeto ou ato submetido à sua censura (controle preventivo interno).

Assim, previam as Constituições de 1891 (art. 37, § 1º), 1934 (art. 45, caput), 1937 (art. 66, § 1º), 1946 (art. 70, § 1º), 1967 (art. 62, § 1º) e 1969 (art. 59, § 1º) o veto presidencial fundado em motivo de inconstitucionalidade. Em todos os casos, o veto presidencial, modalidade de controle político externo, não era definitivo, mas superável pelo Congresso Nacional.^[20]

O ilustre professor Jorge Miranda acrescenta que o objetivo do controle preventivo (ou da fiscalização preventiva, rótulo adotado pela Constituição de Portugal) é impedir, vedar ou dificultar a vigência de normas indubitavelmente inconstitucionais; é evitar que um ato jurídico inconstitucional, fundamentalmente, uma norma inconstitucional, venha a ser promulgada e se torne válida e eficaz. É, fundamentalmente, um instrumento de defesa da Constituição contra violações primárias, grosseiras e inequívocas, que justifiquem a fiscalização a priori. E, para tanto, deve ser extremamente bem definido e necessariamente muito limitado quanto ao seu objeto e alcance.

Destarte, ante o sistema vigente, não existe a previsão do controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade, nos moldes existentes no direito comparado. Não é prevista a possibilidade de o Judiciário, em tese,

impedir a tramitação (frustrando a iniciativa, discussão ou aprovação) de projetos de lei em curso no Congresso Nacional⁴⁵ e a conseqüente conversão destes em lei, fundado em motivo de inconstitucionalidade.

Desse teor a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 466-DF, interposta pelo Paro Socialista Brasileiro contra a Comissão Constituição e Justiça da Câmara, que emitiu proposta de Emenda Constitucional instituindo a pena de morte no Brasil diante consulta plebiscitária⁴⁶, cujo teor foi o Ministro Celso de Mello. A súmula da decisão proferida nessa ação, ainda sede de Medida Liminar, enfatiza existir "controle preventivo abstrato no direito brasileiro" afora considerar ausência, no caso, de ato normativo que possibilite o ajuizamento da ação direta, nos termos da Constituição.

Convém transcrever parte de referida ementa:

"O direito constitucional positivo brasileiro, ao longo de sua evolução histórica, jamais autorizou como a nova Constituição promulgada em 1988 também não o admite o sistema de controle jurisdicional preventivo, em abstrato. Inexiste, desse modo, em nosso sistema jurídico, a possibilidade de fiscalização abstrata preventiva da legitimidade constitucional de meras proposições normativas pelo Supremo Tribunal Federal. Atos normativos in fieri, ainda e fase de formação, com tramitação não concluída, não ensejam e nem dão margem ao controle concentrado ou em tese de constitucionalidade, que supõe ressalvadas as situações configuradoras de omissão juridicamente relevante a existência de espécies normativas definitivas, perfeitas e acabadas. Ao contrário do ato normativo que existe e que pode dispor de eficácia jurídica imediata, constituindo, por isso mesmo, uma realidade inovadora da ordem positiva, a mera proposição legislativa nada mais encerra do que simples proposta de direito novo, a ser submetida à

apreciação do órgão competente, para que, de sua eventual aprovação, possa derivar, então, a sua introdução formal no universo jurídico.

A jurisprudência do Supremo Tribunal tem refletido claramente essa posição em tema de controle normativo abstrato, exigindo, nos termos do que prescreve o próprio texto constitucional e ressalvada a hipótese de inconstitucionalidade por omissão, que a ação direta tenha, e só possa ter, como objeto juridicamente idôneo, apenas leis e atos normativos, federais ou estaduais, já promulgados, editados e publicados.

A impossibilidade jurídica de controle abstrato preventivo de meras propostas de emenda não obsta a sua fiscalização em tese quando transformadas em emendas à Constituição. Estas que não são normas constitucionais originárias não estão excluídas, por isso mesmo, do âmbito do controle sucessivo ou repressivo de constitucionalidade[21].

No controle difuso existe:

Exemplificando, via mandado de segurança, parlamentares, titulares do direito de iniciativa e de voto no processo legislativo, impedidos de exercerem tais direitos no curso da tramitação de um projeto de lei, postulam o reconhecimento desse seu direito "líquido e certo" ante o Poder Judiciário. Logrando acolhimento de sua pretensão, conseguirão, conseqüentemente, abortar a tramitação do projeto de lei em causa. Ante o argumento de que existe lesão de direitos, afasta-se a questão do controle de atos interna corporis ou das chamadas "questões políticas" pelo Judiciário.

É o caso do Mandado de Segurança nº 20.257-DF, impetrado contra ato da Mesa do Congresso que admitiu a "deliberação de proposta tendente à abolição da república", cujo Relator foi o Ministro Moreira Alves.

Veja-se parte da Ementa do Acórdão:

"Mandado de segurança contra ato da Mesa do Congresso que admitiu a deliberação de proposta de emenda constitucional que a impetração alega ser tendente à abolição da república. Cabimento do mandado de segurança em hipóteses em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua deliberação (como na espécie). Nesses casos, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas que sequer.

5. Controle do processo legislativo

Como visto acima, o controle jurisdicional preventivo encontra limites materiais na apreciação dos projetos de lei. Porém, dentro da doutrina e da jurisprudência, o controle do devido processo legislativo encontra-se pacificado e aceito como hipótese de questionamento de uma lei antes de sua promulgação. Nesse contexto, este capítulo terá foco nos seguintes pontos fundamentais: o direito de iniciativa, o desenvolvimento do processo e os efeitos, inclusive políticos, da decisão de inconstitucionalidade preventiva.

O processo legislativo tem seus preceitos estabelecidos na Constituição Federal e em atos internos de âmbito do Congresso Nacional. Em termos gerais, segundo José Afonso da Silva, conceitua-se como o "conjunto de atos que uma proposição normativa deve cumprir para se tornar uma norma de direito".

Princípios do processo legislativo são aspectos objetivos e subjetivos: aqueles consistentes nos atos processuais legislativos; estes, nos órgãos e pessoas, que são os sujeitos desse processo. Assim, poderíamos dizer que o processo legislativo é o conjunto de atos (iniciativa, emenda, votação, sanção) realizados pelos órgãos legislativos e órgãos cooperadores para o fim de promulgar leis".^[22]

Os princípios do Direito Parlamentar Brasileiro, grande parte deles definidos por José Afonso da Silva, são publicidade, oralidade, separação da discussão e votação, unidade da legislatura, exame prévio dos projetos por comissões parlamentares, sob a perspectiva jurídica, e outra parte derivada da Ciência Política e da prática parlamentar, como bicameralismo, democracia, simetria e não convalidação das nulidades.^[23]

Segundo José Afonso da Silva, o processo legislativo pode ser didaticamente dividido nas seguintes fases: (1) iniciativa, (2) discussão, (3) votação, (4) sanção ou veto, e (5) promulgação e publicação.

Durante o processamento da proposta legislativa, o próprio Congresso Nacional tem possibilidade de obstar o seguimento de matéria contrária à constituição, o meio idôneo é a análise a priori das comissões parlamentares. O exame prévio do projeto por comissões parlamentares tem como objetivo de aperfeiçoar as proposições legislativas, através do debate especializado e técnico. Nesse ambiente, existe a possibilidade de audiências públicas, com a opinião de especialistas e posicionamento de grupos de interesse.

As comissões estudam as matérias relativas aos projetos, emitindo pareceres sobre sua constitucionalidade, juridicidade, adequação financeira, orçamentária, e sobre o mérito. Em regra, esses pareceres são, posteriormente, discutidos e votados em Plenário. A exceção são os projetos apreciados com poder conclusivo das comissões que, salvo recurso interposto para deliberação em Plenário da Casa, são apreciados exclusivamente pelas comissões (RICD, art. 24,II; RISF, art. 91).^[24]

Segundo Carneiro, Santos e Netto, com

O advento da Constituição Federal de 1988, o papel das comissões foi ampliado e fortalecido, uma vez que elas desempenham funções primordiais para o aprimoramento da democracia brasileira. Essa valorização deveu-se, principalmente, à possibilidade de concluírem, em determinadas circunstâncias, o processo legislativo referente

aos projetos de lei sem a necessidade da apreciação do Plenário das casas legislativas, o que se conhece como poder conclusivo das comissões. [\[25\]](#)

Após o exame das comissões, sendo aprovada pelo Legislativo, a proposta é, então, submetida ao crivo do chefe do executivo, que pode sancioná-la ou vetá-la. A Constituição estabelece expressamente limites, inclusive argumentativos, para o exercício do veto. Assim, a sanção pode se dar de maneira tácita ou expressa, além de poder ser fundamentado na inconstitucionalidade do projeto o veto jurídico ou na contrariedade ao interesse público o veto político. Ademais, mais uma vez, há manifestação de um tipo de controle de constitucionalidade político e prévio, pois se dá antes de a proposição tornar-se lei. Porém, o veto pode ser revertido por maioria absoluta dos membros, no Congresso Nacional.

Percebe-se, portanto, que o Judiciário está ausente de processo legislativo, salvo na atuação para preservar as etapas obrigatórias de formação da lei. Isso significa que o STF pode obstar o seguimento de um projeto legislativo, quando não forem observadas as normas constitucionais pertinentes, ou seja, quando houver violação do devido processo legislativo.

Esse controle preventivo, por interromper o debate no Parlamento, constitui um ponto de atrito na relação entre os poderes judiciário e legislativo. Sobre isso, Araújo e Nunes Júnior assentam:

O Supremo Tribunal Federal (...) tem entendido que o controle preventivo pode ocorrer pela via jurisdicional quando existe vedação na própria Constituição ao trâmite da espécie normativa. Cuida-se, em outras palavras, de um 'direito-função' do parlamentar de participar de um processo legislativo juridicamente hígido. Assim, o § 4o do art. 60 da Constituição Federal veda a deliberação de emenda tendente a abolir os bens protegidos em seus incisos. Portanto, o Supremo Tribunal Federal entendeu que os parlamentares têm direito a não ver deliberada

uma emenda que seja tendente a abolir os bens assegurados por cláusula pétrea[26].

No caso, o que é vedado é a deliberação, momento do processo legislativo. A Mesa, portanto, estaria praticando uma ilegalidade se colocasse em pauta tal tema. O controle, nesse caso, é pela via de exceção, em defesa de direito de parlamentar. "[27]

O instrumento do mandado de segurança é idôneo para questionar a conformidade do processo legislativo, direcionada ao próprio trâmite da lei ou da emenda, visando assegurar o fiel cumprimento das normas constitucionais.

A Constituição não quer em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição."9595 Texto do acórdão do MS 20.257/DF, considerado um leading case para várias decisões posteriores (Apud ibidem. p. 258).[28]

A respeito do mandado de segurança, ainda sob a Constituição de 1967/69, o Supremo Tribunal Federal, no MS 20.257, entendeu admissível a impetração de mandado de segurança contra ato da Mesa da Câmara ou do Senado Federal, asseverando que, quando "a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda (...), a inconstitucionalidade (...) já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição." Esse entendimento vem sendo seguido pelo Tribunal em diversos precedentes, o que demonstra que se adota controle preventivo de constitucionalidade, na modalidade incidental ou concreta. Trata-se de uma situação excepcional de controle preventivo de caráter judicial.[29]

Tal desenvolvimento jurisprudencial, com a consequente definição das hipóteses permissivas do controle preventivo, produz graves questionamentos quanto aos limites de atuação argumentativos e institucionais do Supremo Tribunal Federal em um contexto democrático complexo, isto é, caracterizado pela grande divergência entre os cidadãos a respeito de questões sociais, políticas, econômicas e jurídicas sensíveis.

Apesar de algumas discussões paralelas sobre a perda de objeto da ação mandamental, o Ministro Moreira Alves, redator para o acórdão, delineou em seu voto o que viria a se tornar a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal sobre o cabimento de Mandado de Segurança para intervir no processo legislativo:

Não admito mandado de segurança para impedir tramitação de projeto de lei ou proposta de emenda constitucional com base na alegação de que seu conteúdo entra em choque com algum princípio constitucional. E não admito porque, nesse caso, a violação à Constituição só ocorrerá depois de o projeto se transformar em lei ou de a proposta de emenda vir a ser aprovada. Antes disso, nem o Presidente da Casa do Congresso, ou deste, nem a Mesa, nem o Poder Legislativo estão praticando qualquer inconstitucionalidade, mas estão, sim, exercitando seus poderes constitucionais referentes ao processamento da lei em geral. A inconstitucionalidade, nesse caso, não será quanto ao processo da lei ou da emenda, mas, ao contrário, será da própria lei ou da própria emenda, razão por que só poderá ser atacada depois da existência de uma ou de outra. Diversa porém, são as hipóteses como a presente, em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do artigo 57), ou a sua deliberação (como na espécie). Aqui, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo

legislativo, e isso porque a Constituição não quer em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, neste caso, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição. E cabe ao Poder Judiciário nos sistemas em que o controle da constitucionalidade lhe é outorgado impedir que se desrespeite a Constituição. Na guarda da observância desta, está ele acima dos demais Poderes, não havendo, pois que se falar, a esse respeito, em independência de Poderes. Não fora assim, não poderia ele exercer a função que a própria Constituição, para a preservação dela, lhe outorga. Considero, portanto, cabível, em tese, o presente mandado de segurança.^[30]

Já sob a vigência da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal continuou a sedimentar sua jurisprudência sobre o tema, ressaltando corriqueiramente o caráter excepcional do controle preventivo, mas sempre destacando explicitamente suas hipóteses de cabimento e seus legitimados:

O controle de constitucionalidade tem por objeto lei ou emenda constitucional promulgada. Todavia, cabe ser exercido em caso de projeto de lei ou emenda constitucional quando a Constituição taxativamente veda sua apresentação ou a deliberação. Legitimidade ativa privativa dos membros do Congresso Nacional.^[31]

Os legitimados para impetração do Mandado de Segurança estão limitados aos parlamentares, pois estes seriam os sujeitos da violação do direito ao devido processo legislativo.

O parlamentar no pleno exercício do mandado eletivo ostenta legitimidade ativa ad causam para impetrar mandado de segurança com a finalidade de prevenir atos no processo de aprovação de leis e emendas constitucionais que não se compatibilizem com o processo legislativo constitucional. [\[32\]](#)

6. Conclusões

O controle de constitucionalidade preventivo baseia-se em uma ideia consistente, no qual se busca preservar a presunção de constitucionalidade das leis. Porém, não figura o controle preventivo entre os eleitos pela doutrina como ideal para a defesa da Constituição. Na verdade, não raro, sofre críticas. É o que mostra Ferreira Filho quando aduz:

Sem dúvida, grande vantagem haveria em impedir-se de modo absoluto a entrada em vigor de ato inconstitucional. Todavia, a experiência revela que toda tentativa de organizarum controle preventivo tem por efeito politizar o órgão incumbido de tal controle, que passa a apreciar a matéria segundo o que entende ser a conveniência pública e não segundo a sua concordância com a lei fundamental. Isso é mais grave ainda no que concerne à lei, que se considera, na democracia representativa, expressão da vontade geral, pois vem dar a um órgão normalmente de origem não popular uma influência decisiva na elaboração das leis.

O controle repressivo já aduz dúvidas sobre a compatibilidade com o regime democrático, o controle repressivo acentua ainda mais as preocupações. O controle preventivo impede o nascimento da lei, interrompe a vontade legislativa. Muito arduamente, este tipo de controle pode ser compatibilizado com o regime democrático. Surge, assim, a pergunta sobre o que é a vontade do povo? A vontade dos seus representantes? A vontade da Constituição?

A discussão a respeito da legitimidade da jurisdição constitucional, dessa maneira, adquire importância notória nos debates jurídicos e políticos contemporâneos, pois a preocupação com a instituição de uma ordem democrática exige uma explicação racional da atuação de seus órgãos formais.

Uma constituição em que falte a garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico. Muito embora não se tenha em geral consciência disso, porque uma teoria jurídica dominada pela política não permite tomar tal consciência, uma Constituição em que os atos inconstitucionais, e particularmente as leis inconstitucionais também permanecem válidos na medida em que sua inconstitucionalidade não permite que sejam anulados equivale mais ou menos, do ponto de vista propriamente jurídico, a um anseio sem força obrigatória. Toda lei, todo regulamento, e mesmo todo ato jurídico geral produzido pelos indivíduos, tem uma força jurídica superior à de tal Constituição, à qual no entanto são subordinados e da qual todos eles deduzem sua validade. O direito positivo zela para que possa ser anulado todo ato excetuado a Constituição- que esteja em contradição com a norma superior.^[33]"

O Supremo Tribunal Federal (STF), por meio do alargamento de sua competência no texto constitucional de 1988, passou a desempenhar uma posição política central no cenário institucional brasileiro, de modo que à Corte cabe, usualmente, a última palavra sobre a resolução de controvérsias constitucionais sensíveis. Esse protagonismo do STF pode ser explicado por diversos fatores, sejam eles sócio-políticos, sejam eles mais relacionados com o desenvolvimento da técnica jurídica de controle de constitucionalidade.

O grau com que o judiciário é invocado para servir como árbitro nos conflitos entre as forças ou instituições políticas depende não apenas da força dos

tribunais, mas também, de forma mais abrangente, dos padrões da disputa política.^[34]

Taylor^[35], em sentido semelhante, argumentou que os atores políticos utilizam os tribunais como recurso tático para retardar, impedir, desmerecer ou declarar sua oposição àquela matéria. Os custos de ingresso no judiciário seriam pequenos, quando comparados aos benefícios políticos que essa tática poderia gerar.

Por essas questões, o controle preventivo sob bases jurisdicionais encontra fundados óbices para se consolidar na cultura jurídica brasileira. Não é possível visualizar uma mudança na direção da doutrina e na jurisprudência, de modo que resta consolidado o controle repressivo como regra. O controle jurisdicional preventivo permanecerá excepcional.

7. Referências

ARAUJO, Luis Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª Ed. São Paulo: Verbatim, 2014.

ARAUJO e NUNES JÚNIOR apud LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

ARISTÓTELES. **Dos Três Poderes Existentes em Todo o Governo**. In: ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **MS 32.033/DF**, Tribunal Pleno, Relator para Acórdão Ministro TeoriZavascki, Julgamento em 20/06/2013, Publicação no DJ em 18/02/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **MS 20.257/DF**, Tribunal Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, Julgamento em 08/10/1980, Publicação no DJ em 10/04/1981, p. 337-339.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **MS 21.642/DF**, Tribunal Pleno.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **MS 20.257/DF**, Tribunal Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, Julgamento em 08/10/1980, Publicação no DJ em 10/04/1981, p. 337-339.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **MS 21.642/DF**, Tribunal Pleno, Relator Ministro Presidente, Julgamento em 25/01/1993, Publicação no DJ em 03/02/1993

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **MS 31.816/DF**, Tribunal Pleno, Relator para Acórdão Ministro Teori Zavascki, Julgamento em 27/02/2013, Publicação no DJ em 13/05/2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **ADC 1-1/DF**. Tribunal Pleno, Relator para Acórdão Ministro Moreira Alves, 1994.

CARNEIRO, André Corrêa de Sá; SANTOS, Luiz Claudio Alves; NETTO, Miguel Gerônimo da Nóbrega. **Curso de Regimento Interno**. 2a ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013.

CARNEIRO, André Corrêa de Sá. **Princípios do Processo Legislativo**. Conversa Pessoal, ano X, n. 115, jun 2010.

CLEMENTE, Hícaro Quintela de Medeiros Clemente. **Os limites democráticos de atuação da jurisdição constitucional no controle preventivo do processo legislativo: uma análise crítica da impetração de mandado de segurança, perante o Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de regular atos legislativos do Congresso Nacional**. Monografia.UnB, 2014.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade**. Revista de Brasília, n. 31, 1999

JORGE E COSTA, Natália. **Controle de Constitucionalidade Legislativo e Judicial: ações e reações entre Congresso Nacional e Judiciário**. Monografia. UniCeub, 2015.

KELSEN, Hans. **La garantie jurisdictionnelle de la Constitution.** La justice Constitutionnelle. Revenue du Droir Public et de la Science Politiqueen France et à l'étranger, LGDJm 1928.

KELSEN, Hans. **Quem deve ser o guardião da Constituição?** In KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional.** Trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LOBATO, Anderson Cavalcante. **Para uma nova compreensão do sistema misto de controle de constitucionalidade: aceitação do controle preventivo.** Revista de Brasília, n. 31, 1994.

LOCKE, John. **Dos poderes legislativo, executivo e federativo da comunidade.** In: LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo. São Paulo: IBRASA, 1963.

LUCHAIRE, François. **Le Conseil constitutionnel est-il jurisdiction.**Revue Du Droit Publick.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.**Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional,** Coimbra Ed, 1983.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das leis.** São Paulo: Editora Martin Claret, 2007.

SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição.** São Paulo: Del Rey, 2006

SILVA, José Afonso da. **Processo Constitucional de Formação das Leis.** 2a ed. São Paulo:Malheiros, 2006.

TAYLOR, Matthew M. **O Judiciário e as políticas públicas no Brasil.** Dados Revista deCiências Sociais. Rio de Janeiro, v. 50, n. 2.

WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review**. Yale Law Journal, v. 115, 2006.

NOTAS:

[1] ARISTÓTELES. Dos Três Poderes Existentes em Todo o Governo. In: ARISTÓTELES. A Política. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 127-143

[2] LOCKE, John. Dos poderes legislativo, executivo e federativo da comunidade. In: LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo. São Paulo: IBRASA, 1963. p. 91-93.

[3] MONTESQUIEU. Do Espírito das leis. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007.

[4] SILVA, José Afonso da. Processo Constitucional de Formação das Leis. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 48.

[5] <http://www.conjur.com.br/2014-dez-19/celso-mello-defende-controle-preventivo-constitucionalidade>, acesso em 06/11/15

[6] Idem.

[7] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, MS 32.033/DF, Tribunal Pleno, Relator para Acórdão Ministro TeoriZavascki, Julgamento em 20/06/2013, Publicação no DJ em 18/02/2014, p. 140.

[8] Kelsen, Hans. La garantiejurisdictionnelle de la Constitution. La justice Constitutionnelle. Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger, LGDJm 1928, p. 25

[9] SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição. São Paulo: Del Rey, 2006

[10] Kelsen, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In Kelsen, Hans. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 237-298.

[11] WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, v. 115, 2006. pp 1346-1406.

[12] LOBATO, Anderson Cavalcante. Para uma nova compreensão do sistema misto de controle de constitucionalidade: aceitação do controle preventivo. *Revista de Brasília*, n. 31, 1994..

[13] LUCHAIRE, François. Le Conseil constitutionnel et il jurisdiction:. *Revue Du Droit Public*.

[14] FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade *Revista de Brasília*, n. 31, 1999..

[15] Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra Ed, 1983, II, p. 305

[16] LOBATO, Anderson Cavalcante. Para uma nova compreensão do sistema misto de controle de constitucionalidade: aceitação do controle preventivo. *Revista de Brasília*, n. 31, 1994

[17] Voto do Min. Moreira Alves. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1-DF, in *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, Coord. Ives Gandra da Silva Marins e Gilmar Ferreira Mendes, Saraiva, São Paulo, 1994, p. 202.

[18] FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade *Revista de Brasília*, n. 142, 1999.

[19] Jean Gicquel, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Montchrestien, 1995, p. 766, menciona o controle exercido pelo Conselho Constitucional em via de ação e o controle prévio, mas aduz a existência de um projeto de revisão da Constituição, sugerido por Robert Badinter, instituindo o controle por via de exceção na França.

[20] FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade *Revista de Brasília*, n. 142, 1999.

[21] Idem.

[22] SILVA, José Afonso da. Processo Constitucional de Formação das Leis. 2a ed. São Paulo:Malheiros, 2006. pp. 41-42.

[23] Idem.

[24] CARNEIRO, André Corrêa de Sá. Princípios do Processo Legislativo. Conversa Pessoal, ano X, no 115, jun 2010. Disponível em:http://www.senado.gov.br/senado/portaldoservidor/jornal/jornal115/processo_legislativo.aspx

[25] CARNEIRO, André Corrêa de Sá; SANTOS, Luiz Claudio Alves; NETTO, Miguel Gerônimo da Nóbrega. Curso de Regimento Interno. 2a ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013. p. 171.

[26] ARAUJO, Luis Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 18ª Ed. São Paulo: Verbotim, 2014.

[27] ARAUJO e NUNES JÚNIOR apud LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 16a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 257.

[28] Texto do acórdão do MS 20.257/DF, considerado um leading case para várias decisões posteriores.

[29] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1144-1145.

[30] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, MS 20.257/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, Julgamento em 08/10/1980, Publicação no DJ em 10/04/1981, p. 337-339.

[31] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, MS 21.642/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Presidente, Julgamento em 25/01/1993, Publicação no DJ em 03/02/1993.

[32] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, MS 31.816/DF, Tribunal Pleno, Relator para Acórdão Ministro Teori Zavascki, Julgamento em 27/02/2013, Publicação no DJ em 13/05/2013.

[33] KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

[34] TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Dados Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007.

[35] *Idem*.

A PARTICIPAÇÃO DO PODER PÚBLICO NO GERENCIAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS

ALLAN JONES BARBOSA E BARROSO: Bacharelado em Direito na UniAGES; Possui curso de Inglês Avançado na Sydney Business and Travel Academy (Sydney/AUS).

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo central discutir o papel das autoridades públicas no tocante a preservação do meio ambiente e da qualidade de vida dos cidadãos. O motivo em desenvolver sobre esta temática é constatar a falta de compromisso do poder público dos lixões/aterros sanitários da cidade de Paripiranga, Bahia. Contudo, compreendeu-se, dentre outras observações que, as ações públicas no âmbito de gerenciamento de resíduos urbanos, são incipientes e esparsas, o que exige-se urgentemente definição de diretrizes para essa temática. Tal fato, tem ocasionado dificuldades em relação a solução conjunta ou mesmo, em ampla escala.

Palavras-chave: Aterro Sanitário. Poder Público. Resíduos Sólidos. Estudo de Impacto Ambiental.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, a maior parte do lixo é composto de matéria orgânica, são restos de alimentos, verduras, cascas de frutas, legumes, carcaças, etc. Apresentar quantidades relevantes de matéria orgânica no lixo, é uma característica de países subdesenvolvidos, nos países industrializado, predominando no lixo inorgânico materiais como vidros, plásticos, metal, além de papel e papelão. A nível nacional, tem-se conhecimento de números em torno de 35 milhões toneladas de lixo geradas por dia números que favorece a problemática sobre qual seria os locais propícios à disposição de todo esse material de maneira adequada. Os espaços estão se esgotando rapidamente, pois se acondicionados de qualquer jeito, afetam

de forma negativa o solo, os mananciais, os lençóis subterrâneos, a poluição do ar e a incidência crescente de doenças atreladas à proliferação no lixo.

Por conta de todos esses fatores, o presente trabalho tem como objetivo central discutir o papel das autoridades públicas no tocante a preservação do meio ambiente e da qualidade de vida dos cidadãos.

O motivo em desenvolver sobre esta temática se deve ao Relatório do Projeto Integrador do Colegiado de Direito 2014.2 da UniAGES, dos alunos do 6º período ao constatar a falta de compromisso do poder público dos lixões/aterros sanitários da cidade de Paripiranga, Bahia.

2. SANEAMENTO BÁSICO

Segundo o Manual de Saneamento Básico organizado por Batista (2012), a Lei 11.445/07 estabelece diretrizes para a Política Federal de Saneamento, determinando que a União elabore o Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANSAB) e a partir disso, oriente as ações e investimentos do Governo Federal. E que para ter acesso a esses recursos todos os municípios devem elaborar seus planos municipais definindo seus horizontes de universalização da prestação de serviços.

O plano de saneamento básico é o instrumento indispensável da política pública de saneamento e obrigatório para a contratação ou concessão desses serviços. A política e o plano devem ser elaborados pelos municípios individualmente ou organizados em consórcio, e essa responsabilidade não pode ser delegada. O Plano, a ser revisado a cada quatro anos, deve ter os objetivos e metas nacionais e regionalizadas e ainda os programas e ações para o alcance dessas metas. Ele deve expressar o compromisso coletivo da sociedade em relação à forma de construir o saneamento. Deve partir da análise da realidade e traçar os objetivos e estratégias para transformá-la positivamente e, assim, definir como cada segmento irá se comportar para atingir as metas traçada (BATISTA, 2012).

No entanto, segundo Batista (2012, p. 11), além disso, os municípios, como titulares, têm a obrigação de:

- a) Decidir sobre a forma de prestação dos serviços (direta ou delegada) e os procedimentos de sua atuação.
- b) Adotar parâmetros para a garantia do atendimento essencial à saúde pública, quanto à quantidade, regularidade e qualidade da água potável.
- c) Definir o órgão responsável pela sua regulação e fiscalização.
- d) Fixar os direitos e deveres dos usuários.
- e) Estabelecer os mecanismos de participação e controle social.
- f) Construir um sistema de informações sobre os serviços.
- g) Definir casos e condições, previstos em lei e nos contratos, para intervenção e retomada da prestação dos serviços.
- h) Definir as condições para a prestação dos serviços, envolvendo a sua sustentabilidade e viabilidade técnica, econômica e financeira.
- i) Definir o sistema de cobrança, composição de taxas e tarifas e política de subsídios.

Contudo, como pode perceber, de acordo com Batista (2012), as prefeituras são as responsáveis pela elaboração do Plano Municipal de Saneamento Básico e pelo envolver a comunidade em sua discussão. O plano municipal é essencial na regulamentação da concessão dos serviços de abastecimento de água e coleta e tratamento de esgotos sanitários, e na elaboração de diagnósticos que ajudam os municípios na obtenção de empréstimos para obras de saneamento junto ao governo federal e instituições financeiras.

A falta de uma política de saneamento associada ao crescimento das cidades é revelada através da priorização da infraestrutura de água em

detrimento da de esgoto drenagem, limpeza pública etc., levando a índices alarmantes os níveis de doenças relacionadas   falta de saneamento.

Diante do exposto, as ações de saneamento devem ser encaradas como medias de saúde, e conseqüentemente de qualidade de vida para as pessoas. No entanto, ressalta-se que o resultado nem sempre exitoso das ações de saneamento deve-se tanto   omissão do estado quanto   própria cultura popular, que por falta de esclarecimento não contribui para a melhoria das condições de saúde da comunidade que faz parte (DALTRO FILHO, 2004).

A Constituição Federal estabelece, em seu artigo 21, ser competência da União “elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social” e “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”. A Lei n  10.257/2001, em seu artigo 2 , traz como diretriz da Política Urbana a garantia, dentre outros, do direito ao saneamento e estabelece, também, a competência da União nas questões da Política Urbana. Conforme disposto no artigo 3 , o saneamento básico está includo no rol de atribuições de interesse da política urbana. A Lei n  8.080/1990, que criou o Sistema  nico de Saúde (SUS), trouxe como obrigação desse sistema promover, proteger e recuperar a saúde, englobando a promoção de ações de saneamento básico e de vigilância sanitária.

3. GESTÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS

Considerada um dos setores do saneamento básico, a gestão dos resíduos sólidos gerados em um município, esta atrelada a limpeza urbana, que por sua vez está inserida nas responsabilidades da Secretaria Municipal de Obras Transportes, Meio Ambiente e Urbanismo, que   o setor que det m as iniciativas e execução, das diversas etapas condizentes aos mesmos, como coleta, transporte e acondicionamento.

A priori, vale a ressalva de que na cidade de Paripiranga – BA, segundo o Relatório do Projeto Integrador 2014.2, não existem aterros sanitários, sendo a destinação dos resíduos feita a um lixão. Entretanto, sob o escopo da Lei n  12.305, de 2010, a disposição final ambientalmente

adequada e ordenada dos rejeitos deveria ser feita em aterros, observando normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos.

O aterro sanitário na tentativa de comprometer cada vez menos a já combalida degradação dos recursos naturais, especificamente o solo e os recursos hídricos, tentando agregar parcerias para execução de projetos que tragam antes de mais nada, benefícios para a coletividade. O aterro sanitário é uma das formas de dispor o lixo do solo segundo métodos criteriosos e adequados. O lixo é disposto no solo e enterrado em camadas sucessivas, de espessuras pré-determinadas e recobertas por uma camada de solo argiloso.

Atualmente é o método mais usado para dar destinação final aos resíduos urbanos. O seu baixo custo e a simplicidade da sua execução são os argumentos mais fortes dos defensores desta prática, ainda assim, estudos foram realizados obedecendo a vários critérios que devem ser avaliados antes da implantação de um aterro sanitário, tais facilidades de acesso; inexistência de recursos minerais e hídricos; a constituição do solo e sua permeabilidade; capacidade de carga e a distância dos lençóis freáticos; a proximidade de jazidas de argila, pois o lixo deve ter cobertura diária (ou outros materiais para cobertura); possuir cerca/muro para impedir a ação de catadores.

O tempo de duração de um aterro sanitário é calculado antes mesmo de ele ser construído, esse cálculo é o resultado da relação entre o tamanho da área escolhida e a quantidade de lixo que será depositada diariamente, é válido ressaltar que esse cálculo, não é definitivo, pois existem dois fatores básicos que podem interferir nessa dinâmica: o crescimento demográfico e a utilização de programas de prevenção ou de redução da geração de lixo.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, parágrafo 3º, estabelece que “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independente da obrigação de reparar os danos causados”. Muito embora, preponderantemente, prevaleça a lei do consumismo, pois ainda há os que levam como pensamento principal, o

poderio econômico, onde afirmando que podem pagar, justificam o desperdício. Mediante a isso Bahia (2006, p. 111) afirma:

A partir da proposta de desenvolvimento humano sustentável, pode-se criticar os moldes hegemônicos de desenvolvimento apresentados até agora, que, além de terem implantado projetos voltados exclusivamente para o presente, ignorando os interesses das futuras gerações, têm atribuído maior importância às questões financeiras [...].

Isso significa que o gerenciamento de forma inadequado dos resíduos pode levar seus geradores/responsáveis ao pagamento de multas de até R\$50 milhões, e a sanções penais (reclusão de 01 a 05 anos, por exemplo) e administrativas. Além disso, o dano causado ao meio ambiente, como poluição/contaminação de lençol freático e danos à saúde, devem ser reparados pelos responsáveis pelos resíduos. A reparação do dano, na maioria dos casos, é muito complicada tecnicamente e envolve muito mais recursos financeiros do que prevenção.

Embora esforços tenham sido empreendidos, ainda não há um documento legal a nível Federal que sirva como regimento para delimitar os critérios de gestão de resíduos no Brasil. Na ausência da legislação específica, predomina como Lei maior, os preceitos da Política Nacional de Meio Ambiente (PNMA – Lei 6.938, 1981), que estabelece como gestão adequada de resíduos, o uso eficiente dos recursos naturais, visando reduzir e prevenir a poluição, proteger e recuperar a qualidade do meio ambiente e da saúde pública.

O gerenciamento dos resíduos sólidos, cuja atribuição primeira compete à esfera da Administração Pública local. As instituições responsáveis pelos resíduos sólidos municipais e perigosos, no âmbito nacional, estadual e municipal, são determinadas através dos seguintes artigos da Constituição:

- Incisos VI e IX do art. 23, que estabelecem ser competência comum da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios proteger o meio ambiente e combater a poluição

em qualquer das suas formas, bem como promover programas de construção de moradias e a melhoria do saneamento básico;

- Já os incisos I e V do art. 30 estabelecem como atribuição municipal legislar sobre assuntos de interesse local, especialmente quanto à organização dos seus serviços públicos, como é o caso da limpeza urbana.

O licenciamento ambiental previsto na PNMA é obrigatório para as atividades que geram resíduos sólidos, estabelecendo critérios para a gestão dos resíduos, de acordo com as especificações do órgão licenciador. Em geral, quando a atividade causa impacto apenas dentro dos limites do mesmo estado, o órgão mais atuante e responsável pelo estabelecimento de normas e pelo licenciamento ambiental das atividades é o órgão ambiental estadual, que deve estabelecer normas e diretrizes para o gerenciamento de resíduos sólidos, que por sua vez, devem ser cumpridas pelas empresas atuantes no Estado.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É importante a conscientização da população, dos governos, das instituições públicas e privadas, enfim, de toda a sociedade da necessidade do correto comportamento com relação ao meio ambiente para melhoria da qualidade de vida e preservação da natureza, bem como uma participação mais ativa das autoridades competentes para com o saneamento básico nessa região, tendo em vista as consequências que a falta dela pode causar aos moradores.

Conclui-se que as ações públicas no âmbito de gerenciamento de resíduos urbanos, são incipientes e esparsas, o que exige-se urgentemente definição de diretrizes para essa temática. Tal fato, tem ocasionado dificuldades em relação a solução conjunta ou mesmo, em ampla escala. O que se tem de legislações, são portarias e instruções normativas, quase sempre impraticável devido à falta de recursos ou ausência de instrumentos legais como vem a ser o caso a criação do Conselho do Meio Ambiente no nível local, assim como sugere a legislação, e que viabilizem sua

implanta o e posteriormente, fiscaliza o. Sob esse aspecto, fica exposta a necessidade dos governos em suas três esferas nacionais adotarem, medidas e uma legisla o efetiva e conjunta sobre o assunto, estabelecendo definitivamente diretrizes políticas e técnicas, referente a essa problemática.

Partindo de uma visão onde os processos particulares geradores de problemas ambientais são ocasionados pela dinâmica e reprodu o do capitalismo e suas articula es gerais, atrelado ao processo de explora o e consumismo e a forma de acúmulos na atmosfera acompanhada de falta de conhecimento. Processos diversos fazem-se necessário, em diferentes dire es, buscando, todavia, um mesmo objetivo, proporcionar qualidade de vida para as gera es futuras e capacidade de suporte do planeta, a começar pela cria o de órgão municipal atuante na área ambiental, possuidor de competência tal qual fiscalizar a a o política baseada no envolvimento das lideranças sociais da cidade, empresas particulares e a comunidade como um todo, permeando o modelo de gestão adotado e a postura social obrigatória, como por exemplo, uma educa o ambiental.

REFERÊNCIAS

BATISTA, M nica. **Manual do Saneamento Básico**. Entendendo o saneamento básico ambiental no Brasil e sua importância socioecon mica. Instituto Trata Brasil. 2012. Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br>> Acesso em novembro de 2014.

BAHIA, Carolina Medeiros. **Princípio da Proporcionalidade**: nas manifesta es culturais e na prote o da fauna. Curitiba: Juruá, 2006.

BRASIL. **Constitui o da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. **Lei n  11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Política Nacional de Saneamento Básico. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acessado em novembro de 2014.

_____. **Lei n  9.795 de 27 de abril de 1999**. PNEA – Política Nacional de Educa o Ambiental Plano Nacional de Educa o Ambiental.

_____. **Lei nº 6.938**, de 1981. PNMA – Política Nacional de Meio Ambiente.

DALTRO FILHO, José. SOARES, Maria José Nascimento. **Meio Ambiente, Sustentabilidade e Saneamento**. Porto Alegre: Redes Editora, 2010.

COMENTÁRIOS AO PRINCÍPIO DA LICITAÇÃO SUSTENTÁVEL: O RECONHECIMENTO DOS INFLUXOS DO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: Contemporaneamente, há que se reconhecer o relevo assumido pelos debates envolvendo a necessidade de proteção do meio ambiente, sobretudo com o escopo, no território nacional, de imprimir substância ao princípio constitucional do meio ambiente ecologicamente equilibrado, expressamente entalhado no artigo 225 da Carta de 1988. Logo, fez-se urgente a estruturação de decisões das autoridades governamentais com o escopo de obstar a degradação do ambiente. Além disso, a busca pela sustentabilidade não abarca apenas uma preocupação ambiental em seu sentido mais estrito, compreendendo, também, diversas outras acepções sociais e econômicas. O desenvolvimento sustentável partilha a ideia de uma sociedade mais justa com a redistribuição de recursos como incentivo ao crescimento econômico. Denota-se, nesta linha de exposição, que a integração entre o meio ambiente e o desenvolvimento deve ocorrer em todos os níveis de tomada de decisão, sendo que o Estado desempenha papel fundamental, pois se revela detentor de fortes instrumentos de fomento do mercado na produção e consumo de bens mais sustentáveis como a implementação de políticas e o uso consciente de seu poder de

compra. Neste aspecto, o presente visa estabelecer uma análise da licitação sustentável, tendo como filtros de exame o corolário constitucional do meio ambiente ecologicamente equilibrado e o princípio do desenvolvimento sustentável.

Palavras-chave: Licitação Sustentável. Mínimo Existencial Socioambiental. Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado.

Sumário: 1 Ponderações Inaugurais: A Ciência Jurídica à luz do Pós-Positivismo; 2 A Classificação dos Princípios no Direito Administrativo; 3 Breves Ponderações ao Princípio da Licitação enquanto Baldrame Sustentador da Administração Pública; 4 Fundamentos Constitucionais do Direito ao Mínimo Existencial Socioambiental; 5 Comentários ao Princípio da Licitação Sustentável: O Reconhecimento dos influxos do Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado no procedimento licitatório; 6 Comentários Finais: Desenvolvimento Sustentável e Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado como corolários da Licitação Sustentável.

1 Comento Introdutório: A Ciência Jurídica à luz do Pós-Positivismo

Em sede de comentários inaugurais, ao se dispensar uma análise robusta sobre o tema colocado em debate, mister se faz evidenciar que a Ciência Jurídica, enquanto conjunto plural e multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as pujantes ramificações que a integra, reclama uma interpretação alicerçada nos múltiplos peculiares característicos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste diapasão, trazendo a lume os aspectos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera a ótica de imutabilidade que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática. É verificável, desta

sorte, que os valores adotados pela coletividade, tal como os proeminentes cenários apresentados com a evolução da sociedade, passam a figurar como elementos que influenciam a confecção e aplicação das normas.

Com escora em tais premissas, cuida hastear como pavilhão de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”*^[1]. Deste modo, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo fundamental está assentado em assegurar que inexista a difusão da prática da vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras, nas quais o homem valorizava os aspectos estruturantes da Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Afora isso, volvendo a análise do tema para o cenário pátrio, é possível evidenciar que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, primacialmente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, *“o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”*^[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz justamente na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais.

Ainda nesta senda de exame, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdán, *“esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação”* [3]. Destarte, a partir de uma análise profunda de sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis.

Nesta tela, retratam-se os princípios jurídicos como elementos que trazem o condão de oferecer uma abrangência rotunda, albergando, de modo singular, as distintas espécies de normas que constituem o ordenamento pátrio – normas e leis. Os princípios passam a constituir verdadeiros estandartes pelos quais o arcabouço teórico que compõe o Direito se estrutura, segundo a brilhante exposição de Tovar [4]. Como consequência do expendido, tais cânones passam a desempenhar papel de super-normas, ou seja, *“preceitos que exprimem valor e, por tal fato, são como pontos de referências para as demais, que desdobram de seu conteúdo”* [5]. Por óbvio, essa concepção deve ser estendida a interpretação das normas que dão substrato de edificação à ramificação Administrativa do Direito.

2 A Classificação dos Princípios no Direito Administrativo

Escorando-se no espancado alhures, faz-se mister ter em conta que o princípio jurídico é um enunciado de aspecto lógico, de característico explícito ou implícito, que, em decorrência de sua generalidade, goza de posição proeminente nos amplos segmentos do Direito, e, por tal motivo, de modo implacável, atrela o entendimento e a aplicação das normas jurídicas à sua essência. Com realce, é uma flâmula desfraldada que reclamada a observância das diversas ramificações da Ciência Jurídica, vinculando, comumente, aplicação das normas abstratas, diante de situações concretas, o que permite uma amoldagem das

múltiplas normas que constituem o ordenamento aos anseios apresentados pela sociedade. Gasparini, nesta toada, afirma que *“constituem os princípios um conjunto de proposições que alicerçam ou embasam um sistema e lhe garantem a validade”* [6].

Nesta senda, é possível analisar a prodigiosa tábua principiológica a partir de três órbitas distintas, a saber: onivalentes ou universais, plurivalentes ou regionais e monovalentes. Os preceitos acampados sob a rubrica princípios onivalentes, também denominados universais, têm como traço peculiar o fato de ser comungado por todos os ramos do saber, como, por exemplo, é o caso da identidade e da razão suficiente. É identificável uma aplicação irrestrita dos cânones às diversificadas área do saber. Já os princípios plurivalentes (ou regionais) são comuns a um determinado grupo de ciências, no qual atuma como agentes de informação, na medida em que permeiam os aportes teórico-doutrinários dos integrantes do grupo, podendo-se citar o princípio da causalidade (incidente nas ciências naturais) e o princípio do *alterum non laedere* (assente tanto nas ciências naturais quanto nas ciências jurídicas).

Os princípios classificados como monovalentes estão atrelados a tão somente uma específica seara do conhecimento, como é o caso dos princípios gerais da Ciência Jurídica, que não possuem aplicação em outras ciências. Com destaque, os corolários em comento são apresentados como axiomas cujo sedimento de edificação encontra estruturado tão somente a um segmento do saber. Aqui, cabe pontuar a importante observação apresentada por Di Pietro que, com bastante ênfase, pondera *“há tantos princípios monovalentes quantas sejam as ciências cogitadas pelo espírito humano”* [7]. Ao lado disso, insta destacar, consoante entendimento apresentado por parte da doutrina, que subsiste uma quarta esfera de princípios, os quais são intitulados como “setoriais”. Prima evidenciar, com bastante destaque, que os mandamentos abarcados pela concepção de dogmas setoriais teriam como singular aspecto o fato de informarem os múltiplos setores que integram/constituem uma determinada ciência. Como robusto exemplo desse grupo, é possível citar os princípios que informam apenas o Direito Civil, o Direito Penal, o Direito Administrativo, dentre outros.

Tecidas estas ponderações, bem como tendo em conta as peculiaridades que integram a ramificação administrativa da Ciência Jurídica, de bom alvitre se revela ponderar que os *“os princípios administrativos são postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública. Representam cânones pré-normativos, norteando a conduta do Estado quando no exercício das atividades administrativas”*[8]. Assim, na vigente ordem inaugurada pela Carta da República de 1988[9], revela-se imperiosa a observação dos corolários na construção dos institutos administrativos. Pois, olvidar-se de tal, configura-se verdadeira aberração jurídica, sobremaneira, quando resta configurado o aviltamento e desrespeito ao sucedâneo de baldrames consagrados no texto constitucional e os reconhecidos pela doutrina e jurisprudência pátrios.

Urge salientar que a Constituição Cidadã, ao contrário das Cartas que a antecederam, trouxe, de forma expressa e clara, os princípios informadores da Administração Pública, assinalando a incidência de tais preceitos a todos os entes da Federação, bem como os elementos estruturantes da administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes constituídos. Para tanto, como fértil sedimento de estruturação, é possível transcrever o *caput* do artigo 37 que, em altos alaridos, diciona que *“a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”*[10]. Nesta toada, ainda, quadra, também, ter em mente os seguintes apontamentos:

Trata-se, portanto, de princípios incidentes não apenas sobre os órgãos que integram a estrutura central do Estado, incluindo-se aqui os pertencentes aos três Poderes (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário), nas também de preceitos genéricos igualmente dirigidos aos entes que em nosso país integram a denominada Administração Indireta, ou seja, autarquias, as empresas públicas, as

sociedades de economia mista e as fundações governamentais ou estatais[11].

É verificável, desta sorte, que os preceitos em comento, dada à proeminência alçada pelo texto constitucional, passam a atuar como elementos que norteiam e, corriqueiramente, conformam a atuação dos entes federativos, bem como as estruturas, tais como autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações, que constituem a Administração Indireta. Em razão de estarem entalhados nas linhas que dão corpo à *Lex Fundamentallis* do Estado Brasileiro, a doutrina convencionou chamá-los de “Princípios Constitucionais Explícitos” ou “Princípios Expressos”. São considerados como verdadeiras diretrizes que norteiam a Administração Pública, na medida em que qualquer ato por ela emanado só será considerado válido se estiver em consonância com tais dogmas[12].

De outra banda, tem-se por princípios reconhecidos aqueles que, conquanto não estejam taxativamente contemplados no texto constitucional, de modo explícito, permeiam, por conseguinte, toda a ramificação do Direito Administrativo. Isto é, são corolários que encontram descanso, mais evidente e palpável, na atividade doutrinária e jurisprudencial, que, por meio dos seus instrumentos, colaboram de forma determinante na consolidação e conscientização de determinados valores, tidos como fundamentais, para o conhecimento e a interpretação das peculiaridades e nuances dos fenômenos jurídicos, advindos dessa ramificação da Ciência Jurídica. *“Os princípios são mandamentos nucleares de um sistema, seu verdadeiro alicerce, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas”*[13]. Em que pese o reconhecimento de uma tábua de preceitos e cânones pela doutrina, tal fato não tem o condão de desnaturar o importante papel desempenado na orientação e conformação da interpretação dos diplomas normativos.

No mais, ao se ter em visão, a dinamicidade que influencia a contínua construção do Direito, conferindo, via de consequência, mutabilidade diante das contemporâneas situações apresentadas pela sociedade, é possível salientar que a construção da tábua principiológica não está adstrita apenas aos preceitos dispostos nos diplomas normativos

e no texto constitucional. Ao reverso, é uma construção que também encontra escora no âmbito doutrinário, tal como no enfrentamento, pelos Tribunais Pátrios, das situações concretas colocadas sob o alvitre. Afora isso, *“doutrina e jurisprudência usualmente a elas se referem, o que revela sua aceitação geral como regras de proceder da Administração. É por esse motivo que os denominamos de princípios reconhecidos, para acentuar exatamente essa aceitação”* [14].

3 Breves Ponderações ao Princípio da Licitação enquanto Baldrame Sustentador da Administração Pública

Em sede de comentários introdutórios acerca do corolário em comento, impende sustar que a Administração Pública é norteadada por uma gama de princípios gerais, cujo escopo está assentado na orientação da ação do administrador na prática dos atos administrativos. De outro passo, aludidos dogmas asseguram uma boa administração, que se materializa na correta gestão dos negócios públicos e do manejo dos recursos públicos, entendidos como dinheiro, bens e serviços, visando o interesse coletivo, com o qual se assegura administrados o seu direito a práticas administrativas consideradas honestas e probas. É cediço, arrimando-se nas ponderações vertidas acima, que os princípios explicitados no *caput* do artigo 37 são os da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Entrementes, outros defluem dos incisos e parágrafos do mesmo dispositivo, como a da licitação, da prescritibilidade dos ilícitos administrativos e o da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público.

Cuida destacar que a Carta Política do Estado Brasileiro de 1988, ao dispor acerca dos corolários gerais da atividade econômica, de maneira expressa, faz alusão a imprescindibilidade da realização de licitação pública no tocante a concessão ou permissão do serviço público. Neste sentido, inclusive, é possível colacionar a redação do dispositivo 175 que assim menciona: *“Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”* [15]. Em mesmo sedimento, é possível coligir os regramentos emanados do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Cidadã sagra que:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [omissis] **XXI** - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações[16].

Assim, pelo que extrai, do exame dos dispositivos constitucionais citados alhures, a partir da vigência da Constituição de 1988, *“a licitação passou a ser indispensável à Administração Pública, consoante art. 37, da mesma Carta, por garantir a igualdade de condições e oportunidades para aqueles que pretendem contratar obras e serviços com a Administração”*[17]. Trata-se, com efeito, de preceito que assegura a materialização do princípio constitucional da impessoalidade, em sede de contratações de serviços e aquisição de bens, estruturada pela Administração Pública, a fim de assegurar que não ocorra o favorecimento de determinada pessoa, natural ou jurídica, em detrimento de outrem. Ora, os influxos emanados pelo corolário da licitação vedam o favorecimento indevido, estando, pois, pautados em critérios dotados de objetividade e formalismo, bem como propostas que se apresentam revestidas de vantagens para a Administração.

Em mesmo pano de fundo, o constitucionalista José Afonso da Silva, ao abordar o tema, qualifica a licitação como princípio constitucional da Administração Pública, sustenta que *“o princípio da licitação significa que essas contratações ficam sujeitas, como regra, ao procedimento de seleção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública”*[18]. Ao lado disso, quadra anotar que o dogma em comento constitui um

princípio instrumental de realização dos cânones da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes da Administração Pública. Ora, não se pode olvidar que o procedimento licitatório ambiciona alcançar dois objetivos, quais sejam: proporcionar às entidades governamentais possibilidade de realizarem o negócio mais vantajoso, porquanto a instauração de competição entre os ofertantes tem como argumento justificador isto.

Verifica-se, assim, que o procedimento licitatório busca assegurar aos administrados possibilidade de disputarem a participação dos negócios que as pessoas governamentais objetivam realizar com os particulares. Desse modo, ambiciona-se alcançar um trinômio de aspectos imprescindíveis, a saber: I - proteção aos interesses públicos e recursos governamentais, na medida em que busca a oferta que se revela mais satisfatória; II – atenção e obediência aos mandamentos da isonomia e impessoalidade, acinzelados, respectivamente, nos artigos 5º e 37 da Carta da República de 1988, o que se dá pela abertura do procedimento licitatório; e, por derradeiro, III – obediência aos reclamos constantes da proibição administrativa, estabelecido expressamente pelo *caput* do artigo 35 e pelo inciso V do artigo 85, ambos da Carta Magna de 1988.

No que concerne ao primeiro aspecto do trinômio supramencionado, é possível evidenciar que o Supremo Tribunal Federal, ao se manifestar acerca do tema, já consolidou entendimento, no qual, com clareza solar, explicita que *“a licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltado a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso – o melhor negócio”* [19]. Com realce, quadra anotar que o procedimento licitatório objetiva, ressalvadas as excepcionalidades previstas nos diplomas normativos, realizar contratações que se apresentem dotadas de vantagem para a Administração Pública, por vezes ancorada no menor preço ou mesmo na melhor técnica do serviço ou bem a que se busca. Afora isso, a competição estruturada pela licitação almeja a seleção da proposta descrita como mais vantajosa para a Administração Pública, de maneira tal que o seu desenvolvimento deva garantir a igualdade (isonomia) daqueles que pretendam ter acesso às contratações da

Administração[20]^[21]. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal já explicitou entendimento de ser possível a lei estabelecer distinções, sem que subsista qualquer violação ao corolário da isonomia, estabelecendo tratamento diverso ao qual é dispensado a outro. Para tanto, com o escopo de ilustrar o aventado, cuida colacionar o aresto:

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 11, § 4º, da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte. Licitação. Análise de proposta mais vantajosa. Consideração dos valores relativos aos impostos pagos à fazenda pública daquele estado. Discriminação arbitrária. Licitação. Isonomia, princípio da igualdade. Distinção entre brasileiros. Afronta ao disposto nos artigos 5º, caput; 19, inciso III; 37, inciso XXI, e 175, da Constituição do Brasil. [...] 4. A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a um tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. 5. A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível. 6. Ação direta julgada procedente para declarar inconstitucional o § 4º do artigo 111 da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte. (Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno/ ADI Nº 3.070/RN/ Relator: Ministro Eros Grau/ Julgado em 29.11.2007/ Publicado no DJe em 18.12.2007).

Nesta toada, não é possível perder de vista que a licitação há de ser concebida como uma imposição decorrente do interesse público, sendo seu pressuposto a competição. Ora, é fato que a *competição* assume, neste cenário, assume duas significações. Enquanto

pressuposto da licitação, competição se apresenta como possibilidade de acesso de todos e quaisquer agentes econômicos capacitados à licitação. Desta feita, consiste na concreção da garantia de igualdade, enquanto norte dotado de proeminência substancial no ordenamento pátrio. Doutra prisma, a competição também consiste em disputa, isto é, no caso, a possibilidade de uns licitantes apresentarem melhores propostas do que outros, um a proposta melhor de todas. Nessa perspectiva, o festejado doutrinador José dos Santos Carvalho Filho afirma que o legislador pátrio, ao instituir o procedimento licitatório, inspirou-se, fundamentalmente, na moralidade administrativa e na igualdade de oportunidades àqueles interessados em contratar:

Erigida atualmente à categoria de princípio constitucional pelo art. 37, caput, da CF, a moralidade administrativa deve guiar toda a conduta dos administradores. A estes incumbe agir com lealdade e boa-fé no trato com os particulares, procedendo com sinceridade e descartando qualquer conduta astuciosa ou eivada de malícia. A licitação veio prevenir inúmeras condutas de improbidade por parte do administrador, algumas vezes curvados a acenos ilegítimos por parte dos particulares, outras levadas por sua própria deslealdade para com a Administração e a coletividade que representa. Daí a vedação que se lhe impõe, de optar por determinado particular. Seu dever é o de realizar o procedimento para que o contrato seja firmado com aquele que apresentar a melhor proposta. Nesse ponto a moralidade administrativa se toca com o próprio princípio da impessoalidade, também insculpido no art. 37, caput, da Constituição, porque, quando o administrador não favorece este ou aquele interessado, está, *ipso facto*, dispensando tratamento impessoal a todos. (...) Outro fundamento da licitação foi a necessidade de proporcionar igualdade de oportunidades a todos quantos se interessam em contratar com a

Administração, fornecendo seus serviços e bens (o que é mais comum), ou àqueles que desejam apresentar projetos de natureza técnica, científica ou artística. A se permitir a livre escolha de determinados fornecedores pelo administrador, estariam aliados todos os demais, o que seria de lamentar, tendo em vista que, em numerosas ocasiões, poderiam eles apresentar à Administração melhores condições de contratação. Cumpre, assim, permitir a competitividade entre os interessados, essencial ao próprio instituto da licitação[22].

Destarte, sem uma escorreita licitação, não há como agasalhar-se o ato administrativo, que além de ilegal, se mostra em verdadeira afronta ao Texto Maior, que exige que a concessão ou permissão de serviço público seja precedida, sempre, de licitação pública. Ao lado disso, deve-se, com bastante alarde, destacar que o artigo 43 da Lei 8.987, de 13 de Janeiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências, assevera e determina que *“ficam extintas todas as concessões de serviços públicos outorgadas sem licitação na vigência da Constituição de 1988”*[23]. Há que se rememorar que, desde 1993, o Excelso Supremo Tribunal Federal, através da lavra do voto do Ministro Octávio Galotti, acompanhado pelos demais integrante do Excelso Pretório, ao relatoriar o Recurso Especial N° 140.989, pôs termo no assunto e se manifestou sobre a matéria, no sentido:

Ementa: Transporte Urbano Concessão e Permissão – Licitação. Exploração de transporte urbano, por meio de linha de ônibus. Necessidade de prévia licitação para autorizá-la, quer sob a forma de permissão ou concessão. Recurso Extraordinário provido por contrariedade do art. 175, da Constituição Federal. (Supremo Tribunal Federal – Primeira Turma/ RE N° 140.989/ Relator: Ministro Octávio Galotti/ Publicado em 16.03.1993).

Com efeito, a realização de compras e serviços na Administração Pública Federal, Estadual, do Distrito Federal e dos Municípios deve, imperiosamente, ser precedidas do competente procedimento licitatório, obedecendo aos ditames arvorados no inciso XXI do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, cujos procedimentos e ritos foram devidamente disciplinados pelo Estatuto das Licitações. Trata-se, com efeito, de observância dos corolários desfraldados como flâmulas, os quais reclamam atendimento por parte da Administração Pública, porquanto conformam e condicionam sua atuação.

4 Fundamentos Constitucionais do Direito ao Mínimo Existencial Socioambiental

Em ressonância com o preceito de necessidades humanas básicas, na perspectiva das presentes e futuras gerações, é colocada, como ponto robusto, para reflexão a exigência de um patamar mínimo de qualidade e segurança ambiental, sem o qual o preceito de dignidade humana restaria violentado em seu núcleo essencial. A seara de proteção do direito à vida, quando confrontado com o quadro de riscos ambientais contemporâneos, para atender o padrão de dignidade alçado constitucionalmente, reclama ampliação a fim de abarcar a dimensão no seu quadrante normativo. Insta salientar, ainda, que a vida se apresenta como condição elementar para o pleno e irrestrito exercício da dignidade humana, conquanto esta não se limite àquela, porquanto a dignidade não se resume a questões existenciais de natureza essencialmente biológica ou física, todavia carece a proteção da existência humana de forma mais ampla. Desta maneira, é imprescindível que subsista a conjugação dos direitos sociais e dos direitos ambientais para identificação dos patamares necessários de tutela da dignidade humana, a fim de promover o reconhecimento de um direito-garantia do mínimo existencial socioambiental, *“precisamente pelo fato de tal direito abarcar o desenvolvimento de todo o potencial da vida humana até a sua própria sobrevivência como espécie, no sentido de uma proteção do homem contra a sua própria ação predatória”* [24].

A exemplo do que ocorre com o conteúdo do superprincípio da dignidade humana, o qual não encontra pontos limítrofes ao direito à vida, em uma acepção restritiva, o conceito de mínimo existencial não pode ser limitado ao direito à simples sobrevivência na sua dimensão estritamente natural ou biológica, ao reverso, exige concepção mais ampla, eis que almeja justamente a realização da vida em patamares dignos, considerando, nesse viés, a incorporação da qualidade ambiental como novo conteúdo alcançado por seu âmbito de proteção. Arrimado em tais corolários, o conteúdo do mínimo existencial não pode ser confundido com o denominado “mínimo vital” ou mesmo com o “mínimo de sobrevivência”, na proporção em que este último tem seu sentido atrelado à garantia da vida humana, sem necessariamente compreender as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida dotada de certa qualidade.

O conteúdo normativo ventilado pelo direito ao mínimo existencial deve receber modulação à luz das circunstâncias históricas e culturais concretas da comunidade estatal, inclusive numa perspectiva evolutiva e cumulativa. Destarte, é natural que novos elementos, decorrentes das relações sociais contemporâneas e das novas necessidades existenciais apresentadas, sejam, de maneira paulatina, incorporados ao seu conteúdo, eis que o escopo primordial está assentado em salvaguardar a dignidade da pessoa humana, sendo indispensável o equilíbrio e a segurança ambiental. Nesta esteira, com o escopo de promover a conformação do conteúdo do superprincípio da dignidade da pessoa humana, é imperioso o alargamento do rol dos direitos fundamentais, os quais guardam ressonância com a concepção histórica dos direitos humanos, porquanto a tendência é sempre a ampliação do universo dos direitos fundamentais, de maneira a garantir um nível cada vez maior de tutela e promoção da pessoa, tanto em uma órbita individual como em aspectos coletivos.

Ademais, o processo histórico-constitucional de afirmação de direitos fundamentais e da proteção da pessoa viabilizou a inserção da proteção ambiental no rol dos direitos fundamentais, de maneira que o conteúdo do mínimo existencial, até então restrito à dimensão social, deve necessariamente compreender também um mínimo de qualidade

ambiental, no sentido de encampar o mínimo existencial ecológico, que assume verdadeira feição socioambiental. Ao se adotar os paradigmas ventilados pelo artigo 225 da Constituição Federal[25], é verificável que a promoção da sadia qualidade de vida só é possível, enquanto desdobramento da vida e saúde humanas, dentro dos padrões mínimos estabelecidos constitucionalmente para o desenvolvimento pleno da personalidade humana, num ambiente natural com qualidade ambiental.

O ambiente está presente nas questões mais vitais e elementares para o desenvolvimento das potencialidades humanas, além de ser imprescindível à sobrevivência do ser humano como espécie natural. Desta feita, com o intento que se contribuir para a construção de uma fundamentação do mínimo existencial ecológico e, em uma perspectiva mais ampla, socioambiental, é adotado, portanto, uma compreensão alargada do conceito de mínimo existencial, com o escopo de alcançar a ideia de uma vida com qualidade ambiental. *“A dignidade da pessoa humana, por sua vez, somente estará assegurada – em termos de condições básicas a serem garantidas pelo Estado e pela sociedade – onde a todos e a qualquer um estiver assegurada nem mais nem menos do que uma vida saudável”*[26], o que, com efeito, passa, por imperioso, pela qualidade, equilíbrio e segurança do ambiente em que a vida humana se encontra sediada.

5 Comentários ao Princípio da Licitação Sustentável: O Reconhecimento dos influxos do Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado no procedimento licitatório

Ao voltar um olhar para a questão discutida no presente, cuida apontar, inicialmente, que o princípio da sustentabilidade da licitação ou da licitação sustentável está atrelado ao ideário de que é possível, por meio do procedimento licitatório, fomentar a preservação do meio ambiente. Nesta linha, o marco legislativo rememora à Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981[27], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, que afixou a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio econômico-social, difusão de tecnologias nacionais orientadas

para o uso racional de recursos ambientais. Em igual modo, é possível identificar, ainda, a difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, divulgação de dados e informações ambientais e formação de uma consciência pública acerca da necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico, preservação e restauração dos recursos ambientais com o escopo de assegurar a utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida e ao alcance da dignidade da pessoa humana.

De outro norte, o Texto Constitucional, de maneira expressa, incluiu a defesa do meio ambiente entre os objetivos da ordem econômica, tal como estabeleceu que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia 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. Quadra ponderar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 menciona que para assegurar o direito em comento é carecido exigir, na forma da lei, para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, ao qual se dará a imprescindível publicidade. Em mesma toada, incumbe ao Poder Público, com o escopo de promover a concreção do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

Mister faz-se frisar que o inciso VI do artigo 170 da Constituição Federal, ao incluir como princípio da ordem econômica, a defesa do meio ambiente, inclusive por meio de tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e dos serviços e dos seus processos de elaboração e prestação, assentou a pedra de toque sobre a qual se edificaram as licitações sustentáveis ou licitações verdes. Infere-se, nesta nova ótica, a combinação entre os objetivos tradicionais visado pelo procedimento licitatório, consistente na busca pela melhor proposta para a Administração e garantir isonomia aos licitantes, com o cânone do desenvolvimento sustentável, que ambiciona preservar o meio harmonia,

em consonância com fatores sociais e econômicos. Trata-se de corolário cunhado pelo ideário de solidariedade e fraternidade, o qual impregna o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrando, passando a dispensar uma visão contemporânea do procedimento licitatório, em prol do alinhamento da busca pela preservação do meio ambiente e a promoção do desenvolvimento.

6 Comentários Finais: Desenvolvimento Sustentável e Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado como corolários da Licitação Sustentável

Contemporaneamente, há que se reconhecer o relevo assumido pelos debates envolvendo a necessidade de proteção do meio ambiente, sobretudo com o escopo, no território nacional, de imprimir substância ao princípio constitucional do meio ambiente ecologicamente equilibrado, expressamente entalhado no artigo 225 da Carta de 1988. Logo, fez-se urgente a estruturação de decisões das autoridades governamentais com o escopo de obstar a degradação do ambiente. Além disso, a busca pela sustentabilidade não abarca apenas uma preocupação ambiental em seu sentido mais estrito, compreendendo, também, diversas outras acepções sociais e econômicas. O desenvolvimento sustentável partilha a ideia de uma sociedade mais justa com a redistribuição de recursos como incentivo ao crescimento econômico. Denota-se, nesta linha de exposição, que a integração entre o meio ambiente e o desenvolvimento deve ocorrer em todos os níveis de tomada de decisão, sendo que o Estado desempenha papel fundamental, pois se revela detentor de fortes instrumentos de fomento do mercado na produção e consumo de bens mais sustentáveis como a implementação de políticas e o uso consciente de seu poder de compra.

Ora, a Administração Pública deve orientar suas atividades pelos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Assim, ao realizar os processos licitatórios obedecerá a estes e, ainda, aos princípios específicos arrolados na lei de licitações, quais sejam da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo. Além de observar o princípio constitucional da

isonomia e garantir a seleção da proposta mais vantajosa. Para a materialização da licitação sustentável, a busca pela proposta mais vantajosa deve ser entendida e analisada em um contexto mais amplo, realçando que a escolha deve considerar o interesse público em todas suas acepções. O critério apenas econômico, assentado no menor preço, poderia levar o próprio Estado a não analisar os critérios ambientais e sociais, inobservando, pois, os ditames estabelecidos.

A proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito fundamental, conforme artigos 225 e 170 da Constituição e deve, portanto, ser garantido por todo o ordenamento jurídico. A Política Nacional do Meio Ambiente, também, promove o desenvolvimento sustentável como dever do Estado, e não mera faculdade. A interpretação sistemática do ordenamento permite constatar a necessidade do Estado em adotar a licitação de modo sustentável o que, inclusive, torna o processo mais eficiente. Produtos e serviços sustentáveis minimizam os custos estatais com seus ciclos de vida, em razão da menor impacto de externalidades negativas. Consequentemente, promove uma eficiente gestão dos recursos públicos vez que se considera todas as possibilidades de dispêndios, atendendo aos preceitos da Administração Pública e, em especial, à legislação ambiental. A exigência desses critérios como pressuposto de validade no processo licitatório permite que o interesse público atenda concomitantemente à economicidade e outros interesses igualmente legítimos como a proteção ambiental. Sendo assim, não caberá juízo de conveniência e oportunidade a adoção desses critérios.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 23 jul. 2016.

_____. **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. Disponível em: . Acesso em 23 jul. 2016.

_____. **Lei N° 8.987, de 13 de Janeiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso 23 jul. 2016.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: . Acesso em 23 jul. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: . Acesso em 23 jul. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 23 ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2010.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SERESUELA, Nívea Carolina de Holanda. Princípios constitucionais da Administração Pública. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: . Acesso em 23 jul. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 24 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: . Acesso em 23 jul. 2016.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 23 jul. 2016.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 23 jul. 2016.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: . Acesso em 23 jul. 2016.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: . Acesso em 23 jul. 2016.

[5] VERDAN, 2009, s.p.

[6] GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 60.

[7] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2010, p. 62-63.

[8] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 20.

[9] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 23 jul. 2016.

[10] *Ibid.*

[11] SERESUELA, Nívea Carolina de Holanda. Princípios constitucionais da Administração Pública. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: . Acesso em 23 jul. 2016.

[12] Neste sentido: CARVALHO FILHO, 2010, p. 21.

[13] GASPARINI, 2012, p. 61.

[14] CARVALHO FILHO, 2011, p. 34.

[15] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 23 jul. 2016.

[16] *Ibid.*

[17] *Idem. Supremo Tribunal Federal*. Acórdão proferido em Agravo Regimental no Agravo de Instrumento N° 792.149/MG. Administrativo. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento. Contratação de serviço de transporte coletivo. Necessidade de licitação. Artigo 37 da Constituição. Precedentes. Agravo improvido. I - O acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência desta Corte no sentido de que a partir da vigência da Constituição de 1988, a licitação passou a ser indispensável à Administração Pública, consoante art. 37, da mesma Carta, por garantir a igualdade de condições e oportunidades para aqueles que pretendem contratar obras e serviços com a Administração. II – Agravo regimental improvido. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 19 out. 2010. Disponível em: . Acesso 23 jul. 2016.

[18] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 672.

[19] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Agravo Regimental no Recurso Especial N° 607.126/RJ. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Administrativo. Transporte Coletivo Interestadual. Transformação de Serviços

Complementares em Linhas Definitivas: Necessidade de Licita o Prévia. Legisla o aplicável no momento da permissão: ausência de prequestionamento da matéria constitucional (súmulas n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal). Precedentes. Agravo Regimental ao qual se nega provimento.  rg o Julgador: Primeira Turma. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. Julgado em 02 dez. 2010. Disponível em: . Acesso 23 jul. 2016.

[20] Neste sentido: *Ibid.* Acórdão proferido em A o Direta de Inconstitucionalidade N  2.716/RO. A o direta de inconstitucionalidade. Artigos 16 e 19 da LEI N. 260, do Estado de Rondônia. Serviço público. Transporte coletivo de passageiros. Possibilidade de conversão automática de linhas municipais de transporte coletivo em permissão intermunicipal. Discrimina o arbitrária entre licitantes. Licita o. Isonomia, princípio da igualdade. Afronta ao disposto nos artigos 5 , caput, 175 e 37, inciso XXI, da Constitui o do Brasil. [...] 3. A licita o   um procedimento que visa   satisfa o do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar   Administra o a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso --- o melhor negócio --- e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condi es,   contrata o pretendida pela Administra o. Imposi o do interesse público, seu pressuposto   a competi o. Procedimento que visa   satisfa o do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a fun o da licita o   a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econ micos capacitados, a satisfa o do interesse público. A competi o visada pela licita o, a instrumentar a sele o da proposta mais vantajosa para a Administra o, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contrata es da Administra o. [...] 8. A o direta julgada procedente para declarar inconstitucionais os artigos 16 e 19, e seu parágrafo, da Lei n. 260/90 do Estado de Rondônia.  rg o Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 29 nov. 2007. Publicado no DJe em 07 mar. 2008, p. 226. Disponível em: . Acesso 23 jul. 2016.

[21] Neste sentido: *Ibid.* Acórdão proferido em Recurso Extraordinário N  423.560/MG. Direito constitucional e administrativo. Licita o e contrata o pela Administra o Pública Municipal. Lei Orgânica do Município de Brumadinho-MG. Veda o de contrata o com o Município de parentes do Prefeito, Vice-Prefeito, vereadores e ocupantes de cargos

em comissão. Constitucionalidade. Competência Suplementar dos Municípios. Recurso Extraordinário Provido. [...] Dentro da permissão constitucional para legislar sobre normas específicas em matéria de licitação, é de se louvar a iniciativa do Município de Brumadinho-MG de tratar, em sua Lei Orgânica, de tema dos mais relevantes em nossa pólis, que é a moralidade administrativa, princípio-guia de toda a atividade estatal, nos termos do art. 37, caput da Constituição Federal. A proibição de contratação com o Município dos parentes, afins ou consanguíneos, do prefeito, do vice-prefeito, dos vereadores e dos ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança, bem como dos servidores e empregados públicos municipais, até seis meses após o fim do exercício das respectivas funções, é norma que evidentemente homenageia os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, prevenindo eventuais lesões ao interesse público e ao patrimônio do Município, sem restringir a competição entre os licitantes. Inexistência de ofensa ao princípio da legalidade ou de invasão da competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação. Recurso extraordinário provido. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Julgado em 29 mai. 2012. Publicado no DJe em 19 jun. 2012, p. 678. Disponível em: . Acesso 23 jul. 2016.

[22] CARVALHO FILHO, 2011, p. 223

[23] BRASIL. **Lei Nº 8.987, de 13 de Janeiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso 23 jul. 2016.

[24] SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 116

[25] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 23 jul. 2016: “*Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia 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*”.

[26] SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 120.

[27] BRASIL. **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. Disponível em: . Acesso em 23 jul. 2016.



UNIVERSIDADE JOSÉ DO ROSÁRIO VELLANO – UNIFENAS
SIRLENE APARECIDA DE OLIVEIRA

**USO DE BANHEIRO, NAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO, DE ACORDO
COM A IDENTIDADE DE GÊNERO: DIREITO OU INVASÃO DE
PRIVACIDADE DE INDIVÍDUOS HETEROSSEXUAIS?**

Alfenas-MG

2016

SIRLENE APARECIDA DE OLIVEIRA

**USO DE BANHEIRO, NAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO, DE ACORDO
COM A IDENTIDADE DE GÊNERO: DIREITO OU INVASÃO DE
PRIVACIDADE DE INDIVÍDUOS HETEROSSEXUAIS?**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade José do Rosário Vellano –
UNIFENAS, como requisito parcial para obtenção
do título de bacharel.

Orientadora: Profa. Ma. Nivalda de Lima Silva

Alfenas – MG

2016

SIRLENE APARECIDA DE OLIVEIRA

**USO DE BANHEIRO, NAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO, DE ACORDO COM A
IDENTIDADE DE GÊNERO: DIREITO OU INVASÃO DE PRIVACIDADE DE
INDIVÍDUOS HETEROSSEXUAIS?**

Monografia apresentada como parte das exigências para conclusão do curso de
Direito, da Universidade José do Rosário Vellano.

Aprovada em: 07 de julho de 2016

Prof.(a) Orientador(a) Nivalda de Lima Silva

Universidade José do Rosário Vellano

Prof.(a) Silvana Aparecida de Souza

Universidade José do Rosário Vellano

Prof.(a) Gustavo Corgosinho Alves de Meira

Universidade José do Rosário Vellano

“Milagres acontecem quando a gente vai à luta...”

(O Teatro Mágico)

RESUMO

OLIVEIRA, Sirlene Aparecida de. **Uso de banheiro, nas instituições de ensino, de acordo com a identidade de gênero: direito ou invasão de privacidade de indivíduos heterossexuais?** Orientadora: Nivalda de Lima Silva: Universidade José do Rosário Vellano – UNIFENAS, 2016. Monografia (Graduação em Direito)

Desde muito tempo questões sobre gênero, identidade de gênero e orientação sexual são discutidas na sociedade brasileira, entretanto, na educação, a inclusão desses temas é recente. Com a finalidade de garantir aos indivíduos homossexuais um melhor acolhimento nas instituições de ensino foi criada a Resolução nº12 do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT). A partir de uma perspectiva de valorização da igualdade de gênero e de promoção de uma cultura de respeito e reconhecimento da diversidade sexual dentro da escola, tal resolução regulamenta alguns direitos importantes como o uso do nome social e de banheiros de acordo com a identidade de gênero. Em contrapartida, ampliou-se a necessidade de debate sobre tais questões objetivando a tolerância e o respeito às diferenças. Surgiram, assim, diversos questionamentos sobre até que ponto vai o direito à liberdade e a igualdade e se afrontam a liberdade dos indivíduos heterossexuais, no que tange ao uso dos banheiros. Contudo verificou-se que o apreço à dignidade da pessoa humana está acima de qualquer tipo de preconceito ou intolerância e os indivíduos devem utilizar o espaço escolar da maneira que se sintam melhor acolhidos. Para a realização do presente estudo, pela técnica da pesquisa bibliográfica documental, foi utilizado o método dedutivo, desenvolvido por meio de leitura, análise e registros em doutrinas, artigos publicados e decisões jurisprudenciais atuais, para melhor compreensão e análise do tema.

Palavras-chave: Resolução nº12/15 do CNCD, Gênero, Diversidade sexual, Escola, Tolerância, Respeito, Uso de Banheiros, Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

OLIVEIRA, Sirlene Aparecida de. **Use of bathroom, in educational institutions according to the gender identity: right or invasion of privacy of heterosexual individuals?** Advisor: Nivalda de Lima Silva: Universidade José do Rosário Vellano-UNIFENAS LAW SCHOOL, 2016. Monograph (law degree)

Since long questions about gender, gender identity and sexual orientation are discussed in Brazilian society, however, in education, the inclusion of these topics is recent. To guarantee individuals a better host homosexual in educational institutions was created the resolution n° 12 of the National Council for combating discrimination and promoting the rights of Lesbians, Gays, bisexuals, transvestites and transsexuals (CNCD/LGBT). From a perspective of gender equality and the promotion of a culture of respect and recognition of sexual diversity within the school, such a resolution regulates some important rights such as the use of the name and bathrooms according to gender identity. On the other hand, expanded the need for debate on such issues aiming at tolerance and respect for differences. Thus arose many questions about to what extent will the right to freedom and equality and if the freedom of heterosexual individuals engaging in the use of toilets. However it was found that the appreciation of the dignity of the human person is above any kind of preconceived notion or intolerance and individuals should use school space the way you feel better accommodated. For the present study, the technique of bibliographical research, used the deductive method, developed through reading, analysis and records in doctrine, published articles and legal decisions, for better understanding and analysis of the theme.

Keywords: Resolution n°12/15 CNCD, gender, sexual Diversity, School, tolerance, respect, use of Toilets, Dignity of the human person.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 LUTAS E CONQUISTAS DOS MOVIMENTOS HOMOSSEXUAIS:.....	14
2.1 Contexto histórico atual no Brasil.....	18
2.2 Programa “Brasil sem Homofobia”.....	20
2.3 Gênero e diversidade na escola.....	22
2.4 Conceitos importantes.....	24
3 RESOLUÇÃO N°12, DE 16 DE JANEIRO DE 2015:.....	27
3.1 Do Conselho Nacional de Combate a Discriminação e Promoções dos direitos de Lésbicas, Gays, Travestis e Transexuais (LGBT).....	27
3.2 Criação.....	29
3.3 Principais direitos regulamentados.....	31
3.3.1 Uso do Nome Social.....	31
3.3.2 Uso de banheiros de acordo com a identidade de gênero.....	36
3.3.3 Uso de vestimentas de acordo com a identidade de gênero.....	38
3.3.4 Direitos estendidos a adolescentes.....	38
3.3.5 Outras possibilidades de aplicação.....	39
4 O USO DE BANHEIRO DE ACORDO COM A IDENTIDADE DE GÊNERO É UM DIREITO, E DEVE SER ASSEGURADO? OU É UMA AFRONTA À PRIVACIDADE DAS PESSOAS HETEROSSEXUAIS?.....	41
4.1Princípio da dignidade da pessoa humana.....	42
4.2Direito à privacidade e à intimidade.....	43
4.3Direito a liberdade e à igualdade.....	47
4.4Da não viabilidade de um terceiro banheiro.....	49
4.5Da Força Normativa da resolução n°12/15 nas instituições de ensino.....	57
5 CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS.....	65
ANEXOS.....	69

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo visa ao conhecimento e à interpretação de determinada resolução elaborada por um órgão da Secretaria de Direitos Humanos, o Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoções dos Direitos LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e travestis), em especial, a análise do seu art.6º, que regulamenta o uso de banheiro de acordo com a identidade de gênero nas instituições de ensino, mais especificamente no que tange à possibilidade do uso de banheiro, de acordo com a identidade de gênero, nas instituições de ensino.

A Resolução nº12, de 16 de janeiro de 2015, regulamenta alguns direitos direcionados à comunidade homossexual (LGBT), visando possibilitar/garantir o direito à igualdade e à liberdade de ação/locomoção dentro das instituições de ensino, de acordo com a identidade de gênero de cada indivíduo.

O tema escolhido é polêmico e atual, eis que tal documento foi elaborado no início do ano de 2015 e trava a discussão sobre assuntos referentes ao homossexualismo, “identidade” ainda não aceita por parte grande da sociedade.

Segundo a Resolução nº12, do CNCD/LGBT, as instituições de ensino devem garantir, em todos os níveis e modalidades, o reconhecimento e adoção do nome social àqueles e àquelas cuja identificação civil não reflita adequadamente sua identidade de gênero, mediante solicitação do próprio interessado (art.1º da Resolução nº.12/15). Deste modo, a Resolução mencionada garante aos indivíduos “LGBT” o direito ao uso do nome social, desde que requeiram, devendo ser tratados por todos os integrantes da instituição de ensino, alunos e funcionários, oralmente, pelo nome que escolherem.

A expressão “Nome Social” significa o nome que o indivíduo se intitula de acordo com sua identidade de gênero, e será analisada mais adiante em referência ao nome civil.

Entre outros direitos, o art.6º desta Resolução dispõe sobre a garantia do uso dos banheiros existentes nas instituições de ensino, de acordo com a identidade de gênero de cada sujeito, ou seja, os indivíduos que se sentirem pertencentes ao sexo oposto podem utilizar o banheiro conforme preferir, sendo que este é o assunto principal a ser abordado no presente estudo, uma vez que é o mais polêmico e o menos aceito pela sociedade em geral.

Tendo em vista as lutas constantes do Movimento LGBT no Brasil, a resolução em comento é um marco muito importante porque, como os temas referentes aos direitos ali regulamentados são polêmicos, abriu-se tal resolução portas para a discussão e reflexão pela comunidade escolar e pela sociedade.

A regulamentação tem como objetivo a inclusão e garantia do direito à igualdade prevista na Constituição Federal, além disso, busca o apreço à tolerância e o combate à homofobia.

Nessa esteira, a luta pelos direitos humanos, qual tem sido travada, torna cada vez mais evidente a luta contra a dominação dos indivíduos heteronormativos, que são aqueles que consideram que a homossexualidade é algo anormal, fora do padrão.

Para derrubar os pré-conceitos, tais lutas ganham força e estão, aos poucos, surtindo resultados, pois a concretização e efetivação dos direitos dependem da luta da sociedade como um todo, mas isto só será concretizado se for normatizado.

Conforme será analisado, os indivíduos homossexuais passaram muito tempo ocultando suas verdadeiras convicções por medo de uma sociedade repleta de verdades absolutas, que considerava o homossexualismo uma doença, e não aceitavam esse comportamento, por fugir dos padrões considerados “normais”.

Por outro lado, quando o assunto é identidade de gênero e orientação sexual as crescentes revoluções e buscas por direitos que se processam afetam, sobretudo, a dimensão cultural, uma vez que pessoas que, por crenças religiosas, cultura conservadora, entre outros motivos sociais ou psicológicos, enfrentam tais evoluções e conquistas de direitos homossexuais como se tivessem em meio a uma guerra. Entretanto, essa guerra se dá no interior do indivíduo, que será, neste trabalho, considerado heteronormativo, que é aquele que se nega às mudanças ou se nega a reconhecer a realidade. A seu ver, a realidade encontra-se fora dos padrões considerados naturais, principalmente no que se refere à homossexualidade.

É certo que tantos conceitos e valores das mais diversas culturas e contextos sociais têm como consequência um cenário de lutas de caráter ideológico, principalmente quando se referem aos modelos de comportamento referentes às atitudes sexuais.

Considerando tais questões, o objetivo geral do presente estudo é a interpretação da Resolução nº12, de 16 de janeiro de 2015, do CNCD/LGBT, no

contexto em que foi editada, em relação ao uso de banheiros de acordo com a identidade de gênero, procurando responder a um importante questionamento que divide a sociedade brasileira: O uso de banheiro de acordo com a identidade de gênero é um direito, e deve ser assegurado? Ou é uma afronta à privacidade das pessoas heterossexuais?

Para isso, faz-se necessária a análise de artigos, doutrinas, decisões jurisprudenciais, relacionando-os aos princípios constitucionais. Considerando que tal indagação expõe que a identidade subjetiva passa a ter caráter objetivo, e influirá no comportamento/sentimento de outras pessoas, para respondê-la, torna-se necessário estudo, diálogo e compreensão do contexto atual em que a Resolução foi criada.

Lado outro, como objetivos específicos, tem-se a necessidade de identificar os elementos que levaram à constituição da Resolução a ser estudada; bem como verificar os principais direitos garantidos pelo documento; conceituar nome civil e nome social e conhecer a força normativa da Resolução frente às instituições de ensino, buscando verificar se estas têm a faculdade de aderir ou não àquela.

Para a realização da presente pesquisa foi utilizado o método dedutivo, desenvolvido por meio de leitura, análise e registros em doutrinas, artigos publicados e decisões jurisprudenciais atuais, para melhor compreensão e análise do tema.

Pela técnica da pesquisa bibliográfico-documental, foi possível a interpretação da Resolução nº 12 do Conselho Nacional de Combate a Discriminação, por meio de avaliação de jurisprudências, doutrinas e artigos, com o auxílio de teorias e opiniões de estudiosos e juristas sobre o assunto, o que proporcionou a riqueza deste trabalho.

No desenvolver do presente estudo buscou-se responder aos questionamentos já mencionados e outros que surgiram.

O primeiro capítulo disporá de um breve histórico sobre as lutas e conquistas dos movimentos homossexuais relacionando tais lutas com o contexto histórico atual, bem como com a criação de programas de combate à discriminação dos indivíduos homossexuais, como, por exemplo, o “Programa Brasil sem Homofobia”. Além disso, serão analisados os termos gênero e diversidade no âmbito do contexto escolar e, por fim, alguns conceitos importantes serão apontados com a finalidade de melhor entendimento do conteúdo.

No segundo capítulo será abordado o conteúdo da Resolução nº12, de 16 de janeiro de 2015, criada pelo Conselho Nacional de Combate à Discriminação dos indivíduos homossexuais (LGBT). O capítulo reportará aos principais direitos regulamentados como, por exemplo, o uso do nome social, de vestimentas e banheiros de acordo com a identidade de gênero e a extensão desses direitos aos adolescentes, enquanto frequentadores das instituições de ensino.

Já no terceiro capítulo serão abordados os temas mais polêmicos, centrando-se no problema de pesquisa: o uso de banheiro de acordo com a identidade de gênero é um direito e deve ser assegurado? Ou é uma afronta à privacidade das pessoas heterossexuais? Contudo tal questionamento levará a outro: é viável a construção de um terceiro banheiro? E, para finalizar, será verificada a força normativa da citada Resolução nas instituições de ensino.

Para melhores esclarecimentos o problema de pesquisa será analisado sob a luz do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como relacionando os direitos à liberdade e à igualdade de todos, sem distinção, conforme texto constitucional.

2 LUTAS E CONQUISTAS DOS MOVIMENTOS HOMOSSEXUAIS: UM BREVE HISTÓRICO

Conforme será visto, as lutas constantes dos homossexuais atravessaram séculos para a firmação de alguns direitos, e isso acontece, ainda, nos dias atuais, embora já tenham conquistado inúmeros deles para a tão sonhada igualdade.

Este capítulo exporá um breve histórico das lutas e conquistas pelos direitos inerentes à pessoa humana, em que a comunidade homossexual enfrentou diversas crises e preconceitos na busca por melhores condições de vida, de convivência em sociedade e de autoafirmação.

Segundo Lima (2012), no fim do século 19, as teorias científicas, que classificaram a homossexualidade como doença, começaram a despontar na Europa.

Somente um século depois, a Organização Mundial da Saúde retirou-a do Manual de Diagnóstico e Estatística dos Distúrbios Mentais, que a classificava como desvio ou perversão - assim, aboliu o termo "homossexualismo", já que "ismo", em saúde, é um sufixo que caracteriza condição patológica. A ação, tardia, foi resultado de uma dura e dolorosa briga pelos direitos dos homossexuais. De hábito cultural na Antiguidade, a condição homossexual virou pecado na Idade Média, crime na Moderna e patologia (com direito a tratamentos que incluíam choques elétricos e lobotomia) até pouco tempo atrás. No começo do século 19, o homossexual era tratado ao mesmo tempo como um anormal e um pervertido. "A medicina, desde o fim do século 18, tomou emprestada a concepção clerical da homossexualidade e esta se tornou uma doença, ou melhor, uma enfermidade que um exame clínico podia diagnosticar", afirma o historiador medievalista Philippe Ariès. (LIMA, 2012)

No mesmo sentido, ressalta Fachinni:

A categoria "homossexual" é bastante recente mesmo nas chamadas sociedades ocidentais. De acordo com o filósofo Michel Foucault¹, a adoção do termo, para designar pessoas que mantinham relações sexuais com outras do mesmo sexo, fez parte de um movimento geral no sentido de criar categorias e espécies ligadas a comportamentos sexuais, especialmente impulsionados pelas práticas legais e pela categorização médica e psicológica no século XIX. Segundo a literatura, a própria criação da categoria "homossexual" e sua associação à ideia de patologia estariam ligadas a uma estratégia política de dissociar a prática sexual entre pessoas do mesmo sexo da ideia de crime ou fragilidade moral (FACHINNI, 2016).

Nota-se que a homossexualidade era vista pela sociedade como uma doença.

Contudo, com o decorrer dos anos e com surgimento de movimentos homossexuais, a caracterização de homossexualismo como uma patologia foi assim deixando de ser associada, sendo melhor entendido o homossexualismo como um comportamento, embora um tenro espaço de tempo esteja entre a ideia daquele em relação a esta última.

No Brasil, os movimentos em busca de autoafirmação pelos indivíduos homossexuais foram marcados por violência e intolerância. Os termos gênero e sexualidade começaram a ser utilizados pelos grupos que defendiam a diversidade.

Primeiramente, os movimentos em prol da igualdade e respeito à diversidade sexual foram criados com adesão de homossexuais masculinos. Após, as mulheres se encorajaram e adentraram ao movimento, e após os travestis, transexuais e simpatizantes.

Nesse sentido, comenta Fachinni:

Pode-se perceber que há no sujeito político desse movimento uma diversidade de questões envolvidas, predominantemente relacionadas a gênero e a sexualidade. O movimento brasileiro nasce no final dos anos 1970, predominantemente formado por homens homossexuais. Mas logo nos primeiros anos de atividade, as lésbicas começam a se afirmar como sujeito político relativamente autônomo; e nos anos 1990, travestis e depois transexuais passam a participar de modo mais orgânico. No início dos anos 2000, são os e as bissexuais que começam a se fazer visíveis e a cobrar o reconhecimento do movimento (FACHINNI, 2016).

Embora não seja objeto do presente estudo o surgimento de movimentos homossexuais em outros países, é importante destacar um grande marco internacional desse movimento, que originou “O Dia do Orgulho Gay”, qual seja, o dia 28 de junho de 1969, data comemorativa aderida por diversos países.

Neste sentido, menciona Fachinni:

O grande marco internacional do movimento homossexual nesse período, que perdura até hoje, foi a revolta de *Stonewall*, um bar de frequência homossexual em Nova York. Constantemente abordados pela polícia, os frequentadores do bar partiram para o confronto aberto com os policiais em 28 de junho de 1969, data que se internacionalizou como o "Dia do Orgulho Gay". (FACHINNI, 2016).

Outro importante fato que deu visibilidade à comunidade homossexual foi a descoberta da AIDS e das campanhas de tratamento contra a doença, que na época foi associada à homossexualidade, não só no Brasil, mas em todo o mundo.

O surgimento da Aids, a forma como foi divulgada e as políticas públicas de enfrentamento à epidemia que foram sendo construídas propiciaram grande visibilidade à homossexualidade e ao modelo moderno de classificação da sexualidade. Passados os anos de pânico da epidemia, começa a se delinear também um vigoroso mercado voltado ao público homossexual. Pelo menos desde a década de 1960, o circuito de casas noturnas de frequência homossexual é entendido como um espaço de resistência e afirmação de uma identidade que não poderia mostrar-se com toda a vitalidade fora dos perímetros que haviam se constituído como lugares de proteção em relação ao preconceito (FACHINNI, 2016).

Fachinni ainda complementa:

O preconceito contra pessoas com orientação sexual diferenciada vem sendo fortemente combatido pelo Movimento LGBT. Consideradas, no passado, um pecado pela religião (e por muitos até hoje), uma doença pela medicina, um desvio de conduta pela psicologia, as práticas homoeróticas, nas últimas décadas, têm contribuído para a superação do estigma que as reprova e persegue. Embora se trate de um grupo social ainda fortemente estigmatizado, é inegável que a atuação dos movimentos sociais tem provocado mudanças no imaginário e agregado conhecimentos sobre a homossexualidade, de maneira a tirá-la da “clandestinidade”. Há pouco mais de uma década, era impensável a “Parada do Orgulho Gay”, atualmente denominada Parada LGBT, por exemplo, que ocorre em boa parte das grandes cidades brasileiras. Cada vez mais vemos homossexuais ocupando a cena pública de diferentes formas. A atual luta pela parceria civil constitui uma das muitas bandeiras dos movimentos homossexuais com apoio de vários outros movimentos sociais (FACHINNI, 2016).

Nesse ínterim, verifica-se que a homossexualidade, associada a AIDS ou vista como pecado ou doença, foi fortemente combatida por grupos intolerantes. Entretanto, com a emergência dos movimentos LGBTs, iniciou-se uma grande batalha na busca de autoafirmação e por conquistas de direitos, o que perdura até hoje.

A partir de então as questões relacionadas a gênero e diversidade sexual ganharam espaço nos conflitos e nas reflexões pela sociedade, o que foi necessário para a normatização de direitos e repulsa às atitudes determinadas como homofóbicas.

No ano de 2006, a Comissão Internacional de Juristas e o Serviço Internacional de Direitos Humanos, em nome de uma coalizão de organizações de direitos humanos, realizaram um projeto com o objetivo de desenvolver um conjunto de princípios jurídicos internacionais sobre a aplicação da legislação internacional às violações de direitos humanos com base na orientação sexual e identidade de gênero. Um grupo de especialistas em direitos humanos elaborou um documento

preliminar, desenvolveu, discutiu e refinou alguns princípios. Em reunião, realizada na Universidade Gadjah Mada, em Yogyakarta, Indonésia, entre 6 e 9 de novembro de 2006, 29 especialistas de 25 países, com experiências diversas e conhecimento relevante das questões da legislação sobre direitos humanos, adotaram por unanimidade os Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007).

O documento acima mencionado estabelece normas sobre direitos humanos a serem aplicados nos Estados:

Os Princípios de Yogyakarta tratam de um amplo espectro de normas de direitos humanos e de sua aplicação a questões de orientação sexual e identidade de gênero. Os Princípios afirmam a obrigação primária dos Estados de implementarem os direitos humanos. Cada princípio é acompanhado de detalhadas recomendações aos Estados. No entanto, os especialistas também enfatizam que muitos outros atores têm responsabilidades na promoção e proteção dos direitos humanos. São feitas recomendações adicionais a esses outros atores, que incluem o sistema de direitos humanos das Nações Unidas, instituições nacionais de direitos humanos, mídia, organizações não-governamentais e financiadores. PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA 8 Os e as especialistas concordam que os Princípios de Yogyakarta refletem o estado atual da legislação internacional de direitos humanos relativa às questões de orientação sexual e identidade de gênero. Também reconhecem que os Estados podem ter obrigações adicionais, à medida que a legislação de direitos humanos continue a se desenvolver. Os Princípios de Yogyakarta afirmam normas jurídicas internacionais vinculantes, que devem ser cumpridas por todos os Estados. Os Princípios prometem um futuro diferente, onde todas as pessoas, nascidas livres e iguais em dignidade e prerrogativas, possam usufruir de seus direitos, que são natos e preciosos (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007, p.7).

Em que pesem os Princípios de Yogyakarta ainda não terem sido adicionados a um tratado formal, é um documento elaborado por uma reunião de especialistas em direitos humanos de diversos países. Imperioso se faz destacar que, acerca da evolução dos direitos humanos, tem-se que estes decorrem de atos dos indivíduos, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico em que vive tal sociedade. Assim, as recomendações contidas no documento tornam-se referências para a elaboração de futuras leis.

2.1 Contexto histórico atual no Brasil

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais garantidos à pessoa humana, bem como a instituição do Estado Democrático de Direito fizeram com que a diversidade sexual fosse amplamente discutida. Do mesmo modo, movimentos sociais passaram a dialogar com a política aproximando a legislação à realidade social.

Destaca-se a partir da década de 1990, uma efervescência do movimento LGBT, isto é, apresentando-se ao cenário de um Estado democrático. Esses movimentos passam a expandir-se em todo Brasil e surge um movimento heterogêneo cuja sua diversidade está pautada na pluralidade intrínseca LGBT. Surgem Associações baseados na própria diversidade homoafetiva, fragilizando a bandeira de luta de suas origens. Atualmente, os movimentos LGBT's passam a ter uma representatividade parlamentar, agendas junto ao Governo e diálogo entre lideranças políticas que se aproximam com ideologias político-partidárias. Todavia, esta forma de "diálogo" entre Estado e movimentos sociais acaba por influenciar em uma nova roupagem e associativismo, cuja neutralidade da época de origem passa a ser corrompida, entretanto, essas iniciativas de aproximação entre os atores sociais, ganha visibilidades, conquistas e projetos de combate a homofobia, isto é, um olhar de sujeitos de direitos (ROZARIO, 2011, p.4).

Ocorre, portanto, uma explosão dos movimentos em favor de igualdade de direitos e por respeito às diversidades.

Os direitos conquistados atualmente, cada vez mais, são direitos conscientes da condição humana e resultados de muitas lutas na busca de uma sociedade mais igualitária. Tais lutas fazem com que, cada vez mais, haja resultados positivos em relação à conquista e afirmação dos direitos e pela preservação dos direitos humanos.

Ademais, deve se ressaltar o protagonismo LGBT, que estão nas ruas, passeatas, paradas gays e campanhas educativas, isto é, a busca insaciável por uma sociedade mais justa que apesar de todo contexto traz um histórico de lutas e conquistas apresentam-se com nova roupagem, com intuito de construção de parcerias nacionais e internacionais. Conquistas que perpassam pelo universo jurídico até o ceio familiar, sabemos que o trajeto é grande e os desafios maiores ainda (ROZÁRIO, 2011, p.6).

Contudo, ainda hoje, questões de gênero, religião, raça/etnia ou orientação sexual e sua combinação direcionam práticas preconceituosas e discriminatórias da sociedade contemporânea.

Se o estereótipo e o preconceito estão no campo das ideias, a discriminação está no campo da ação, ou seja, é uma atitude. É a atitude de discriminar, de negar oportunidades, de negar acesso, de negar humanidade. Nessa perspectiva, a omissão e a invisibilidade também são consideradas atitudes, também se constituem em discriminação (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2009).

Nas escolas, muito se tem discutido a respeito da diversidade sexual, tendo o Governo Federal, para esse fim (discussão/reflexão), confeccionado cartilhas e ministrado cursos referentes ao tema, como por exemplo a cartilha denominada “Gênero e Diversidade Sexual na Escola: reconhecer diferenças e superar preconceitos”, elaborada no ano de 2007 e divulgada pelo Ministério da Educação, assim como outras.

Houve, antes disso, a elaboração dos Cadernos PCNs – Parâmetros Curriculares Nacionais, para o Ensino Fundamental, publicados pelo MEC em 1998, e que são, ainda hoje, referência de tratamento das temáticas relativas a gênero nas escolas, sendo que um especificamente aborda o tema “Pluralidade Cultural e Orientação Sexual”.

Verifica-se, portanto, que o tema diversidade e gênero vêm sendo discutido nas escolas há alguns anos, observando-se que os objetivos visados serão frutos de uma incessante construção por parte do Estado e da sociedade. A implantação de tais temas nas escolas visa transformar as rotinas institucionais problematizando os fatos reprodutores de desigualdades e opressão (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2007).

Neste contexto, em relação às inúmeras transformações sociais, surgiu a necessidade de programas educativos e a regulamentação, através de normas, visando à garantia dos direitos à população LGBT.

Atualmente, são diversos os fatores que demandam da sociedade brasileira a constituição de uma agenda social, política e educacional que, além de não mais negligenciar questões relativas a gênero, identidade de gênero e orientação sexual, ao mesmo tempo, as situe entre suas prioridades e as contemple a partir das perspectivas da inclusão social e da cultura dos direitos humanos. São eles, por exemplo: as profundas transformações sociais, culturais, políticas por que vem passando o mundo; a realização de estudos e pesquisas que fornecem quadros nítidos acerca da desigualdade nas relações de gênero e das situações vividas por homossexuais e transgêneros; a crescente percepção de que gênero e sexualidade se entrelaçam e envolvem praticamente todos os campos da vida; o aprofundamento da compreensão do papel da sexualidade na construção do conhecimento; a ampliação, o fortalecimento e a crescente visibilidade

dos movimentos feminista, de mulheres e de LGBT (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2007, p.15).

Em virtude disso, a criação de programas de combate à discriminação tem surtido resultados satisfatórios na busca pela igualdade social. Um dos mais relevantes é o “Programa Brasil sem Homofobia”, implantado em todo o território nacional, visando à superação das discriminações, preconceitos e violência contra a sociedade homossexual, com a elaboração de políticas públicas específicas e articuladas para esse fim.

Lado outro, em relação a alguns direitos dos homossexuais conquistados atualmente no Brasil, além da possibilidade de adoção de crianças por casais homossexuais, tem-se a legalização do casamento gay. Cartórios de todo o Estado não podem recusar a celebração de casamentos civis de casais do mesmo sexo ou deixar de converter em casamento a união estável homoafetiva, como estabelece a Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013, aprovada durante a 169ª Sessão Plenária do Conselho Nacional de Justiça (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2013).

2.2 Programa “Brasil sem Homofobia”

Conforme já dito, o termo homofobia significa rejeição ou aversão ao homossexual e à homossexualidade.

O Programa Brasil Sem Homofobia é um programa criado pelo Governo Federal Brasileiro com o objetivo de combater a violência e a discriminação contra gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais, e visa à promoção da cidadania desses indivíduos.

Conforme cita Rozário, esse programa criava ações com o objetivo de articular os entes públicos e a sociedade no combate a homofobia:

O plano plurianual de 2004 a 2007, da Secretaria Especial em Direitos Humanos, através de vários programas, especificamente “O Brasil sem Homofobia”, criou programas de ação com objetivo de promover a cidadania, promoção e combate à discriminação aos LGBT’s, isto é, foi formado um conjunto de articulações ligado às secretarias de saúde, educação, segurança, justiça e cultura, todavia, seu fortalecimento atua junto as Instituições não-governamentais e os movimentos sociais.

Ademais, o Programa articula-se através de redes sociais ligadas às instancias estaduais e municipais que na sua maioria por si só já apresentam projetos, legislações e ações LGBT's. Contudo, houve uma intensa criação de núcleos e centro de referencia e combate a homofobia em quase toda territorialidade brasileira (ROZÁRIO, 2011, p.4).

Tal programa possui como princípios:

- A inclusão da perspectiva da não-discriminação por orientação sexual e de promoção dos direitos humanos de gays, lésbicas, transgêneros e bissexuais, nas políticas públicas e estratégias do Governo Federal, a serem implantadas (parcial ou integralmente) por seus diferentes Ministérios e Secretarias.
- A produção de conhecimento para subsidiar a elaboração, implantação e avaliação das políticas públicas voltadas para o combate à violência e à discriminação por orientação sexual, garantindo que o Governo Brasileiro inclua o recorte de orientação sexual e o segmento GLTB em pesquisas nacionais a serem realizadas por instâncias governamentais da administração pública direta e indireta.
- A reafirmação de que a defesa, a garantia e a promoção dos direitos humanos incluem o combate a todas as formas de discriminação e de violência e que, portanto, o combate à homofobia e a promoção dos direitos humanos de homossexuais é um compromisso do Estado e de toda a sociedade brasileira (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2004, p.11-12).

O objetivo do programa é a promoção da cidadania de gays, lésbicas, travestis, transgêneros e bissexuais, a partir da equiparação de direitos e do combate à violência e à discriminação homofóbicas, respeitando a individualidade de cada um desses grupos populacionais.

Para atingir tal objetivo, o programa é constituído de diferentes ações voltadas para:

- a) apoio a projetos de fortalecimento de instituições públicas e não-governamentais que atuam na promoção da cidadania homossexual e/ou no combate à homofobia;
- b) capacitação de profissionais e representantes do movimento homossexual que atuam na defesa de direitos humanos;
- c) disseminação de informações sobre direitos, de promoção da autoestima homossexual;
- d) incentivo à denúncia de violações dos direitos humanos do segmento GLTB (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2004, p.11-12).

O programa "Brasil sem Homofobia" é o marco mais importante na luta dos homossexuais pela autoafirmação na sociedade brasileira, uma vez que integrar a sociedade e a política constituiu papel fundamental para o desenvolvimento de políticas públicas voltadas à não-violência e à não-discriminação e resgatou a necessidade de tolerância por parte das pessoas.

Neste sentido:

Destacar os avanços políticos, conquistados pelos movimentos sociais parece-nos vislumbrar uma idealização rica e enaltecida, decerto a atuação e eficácia desses projetos são desafios tanto para o movimento como para os LGBT's, no qual em tempos distantes jamais se imaginariam outra forma de planejar e organizar políticas públicas e o que dizer no papel dos governos? Que recebem votos independentes de classe social, cor, grau de escolaridade ou orientação sexual e são regidos pela Constituição Federal de 1988, tem definido que todos são iguais perante as leis (ROZÁRIO, 2011, p.5).

Assim, pode-se observar que diante das constantes lutas travadas pela população LGBT o Estado e parcela da sociedade viram a necessidade da criação de programas que dessem mais efetividade às reflexões sobre homossexualidade.

Do mesmo modo, a enumeração de objetivos a serem alcançados com o programa traçou uma direção a seguir, o que, sem sombra de dúvidas, contribuiu, entre outros programas, para a elaboração da Resolução nº 12 do CNCD/LGBT, objeto de análise nos próximos capítulos.

2.3 Gênero e diversidade na escola

Para corroborar o contexto histórico e as alegações acima transcritas, no ano de 2009, o Governo Federal lançou a cartilha com o tema "Gênero e diversidade na escola", visando à formação dos professores em gênero, sexualidade, orientação sexual e relações étnico-raciais.

Segundo lições da cartilha, a necessidade de formação dos professores se faz presente para a lida com os problemas da sociedade, referente à identidade de gênero e comportamento que refletem no ambiente escolar.

O Brasil tem conquistado importantes resultados na ampliação do acesso e no exercício dos direitos, por parte de seus cidadãos. No entanto, há ainda imensos desafios a vencer, quer do ponto de vista objetivo, como a ampliação do acesso à educação básica e de nível médio, assim como do ponto de vista subjetivo, como o respeito e a valorização da diversidade. As discriminações de gênero, étnico-racial e por orientação sexual, como também a violência homofóbica, são produzidas e reproduzidas em todos os espaços da vida social brasileira. A escola, infelizmente, é um deles. Não bastarão leis, se não houver a transformação de mentalidades e práticas, daí o papel estruturante que adquirem as ações que promovam a discussão desses temas, motivem a reflexão individual e coletiva e contribuam para a

superação e eliminação de qualquer tratamento preconceituoso. Ações educacionais no campo da formação de profissionais, como o curso Gênero e Diversidade na Escola, são fundamentais para ampliar a compreensão e fortalecer a ação de combate à discriminação e ao preconceito. (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2009)

A cartilha também deixa clara a problemática em relação ao tema, uma vez que as reflexões sobre os diferentes valores sociais devem obedecer ao diálogo acima de tudo. Do mesmo modo, considerando que a escola visa formar pessoas com espírito crítico, há a necessidade de que as discussões sobre o tema “gênero” sejam amplamente refletidas, para a promoção da ética e do respeito aos direitos humanos.

No projeto Gênero e Diversidade na Escola busca-se, portanto, desenvolver uma postura crítica em relação aos processos de naturalização da diferença, embora reconheçamos que desigualdades sociais e políticas acabam sendo inscritas nos corpos: corpos de homens e mulheres, por exemplo, tornam-se diferentes por meio dos processos de socialização. Obviamente, a questão do estatuto dessas diferenças é um debate aberto e muito delicado, e a “verdade” sobre isso não deve ser encerrada em uma cartilha ou doutrina de qualquer ordem. Ao contrário, a escola precisa estar sempre preparada para apresentar não uma verdade absoluta, mas sim uma reflexão que possibilite aos alunos e às alunas compreenderem as implicações éticas e políticas de diferentes posições sobre o tema e construir sua própria opinião nesse debate. A ideia de que educação não é doutrinação talvez valha aqui mais do que em qualquer outro campo, pois estaremos lidando com valores sociais muito arraigados e fundamentais. (...)

Ao discutir tais questões com os/as professores/as brasileiros/as, busca-se contribuir, mesmo que modestamente, com a escola em sua missão de formadora de pessoas dotadas de espírito crítico e de instrumentos conceituais para se posicionarem com equilíbrio em um mundo de diferenças e de infinitas variações. Pessoas que possam refletir sobre o acesso de todos/as à cidadania e compreender que, dentro dos limites da ética e dos direitos humanos, as diferenças devem ser respeitadas e promovidas e não utilizadas como critérios de exclusão social e política. (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2009)

Portanto, verifica-se que a confecção da mencionada cartilha/curso teve por objetivo apresentar aos educadores da rede de ensino uma noção de respeito e valorização da diversidade, que conduza ao respeito aos direitos humanos. A escolha dos temas parte do entendimento de que os fenômenos se relacionam de maneira complexa, e que é necessária a formação de profissionais de educação preparados para lidar com esta complexidade e com novas formas de confronto. (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2009).

Por outro lado, tem-se que há muitas críticas em relação à educação sexual nas escolas. Se por um lado há pessoas, em especial pais de alunos, que não

toleram a apreciação do tema sexualidade a ser discutido com seus filhos, por outro, estudiosos e defensores da liberdade sexual afirmam que o melhor caminho é a inclusão do tema diversidade sexual na escola a fim de reflexão sobre a tolerância e respeito às diferenças.

Para Sampaio:

A escola produz diferenças. Separa os meninos e as meninas. Opera classificações, ordenações e hierarquizações através de inúmeros mecanismos: cognitivos, arquitetônicos, políticos, sexuais, relacionais, funcionais e etc. Por meio de símbolos e códigos, ela delimita o espaço de cada um (LOURO, 2010, p.57-8). E, além disso, produz identidades de gênero, classe, etnia e sexo. Enfim, corrobora para a manutenção de uma sociedade distinta. A pedagogia e o currículo escolares operam incansáveis distinções as quais direcionam e delimitam tanto os espaços de atuação, convivência e circularidade dos estudantes e das estudantes quanto o tipo, intensidade e duração das relações com os “outros” no interior da escola. Esses “outros” são autorizados ou interditados como alvo de relacionamento interpessoal através das mensagens emitidas pela escolarização (SAMPAIO, 2015, p.134).

Assim, há que se ressaltar a importância de amplas discussões e debates sobre o assunto, tendo em vista que com a edição da Resolução nº 12 do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCND/LGBT), muito se haverá de esclarecer, principalmente no que tange às especulações de pais e responsáveis pelos alunos, ou mesmo em relação a conceitos e pré-conceitos de professores e os próprios estudantes.

2.4 Conceitos importantes

Alguns conceitos devem ser explanados a fim de melhor entendimento sobre o tema e as diferentes visões sobre ele.

Para isso, necessário se faz destacar o significado das palavras/expressões utilizadas para o desenvolvimento do assunto, bem como para melhor definição e compreensão dos diversos termos utilizados para exemplificar os indivíduos homossexuais e simpatizantes.

Considera-se, conforme a cartilha “Gênero e Diversidade na Escola”, criada pelo Ministério da Educação do Governo Federal Brasileiro, no ano de 2009:

Bissexual: Que ou quem é concomitantemente homossexual e heterossexual.

Discriminar: ação de discriminar, tratar diferente, anular, tornar invisível, excluir, marginalizar.

Etnocentrismo: termo forjado pela Antropologia para descrever o sentimento genérico das pessoas que preferem o modo de vida do seu próprio grupo social ou cultural ao de outros. O termo, em princípio, não descreve, portanto, necessariamente, atitudes negativas com relação aos outros, mas uma visão de mundo para a qual o centro de todos os valores é o próprio grupo ao qual o indivíduo pertence. Como, porém, nesta perspectiva, todos os outros grupos ou atitudes individuais são avaliados a partir dos valores do seu próprio grupo, isso pode gerar posições ou ações de intolerância.

Gay: Pronuncia-se: /guêi/. Que se refere a homossexualidade: relacionamento gay. Refere-se aos que se sentem atraídos (sexualmente e/ou emocionalmente) por pessoas do mesmo sexo. Que pratica relações sexuais com pessoas do mesmo sexo. Que demonstra comportamentos, particularidades e/ou ações características de homossexual: evento gay. Aquele ou aquela cuja atração (afetiva e/ou emocional) é demonstrada e/ou direcionada a pessoas do mesmo sexo: ela é gay, logo, tem uma namorada. Designação comum de homossexual. :(Etm. do inglês gay)

Gênero: Conceito formulado nos anos 1970 com profunda influência do pensamento feminista. Ele foi criado para distinguir a dimensão biológica da dimensão social, baseando-se no raciocínio de que há machos e fêmeas na espécie humana, no entanto, a maneira de ser homem e de ser mulher é realizada pela cultura. Assim, gênero significa que homens e mulheres são produtos da realidade social e não decorrência da anatomia de seus corpos. Identidade de Gênero: Diz respeito à percepção subjetiva de ser masculino ou feminino, conforme os atributos, os comportamentos e os papéis convencionalmente estabelecidos para homens e mulheres.

Homofobia: Repulsão aos homossexuais. Ódio aos homossexuais, geralmente, demonstrado através de violência física e/ou verbal.

Lésbica: Mulher que sente atração afetiva e/ou sexual por outra mulher.

LGBT: A sigla LGBT possui muitas variantes, com ordens diferentes das letras e com o acréscimo de outras. Por exemplo: pode-se acrescentar um T (para distinguir

travestis e transexuais), ou mais dois T (para destacar transgêneros, em geral, travestis e transexuais).

Movimento LGBT: No conjunto das conquistas político-sociais da atuação do Movimento LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros), se enquadra a sensibilização da população de modo geral para as formas de discriminação por orientação sexual, que têm levado estudantes a abandonarem a escola, por não suportarem o sofrimento causado pelas piadinhas e ameaças cotidianas dentro e fora dos muros escolares. Esses mesmos movimentos têm apontado a urgência de inclusão, no currículo escolar, da diversidade de orientação sexual, como forma de superação de preconceitos e enfrentamento da homofobia. Há pouco mais de uma década, era impensável a “Parada do Orgulho Gay”, atualmente denominada Parada LGBT, por exemplo, que ocorre em boa parte das grandes cidades brasileiras. Cada vez mais vemos homossexuais ocupando a cena pública de diferentes formas. A atual luta pela parceria civil constitui uma das muitas bandeiras dos movimentos homossexuais com apoio de vários outros movimentos sociais.

Simpatizante: Que ou quem manifesta simpatia por (em relação a uma doutrina, a um partido etc.).

Transexual: Pessoa que possui uma identidade de gênero diferente do sexo designado no nascimento. Homens e mulheres transexuais podem manifestar o desejo de se submeterem a intervenções médico-cirúrgicas para realizarem a adequação dos seus atributos físicos de nascença (inclusive genitais) à sua identidade de gênero constituída.

Travesti: Pessoa que nasce do sexo masculino ou feminino, mas que tem sua identidade de gênero oposta ao seu sexo biológico, assumindo papéis de gênero diferentes daquele imposto pela sociedade. Muitas travestis modificam seus corpos através de hormonioterapias, aplicações de silicone e/ou cirurgias plásticas, porém vale ressaltar que isso não é regra para todas (Definição adotada pela Conferência Nacional LGBT, em 2008).

Transgênero: Aquele que mudou o gênero sexual. Indivíduo que possui uma identidade de gênero oposta ao sexo designado.

3 RESOLUÇÃO Nº12, DE 16 DE JANEIRO DE 2015: CRIAÇÃO E PRINCIPAIS DIREITOS REGULAMENTADOS

A Resolução nº12, de 16 de janeiro de 2015, foi elaborada pelo Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT) que é um órgão colegiado, integrante da estrutura básica da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR).

Com a finalidade de melhor entender os direitos regulamentados por este texto, faz-se necessário um esboço sobre o órgão editor e as principais considerações que levaram à edição da Resolução.

3.1 Do Conselho Nacional de Combate a Discriminação e Promoções dos direitos de Lésbicas, Gays, Travestis e Transexuais (LGBT)

O Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT) é um órgão colegiado, integrante da estrutura básica da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), criado por meio da Medida Provisória 2216-37 de 31 de Agosto de 2001.

O Governo Federal instituiu a competência e estrutura ao CNCD/LGBT, por meio do Decreto nº 7388, de 09 de dezembro de 2010. Para atender uma demanda histórica do movimento LGBT brasileiro e com a finalidade de potencializar as políticas públicas para a população LGBT, o agora CNCD/LGBT passa a ter como finalidade formular e propor diretrizes de ação governamental, em âmbito nacional, voltadas para o combate à discriminação e para a promoção e defesa dos direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais.

Assim dispõe o art.1º da Lei 7.388/10:

Art. 1º O Conselho Nacional de Combate à Discriminação - CNCD, órgão colegiado de natureza consultiva e deliberativa, no âmbito de suas competências, integrante da estrutura básica da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, tem por finalidade, respeitadas as

demais instâncias decisórias e as normas de organização da administração federal, formular e propor diretrizes de ação governamental, em âmbito nacional, voltadas para o combate à discriminação e para a promoção e defesa dos direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais - LGBT.

Em relação às competências do CNDC, dispõe o artigo segundo da mesma lei:

Art. 2º Ao CNCD compete:

- I - participar na elaboração de critérios e parâmetros de ação governamental que visem a assegurar as condições de igualdade à população LGBT;
- II - propor a revisão de ações, prioridades, prazos e metas do Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais - PNLGBT;
- III - propor estratégias de ação visando à avaliação e monitoramento das ações previstas no PNLGBT;
- IV - acompanhar, analisar e apresentar sugestões em relação à execução de programas e ações governamentais para a população LGBT e a aplicação de recursos públicos para eles autorizados;
- V - apresentar sugestões para elaboração do planejamento plurianual, estabelecimento de diretrizes orçamentárias e alocação de recursos no orçamento anual do Governo Federal, visando à implantação do PNLGBT;
- VI - apresentar sugestões e aperfeiçoamentos sobre projetos de lei que tenham implicações sobre os direitos e cidadania da população LGBT;
- VII - participar da organização das conferências nacionais para construção de políticas públicas para a população LGBT;
- VIII - articular-se com órgãos e entidades públicos e privados, nacionais e internacionais, visando o intercâmbio sistemático sobre promoção dos direitos de LGBT;
- IX - articular-se com outros conselhos de direitos ou setoriais, para estabelecimento de estratégias comuns de atuação;
- X - fomentar a criação de conselhos, coordenações e planos estaduais voltados à promoção de políticas públicas para a população LGBT;
- XI - propor realização de campanhas destinadas à promoção de direitos da população LGBT e ao combate à discriminação e preconceito;
- XII - propor realização de estudos, debates e pesquisas sobre a temática de direitos e inclusão da população LGBT; e
- XIII - analisar e encaminhar aos órgãos competentes as denúncias recebidas.

A Resolução nº12, de 16 de janeiro de 2015, criada para o combate à discriminação e promoção de direitos dos homossexuais, que será objeto de análise no próximo capítulo, foi instituída pelo Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD) com a finalidade de promover a divulgação dos direitos da população LGBT e o combate à discriminação e preconceito.

O CNCD/LGBT, órgão colegiado composto por trinta membros, sendo quinze representantes da Sociedade Civil e quinze do Governo Federal (art.3º da Lei 7.388/10), tem por finalidade formular e propor diretrizes de ação governamental, em

âmbito nacional, voltadas para o combate à discriminação e para a promoção e defesa dos direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – LGBT.

A grande preocupação do CNCD/LGBT tem sido fomentar e acompanhar as políticas públicas, além da busca incansável de sensibilizar os órgãos de Estado nas ações de defesa e garantia dos direitos da população LGBT.

3.2 Criação

A Resolução nº12, de 16 de janeiro de 2015, criada pelo Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT), foi instituída para a o combate à discriminação e promoção de direitos dos homossexuais, regulamentando alguns direitos importantes para a população LGBT, direitos estes que marcam a história de lutas constantes do movimento homossexual.

Sua criação adveio da necessidade de regulamentar/normatizar alguns preceitos para melhor defender os interesses dos indivíduos, em especial, os homossexuais.

O documento garante que as instituições e toda rede de ensino, particular e pública, em todos os níveis e modalidades, reconheçam e adotem o “nome social” daquelas pessoas cuja identidade civil não corresponda a sua opção sexual. Bastando, apenas, que o estudante se apresente como homossexual e que reivindique o nome social por escrito (art.1º, Res.12/15)

A Resolução orienta, ainda, que as escolas assegurem o acesso a vestiários, banheiros e todas as áreas segregadas por gênero, quando houver, conforme a opção sexual (art.6º, Res.12/15).

Por conseguinte, aduz que, caso haja distinções quanto ao uso de uniformes e demais elementos de indumentária, deve ser facultado o uso de vestimentas conforme a identidade de gênero de cada sujeito(art.7º, Res.12/15).

Por fim, orienta que a garantia do reconhecimento da identidade de gênero deve ser estendida também a estudantes adolescentes, sem que seja obrigatória autorização do responsável (art.8º, Res.12/15).

Considerando os enunciados acima, entende-se que a criação desta resolução visa estabelecer parâmetros para a garantia das condições de acesso e permanência de pessoas travestis e transexuais e todas aquelas que tenham sua identidade de gênero não reconhecida em diferentes espaços sociais, nos sistemas e instituições de ensino, formulando orientações quanto ao reconhecimento institucional da identidade de gênero e sua operacionalização (SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS, 2015).

O texto da Resolução encontra-se fundamentado nas disposições da Constituição Federal de 1988, na Lei nº 9.394/96, bem como nos princípios de direitos humanos consagrados em documentos e tratados internacionais, em especial a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), o Protocolo de São Salvador (1988), a Declaração da Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata (Durban, 2001) e os Princípios de Yogyakarta (Yogyakarta, 2006) (SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS, 2015).

Na letra da Constituição Federal, constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a promoção de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art.3º, IV, da CF/88).

Do mesmo modo, o *caput* do artigo 5º da Carta Magna estabelece a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, entendendo-se aqui, inclusive, as diferenças quanto a sexo, orientação sexual e identidade de gênero (SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS, 2015).

Lado outro, a Lei nº 9.394/1996 define as diretrizes e bases da educação nacional que, em seu art. 2º, estabelece a educação como dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tendo por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, indicando, em seu art. 3º, como princípios do ensino, entre outros, a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola e o respeito à liberdade e o apreço à tolerância (SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS, 2015).

A regulamentação também se encontra amparada frente aos compromissos assumidos pelo Governo Federal no que concerne à implementação

de diversos programas, dentre eles o Programa "Brasil sem Homofobia - Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLBT e de Promoção da Cidadania Homossexual" (2004), do Plano Nacional de Promoção da Cidadania e dos Direitos Humanos de LGBT (2009), do Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH3(2009) e do Plano Nacional de Políticas para as Mulheres, criado em 2012 (SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS, 2015).

Tais programas, legislações e preceitos constitucionais e humanitários, bem como o contexto histórico, antigo e o atual, serviram de base para a criação da Resolução nº 12 do CNCD/LGBT. Os direitos aí regulamentados darão novos rumos à vida e ao comportamento da sociedade, mais precisamente a abertura de diálogo e reflexões a respeito de sua abrangência.

3.3 Principais direitos regulamentados

Conforme já exposto, os principais direitos regulamentados pela Resolução nº12, de 16 de janeiro de 2015, criada pelo Conselho Nacional de Combate a Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT), são a possibilidade do uso do nome social, do uso de banheiro e de vestimentas conforme a identidade de gênero de cada sujeito, e a extensão desses direitos aos adolescentes, sem a necessidade de obrigatória autorização dos pais ou responsáveis.

3.3.1 Uso do Nome Social

Para melhor entendimento da expressão “nome social”, há, primeiramente, a necessidade de conceituar a palavra nome e a denominação nome civil.

A palavra nome deriva do latim *nomen*, do verbo *noscere* ou *gnoscere*, significa, respectivamente, conhecer ou ser conhecido (MENDES, 2007).

O surgimento do nome se deu desde o tempo em que o homem passou a verbalizar seus conceitos e pensamentos e começou a denominar as coisas (VENOSA, 2014).

Desde então, o nome é um atributo pessoal que os seres humanos trazem consigo como forma de individualização e identificação das pessoas no convívio em sociedade (CARVALHO, 2016).

Para Venosa (2014), o nome atribuído à pessoa é um dos principais direitos incluídos na categoria de direitos personalíssimos, sendo que a importância do nome para a pessoa natural situa-se no mesmo plano de seu estado e de sua capacidade civil. Assim, o nome refere-se à manifestação mais expressa da personalidade, e, por ser designativo do indivíduo, é fator de individualização.

Dispõe o art. 16, do Código Civil de 2002 que toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

O nome é o sinal que caracteriza o indivíduo na família e na sociedade e o diferencia, ao lado de outros elementos de individualização, dos demais membros do grupo (MENDES, 2007).

Conforme artigo civilista, citado acima, o nome compõe-se, de forma genérica, de dois elementos: o prenome e o sobrenome. O prenome, também chamado de nome próprio, é a primeira parte do nome da pessoa, individualizando e diferenciando o seu portador, podendo ser livremente escolhido pelos interessados, desde que não haja exposição ao ridículo (CARVALHO, 2016).

O segundo elemento é o sobrenome, também conhecido por patronímico, sendo este a complementação do nome, comum aos membros de uma família, refere-se à procedência familiar da pessoa, cabendo aos pais, no ato de registro do nascimento, declarar o sobrenome do nascido, fazendo a escolha de qual formará o nome da pessoa. A aquisição do sobrenome pode decorrer também de ato jurídico, como adoção, casamento ou por ato de interessado, mediante requerimento ao magistrado (CARVALHO, 2016).

Segundo Venosa (2014, p.196):

O nome é, portanto, uma forma de individualização do ser humano na sociedade, mesmo após a morte. Sua utilidade é tão notória que há exigência para que sejam atribuídos nomes a firmas, navios, aeronaves, ruas, praças, acidentes geográficos, cidades etc. O nome, afinal, é o substantivo que distingue as coisas que nos cercam, e o nome da pessoa a distingue das demais, juntamente com os outros

atributos da personalidade, dentro da sociedade. É pelo nome que a pessoa fica conhecida no seio da família e da comunidade em que vive. Trata-se da manifestação mais expressiva da personalidade.

Portanto, entende-se que o nome é um atributo da personalidade. É um direito que visa proteger a própria identidade da pessoa (VENOSA, 2014).

Por outro lado, embora a legislação, por muito tempo, tenha considerado a imutabilidade do nome, isso vem se alterando diante das transformações sociais e conflitos internos em relação ao nome, ou seja, em relação ao designativo do indivíduo. Tanto é que a própria Lei dos Registros Públicos sofreu alteração em seu texto, no art.58, deixando de estabelecer como “imutável”, para determinar como “definitivo” o prenome.

Destaca-se como exemplo a possibilidade de alteração cirúrgica do sexo da pessoa, ou mesmo, não havendo tal alteração cirúrgica, cabe ao magistrado, atender as razões psicológicas e sociais, mercê de um cuidadoso exame de um caso concreto (VENOSA, 2014).

Já o nome social é aquele adotado pela pessoa conforme sua identidade de gênero. Não coincide, necessariamente, com as características biológicas. É o nome pelo qual o indivíduo se identifica, é, ou quer ser, identificado pela comunidade em que vive.

Com a edição da Resolução nº12 do CNCD/LGBT, deve ser garantido nas instituições de ensino, àquelas e àqueles que solicitarem o nome social, o direito ao tratamento oral exclusivamente pelo nome que escolherem, em qualquer circunstância, não cabendo qualquer tipo de objeção de consciência (art.2º Res.12/15).

Neste caso, o campo “nome social” deve ser inserido nos formulários e sistemas de informação utilizados nos procedimentos de seleção, inscrição, matrícula, registro de frequência, avaliação e similares (art.3º Res. 12/15). Para isso, deve ser garantido, em instrumentos internos de identificação, uso exclusivo do nome social, mantendo registro administrativo que faça a vinculação entre o nome social e a identificação civil (art.4º Res.12/15).

Lado outro, o nome civil será usado para a emissão de documentos oficiais, garantindo concomitantemente, com igual ou maior destaque, a referência ao nome social (art.5º Res. 12/15).

A garantia do reconhecimento e do uso do nome social deve ser estendida também a estudantes adolescentes, sem que seja obrigatória autorização do responsável (art.8º Res. 12/15).

Do mesmo modo, o art. 9º, do mesmo texto, dispõe que as orientações se aplicam aos processos de acesso às instituições e sistemas de ensino, tais como concursos, inscrições, entre outros, tanto para as atividades de ensino regular ofertadas continuamente quanto para atividades eventuais.

Portanto, verifica-se que a regulamentação orienta as instituições educacionais a um ambiente mais acolhedor, visando evitar constrangimentos aos alunos que não se identificam com o nome civil, e, conseqüentemente, evita que tais estudantes deixem a escola.

No mesmo sentido, mas em outro terreno, o uso do nome social já foi e vem sendo, constantemente, objeto de decisão judicial. Um exemplo disso, uma ação na qual o requerente pleiteava a alteração de seu nome civil para um nome que escolheu por se identificar pertencente ao sexo oposto.

À época o juiz de primeira instância, embora tivesse o autor, biologicamente homem, alegado que se identificava psicológica e socialmente com o sexo feminino, anexando aos autos as fotografias e declarações a fim de corroborar as suas alegações, proferiu decisão julgando extinto o feito, sem resolução do mérito, sob a alegação de que havia a necessidade de ser o mesmo submetido à cirurgia de transgenitalização, para, posteriormente, pleitear a alteração do nome. Entretanto, em sede recursal, o desembargador relator, Dr. Edilson Fernandes, entendeu pela desnecessidade de tal cirurgia, para conhecimento do direito do requerente, fundamentando sua decisão na máxima do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, deu provimento ao recurso do autor para cassar a sentença do juiz de primeira instância e, determinando o regular prosseguimento do processo após a completa instrução probatória, outra sentença fosse proferida com enfrentamento do mérito, segundo o entendimento do juiz sentenciante.

Segue ementa da decisão mencionada:

EMENTA: RETIFICAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO. TRANSEXUAL. INTERESSADO NÃO SUBMETIDO À CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CONDIÇÕES DA AÇÃO. PRESENÇA. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. AUSÊNCIA. SENTENÇA CASSADA. O reconhecimento judicial do direito dos transexuais à alteração de seu prenome conforme o sentimento que eles

têm de si mesmos, ainda que não tenham se submetido à cirurgia de transgenitalização, é medida que se revela possível em consonância com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Presentes as condições da ação e afigurando-se indispensável o regular processamento do feito, com instrução probatória exauriente, para a correta solução da presente controvérsia, impõe-se a cassação da sentença. (TJMG - Apelação Cível 1.0231.11.012679-5/001, Relator(a): Des.(a) Edilson Fernandes , 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 13/08/2013, publicação da súmula em 23/08/2013).

No mesmo sentido, colaciona-se a decisão proferida, em 2015, pela desembargadora do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Yeda Athias:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO - TRANSEXUAL - INTERESSADO NÃO SUBMETIDO À CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - POSSIBILIDADE IN ABSTRACTO - INSTRUÇÃO PROBATÓRIA - AUSÊNCIA - CERCEAMENTO DE DEFESA - OCORRÊNCIA - NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA EXAURIENTE PARA O DESLINDE DO FEITO. O reconhecimento judicial do direito dos transexuais à alteração de seu prenome conforme o sentimento que eles tem de si mesmos, ainda que não tenham se submetido à cirurgia de transgenitalização, é medida que se revela em consonância com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Presentes as condições da ação e afigurando-se indispensável o regular processamento do feito, com instrução probatória exauriente, para a correta solução da presente controvérsia, impõe-se a cassação da sentença, sob pena de se configurar o cerceamento de defesa da parte autora. (TJMG - Apelação Cível 1.0702.14.043172-8/001, Relator(a): Des.(a) Yeda Athias , 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 07/07/2015, publicação da súmula em 17/07/2015)

Em igual sentido, colaciona-se ementa de decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO. MUDANÇA DE SEXO. TRANSEXUALIDADE. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. Quando está comprovado que a retificação do registro de nascimento não trará qualquer prejuízo à sociedade e, sobretudo, garante a dignidade da pessoa humana daquele que a pleiteia, cumpre a procedência do pedido. Sentença mantida. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70052872868, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 04/04/2013)

Portanto, verifica-se dos julgados que a busca pela autodeterminação dos indivíduos, em relação ao gênero, é constante e enfrenta vários obstáculos, até mesmo por aplicadores da legislação, por, justamente, não ter uma forma, ainda, positivada. Nada impede, porém, a utilização dos princípios gerais, ante a ausência de determinada norma, conforme aplicado pelos desembargadores nas

mencionadas decisões o princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de tornar os direitos e garantias constitucionais mais fielmente abrangidas por toda sociedade.

Ainda, em relação ao nome social, é importante mencionar que em uma recente decisão proferida pelo Conselho Pleno da Ordem dos Advogados do Brasil, foi conferido aos advogados a possibilidade de utilização do nome social em sua carteira de inscrição da entidade. Tal matéria pode ser conferida no anexo B da presente pesquisa.

3.3.2 Uso de banheiros de acordo com a identidade de gênero.

O uso de banheiro de acordo com a identidade de gênero nas instituições de ensino encontra-se regulamentado no art.6º, da Resolução nº 12 do CNCD/LGBT, nos seguintes termos: “Deve ser garantido o uso de banheiros, vestiários e demais espaços segregados por gênero, quando houver, de acordo com a identidade de gênero de cada sujeito”.

Esse dispositivo traz à tona a reflexão sobre sexo, gênero e identidade.

Atualmente, sexo e gênero são reconhecidos como conceitos distintos, ainda que similares.

O sexo refere-se às formações biológicas do indivíduo, analisadas sob a perspectiva da reprodução (“macho”, “fêmea” – homem e mulher), enquanto gênero é a convicção pessoal, subjetiva de cada pessoa acerca de sua identidade social, o que pode incluir o aspecto sexual. Daí falar-se em identidade de gênero, que é a assimilação personalíssima do indivíduo com uma identidade masculina, feminina ou mesmo nenhuma dessas, ou seja, a identidade é assumida de acordo com o gênero (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2007).

O dispositivo acima mencionado tornou-se o mais polêmico da Resolução que o originou, uma vez que afronta, diretamente, o espaço social, referente ao uso de banheiros, eis que estes são tidos como espaços íntimos, reservados à privacidade individual do ser humano.

Por consequência, o direito ao uso de banheiro, de acordo com a identidade de gênero por homossexuais levanta uma questão nova: se antes a luta era por direito a ser como é, agora a luta é por agir como tal.

Desde que nascemos temos necessidades fisiológicas. À medida que crescemos, nossos familiares, e a escola, ensinam a usar o banheiro de acordo com o aspecto físico de cada um: meninas usam o banheiro feminino e meninos usam o masculino. Isso já é imposto às crianças, seja como comportamento aceitável de acordo com a cultura, seja por forma de organização do espaço.

Com a resolução em vigor, meninos poderão usar o banheiro feminino e as meninas poderão usar o masculino nas escolas e universidades do Brasil, claro, se sentirem pertencentes ao sexo oposto. Trata-se de direito garantido dentro das instituições educacionais.

Deste modo, as rotinas escolares serão transformadas, e o debate frente à homossexualidade ficará mais intenso. Entretanto, tudo é questão de diálogo e reflexão, tanto por parte dos trabalhadores educacionais, bem como da problematização dos casos junto aos alunos.

Nesse sentido:

Não por acaso, é muito recente a inclusão das questões de gênero, identidade de gênero e orientação sexual na educação brasileira a partir de uma perspectiva de valorização da igualdade de gênero e de promoção de uma cultura de respeito e reconhecimento da diversidade sexual. Uma perspectiva que coloca sob suspeita as concepções curriculares hegemônicas e visa a transformar rotinas escolares, e a problematizar lógicas reprodutoras de desigualdades e opressão (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2007, p.11).

Lado outro, o que se pretende com a normatização do uso de banheiro de acordo com a identidade de gênero é o respeito à diversidade e a orientação sexual dos colegas na utilização do espaço público.

Em outras palavras, o art.6º da Res. 12/15 tem a intenção de propagar que o órgão genital nada diz sobre a construção subjetiva que define o ser humano. Neste sentido, por exemplo, homens que não têm mais os testículos, em que estes foram retirados cirurgicamente no tratamento de câncer, continuam sendo tão homens quanto antes, se é dessa forma que se sentem. No aspecto subjetivo, sua identidade de gênero é masculina. O mesmo acontece com as mulheres que retiram os ovários ou útero e até mesmo os seios no tratamento de doenças.

A questão a ser discutida é a problematização dentro das instituições de ensino, uma vez que tal direito poderá levar os pais, alunos e até mesmo os

profissionais da educação ao questionamento de, até que ponto ser a norma aceitável.

Cumprido ressaltar que a norma prevê que os direitos são acessíveis aos indivíduos, de acordo com sua identidade de gênero. Assim, não importa como este indivíduo é visto externamente pela sociedade, como transexual ou travesti, por exemplo, o que se deve levar em consideração é o sentimento da pessoa que usufruirá no direito. Isso se deve ao fato de que a norma prevê, abstratamente, que o juízo de valores deve ser atribuído ao indivíduo e não à forma como a sociedade o vê. Portanto, para a norma, é imprescindível que todos se sintam confortáveis com algo tão básico como utilizar o banheiro.

3.3.3 Uso de vestimentas de acordo com a identidade de gênero

O artigo 7º da Res. 12/15 preceitua que: “caso haja distinções quanto ao uso de uniformes e demais elementos de indumentária, deve ser facultado o uso de vestimentas conforme a identidade de gênero de cada sujeito”.

Cuida-se de garantia ao direito de vestir-se conforme a identidade de gênero.

No caso das instituições de ensino, quando for obrigatório o uso de uniforme, o aluno ou aluna poderá optar pela vestimenta conforme sua identidade de gênero.

3.3.4 Direitos garantidos a adolescentes

Segundo o art. 8º da Res.12/15, a garantia do reconhecimento da identidade de gênero deve ser estendida também a estudantes adolescentes, sem que seja obrigatória autorização do responsável.

Neste sentido, verifica-se que o uso do nome social, bem como de banheiro e uniforme de acordo com a identidade de gênero são direitos estendidos a todos os alunos, sejam adolescentes ou jovens, sem a necessidade de aval dos pais.

Em outras palavras, por se tratar de identidade subjetiva do estudante, este deve ter a prerrogativa de ser e escolher como agir, de modo a se sentir mais a

vontade para estudar e tem o direito de ser acolhido pela escola, em todo o seu contexto, seja espaço físico ou não.

Considerando que a escola é um espaço de todos, mas que uma parcela dos estudantes não consegue permanecer no ambiente escolar por não se sentir à vontade ao responder a lista de chamada, ou no próprio uso do banheiro, as orientações da resolução em comento vieram a calhar, possibilitando um novo rumo na vida dos estudantes.

3.3.5 Outras possibilidades de aplicação

Nos termos do art. 9º da Res.12/15, as orientações se aplicam, também, aos processos de acesso às instituições e sistemas de ensino, tais como concursos, inscrições, entre outros, tanto para as atividades de ensino regular ofertadas continuamente quanto para atividades eventuais.

Este artigo remete à ampliação dos direitos que ultrapassam o ambiente escolar em relação aos alunos. Tal dispositivo preceitua que o direito ao uso do nome social e do uso de banheiros de acordo com a identidade de gênero deve ser garantido aos candidatos a concursos públicos.

Em relação ao nome social, este deve ser reconhecido, mediante solicitação do próprio interessado.

Assim, deve ser garantido, àquelas e àqueles que o solicitarem, o direito ao tratamento oral exclusivamente pelo nome social, em qualquer circunstância, não cabendo qualquer tipo de objeção de consciência (art.2º, Res.12/15).

O campo destinado ao nome social deve ser inserido nos formulários e sistemas de informação utilizados nos procedimentos de inscrição, registro, avaliação e similares, conforme art.3º da Res.12/15.

Por fim, deve ser garantido, em instrumentos internos de identificação, uso exclusivo do nome social, mantendo registro administrativo que faça a vinculação entre o nome social e a identificação civil (art.4º, Res.12/15).

Exemplificando, se um candidato ao Enem (Exame Nacional do Ensino Médio) solicitar a utilização do nome social, a instituição responsável pelas

inscrições deverá efetuar a inscrição do candidato levando-se em consideração o nome social, embora o nome civil deva constar na ficha de inscrição, sendo que o candidato deverá ser tratado pelos organizadores pelo nome social.

Por outro lado, não necessitando de solicitação, ou mesmo, autorização, o candidato poderá utilizar o banheiro, de acordo com sua identidade de gênero, sem ser hostilizado por isso.

4 O USO DE BANHEIRO DE ACORDO COM A IDENTIDADE DE GÊNERO É UM DIREITO, E DEVE SER ASSEGURADO? OU É UMA AFRONTA À PRIVACIDADE DAS PESSOAS HETEROSSEXUAIS?

Antes de adentrar as reflexões, objeto deste capítulo, faz-se necessário a exposição dos principais direitos fundamentais previstos na Constituição Federal brasileira, uma vez que, especialmente, o tema a ser discutido deve ser analisado à luz dos preceitos fundamentais inerentes ao ser humano, segundo a Carta Magna.

Já em seu preâmbulo, a Constituição Federal de 1988 destacou que, para a construção de um Estado Democrático de Direito, seria necessário o “asseguramento” do 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, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Para êxito da democracia, o texto constitucional, em seu art.3.º, preceituou serem objetivos fundamentais da república: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Já o art.5º, da Carta Magna, dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Assim, para responder à questão levantada a respeito de ser o uso de banheiro de acordo com a identidade de gênero, nas instituições educacionais, um direito ou uma invasão da privacidade das pessoas heterossexuais, e para corroborar a tese a ser refletida neste estudo, verifica-se a necessidade de, em síntese, explanar sobre os principais direitos relacionados ao tema, como o direito à intimidade e à privacidade, à liberdade de locomoção e à igualdade, bem como sobre o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

4.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Entende-se por dignidade da pessoa humana:

como a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (RAMOS, 2008, p.4).

O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art.1º, III, da Constituição Federal de 1988, pode ser entendido como o pilar de sustentação, o ponto de inspiração para o surgimento da normatização dos principais direitos fundamentais também explícitos e implícitos no texto constitucional.

Tal princípio dá unidade e coerência a todos os direitos fundamentais. O desrespeito a esses direitos nega ao ser humano a própria dignidade.

Lado outro, o princípio da dignidade da pessoa humana é denominado como cláusula aberta, ou seja, visa respaldar os direitos que estão implícitos no texto constitucional, conforme disposição do art.5, §2º, da CF/88.

Em outras palavras, outros direitos fundamentais são assegurados em outras partes do texto constitucional, sendo também acolhidos os direitos positivados decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal, ou de tratados internacionais em que a República Federal do Brasil seja parte.

Ante tais considerações sobre a dignidade da pessoa humana, passa-se a análise do direito fundamental à privacidade e à intimidade, direitos estabelecidos no art. 5º, X, da nossa Carta Magna e, após, serão analisados o direito à liberdade de locomoção e à igualdade. Tais reflexões estarão voltadas ao tema previsto neste capítulo e que serão, ambos, engendrados ao princípio da dignidade da pessoa humana.

4.2 Direito à privacidade e à intimidade

O direito à privacidade e à intimidade é conhecido como direito fundamental e está previsto na Constituição Federal de 1988, expressamente, no art.5º, inciso X.

Entretanto, os chamados direitos fundamentais não são direitos absolutos, são relativos. Isso significa que, ao entrar em conflito com outros direitos e os de outros indivíduos, há que se imporem limitações recíprocas. Assim, por exemplo, o direito à liberdade de expressão não pode chocar-se com o direito à intimidade.

Do mesmo modo, nenhum direito fundamental pode ser usado como escolta para a prática de atos ilícitos (CAVALCANTE FILHO, 2016).

Logo, se a legislação define uma conduta como ilícita, não se deve considerar como justo o exercício de um direito fundamental que leve a essa conduta. Assim, é vedado, por exemplo, utilizar da liberdade de manifestação do pensamento para propagar ideias racistas ou discriminatórias.

Em relação ao direito à privacidade, o texto constitucional, em seu art.5º, inciso X, prevê tal direito como fundamental. Dispõe a referida norma que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização por dano moral ou material decorrente de sua violação.

É difícil conceituar ou mesmo distinguir os termos privacidade e intimidade, uma vez que tais institutos dependem dos valores íntimos, sociais e culturais de determinada sociedade frente às constantes mudanças históricas.

Neste sentido, leciona Ramos (2008, p.13).

A dificuldade de conceituação do direito à intimidade e à vida privada deve-se primeiramente ao fato de que estes direitos podem ser considerados como de caráter eminentemente subjetivos, variáveis de pessoa para pessoa. Esta dificuldade fica evidenciada nas tentativas dos autores em definir tais direitos. Torna-se difícil uma definição precisa do que vem a ser intimidade e vida privada, visto que, a sociedade está em constante mudança, seja cultural ou local. Percebe-se uma grande influência dos valores sociais sobre o comportamento dos seres humanos, influenciando sobremaneira os seus atos. As reações, positivas ou negativas, das pessoas é que são responsáveis por atitudes tomadas, atos praticados, levando a uma maior ou menor exposição a censuras ou críticas alheias. Cada sociedade, em determinada época ou local, aprova ou reprova determinados atos de acordo com seus valores.

Segundo Mendes e Branco (2014, p.280), há os que dizem que “o direito a intimidade faria parte do direito à privacidade, que seria mais amplo”.

Por outro lado, para Ramos (2016, p.16), “a intimidade pode ser entendida como uma esfera mais íntima, mais particular, mais reservada do ser humano”. Já “a vida privada seria uma esfera menos íntima, mas não muito abrangente, e que a primeira corresponderia ao “próprio eu”, ao interior de cada indivíduo”.

Sintetizando, entende-se por privacidade o fator que permite que o seu titular seja livre de ataques em sua vida íntima e privada.

Portanto, tem-se que a vida privada é uma necessidade de todo ser humano, uma vez que estar submetido ao constante olhar alheio dificulta o desenvolvimento da personalidade e o enfrentamento de novos desafios (MENDES, BRANCO, 2014).

É na reflexão desta ideia que o desenrolar do presente estudo sobre a problemática do uso de banheiro de acordo com a identidade de gênero ganha força.

A orientação sexual integra a vida privada e a intimidade de cada indivíduo. A faculdade de o ser humano definir e externar a sua orientação sexual compreende não só o seu comportamento, mas de sua aparência e seu biotipo.

Verifica-se que essa faculdade reforça a proteção dos bens da personalidade como o direito à privacidade e à intimidade que comportam a identidade do ser, o direito à imagem e, com mais intensidade, o direito ao corpo.

A liberdade sexual exemplifica o direito à intimidade e à privacidade. É a liberdade de cada pessoa viver a sua própria sexualidade, englobando-se nessa liberdade a temática do homossexualismo, intersexualismo e do transexualismo, bem como a livre escolha de seus parceiros (RAMOS, 2008).

Aprofundando o estudo do presente capítulo, verifica-se que, desde cedo, a criança é influenciada a utilizar o banheiro de acordo com suas características físicas, ou seja, o sexo.

A cultura brasileira, e estrangeira também (enfim, a cultura universal), define a utilização dos banheiros pelo perfil dos corpos buscando identificar inicialmente o sexo, ou melhor, a genitália. Pois essa realidade é percebida geralmente como o “fundamento biológico” do gênero. Assim, o sexo refletiria a verdade natural dos corpos e sustentaria a atribuição cultural binária de papéis sociais, os gêneros, a esses corpos sexuados (SAMPAIO, 2015).

De fato, a utilização de banheiros de acordo com a genitália do indivíduo é ensinado às crianças por uma questão de organização de ambiente para a manutenção da ordem social.

A ordem social sempre foi objetivo das populações humanas, desde os tempos primórdios. Visa ao equilíbrio nas relações e nos comportamentos para que se haja organização e harmonia no convívio em sociedade.

Em outros dizeres, a ordem social é fundamentalmente baseada em grupos de pessoas e na disposição de seus comportamentos (LAKATOS, MARCONI, 2009).

Para que haja organização, cada indivíduo deve desempenhar fielmente o seu “papal” na sociedade. É na família e na escola que se desenvolvem as primeiras lições do papel a ser desenvolvido por cada indivíduo.

Entende-se por papel o comportamento que se espera de qualquer indivíduo de acordo com a sua posição na sociedade (LAKATOS; MARCONI, 2009).

De fato, família e escola ensinam que a utilização do banheiro deve seguir a regra biológica: meninos-homens utilizam o masculino e meninas-mulheres, o feminino, sendo que cada banheiro tem um símbolo na porta identificando o gênero, e geralmente exigindo que a regra seja cumprida.

Entretanto, em que pese ser tal construção (banheiro) objeto de organização social, há que se verificar que com a autodeterminação dos indivíduos homossexuais, tal “organização” já não está mais acompanhando a realidade.

É certo que os indivíduos que se consideram como pertencentes ao sexo oposto não se sentem a vontade ou não são bem recebidos pelos heterossexuais nos banheiros que condizem com sua identidade biológica.

Um exemplo é que homens (tipo físico) que se transvestem de mulher, ou que são transexuais, são hostilizados ao adentrarem o banheiro masculino.

Sampaio (2015, p.132) relata em seu estudo o desabafo que ouviu de um aluno que se justificou por utilizar o banheiro feminino:

Os “intrusos” do banheiro feminino já tinham construído algumas estratégias de utilização deste banheiro no ano passado. A primeira estratégia era sempre levar consigo uma colega de turma. Ela entrava no banheiro, certificava-se de que não havia ninguém e então acionava o seu companheiro para utilizá-lo. A segunda era utilizada na medida em que esses “intrusos” percebiam comportamentos de repúdio, raiva ou insatisfação das meninas presentes no banheiro por meio de gestos, olhares atravessados ou reclamações verbais. Eles logo se justificavam: “desculpa, mas a gente tá utilizando o banheiro feminino porque a gente

está cansado de sofrer discriminação, piadinhas e bullying no dos homens viu”.(...)

Tem-se que o espaço escolar é um território de fabricação dos sujeitos, suas identidades e seus corpos. Quando, nesse espaço, os assuntos são gênero e sexualidade, as vozes, os pensamentos, as práticas e os desejos contrários aos heterossexuais devem no mínimo permanecer invisíveis, haja vista o risco de confrontar o pensamento reinante na sociedade (SAMPAIO, 2015).

Contudo, o direito à privacidade e à vida íntima, previstos na carta magna consagra o direito assegurado pela Resolução nº12 do CNCD/LGBT.

A escola não pode ser um lugar de opressão, discriminação e preconceitos. Embora saibamos que no seu interior existe um preocupante quadro de violência a que estão submetidos os indivíduos homossexuais, por meio das mais diversas formas de manifestações, principalmente no que diz respeito à vida cotidiana escolar e às pedagogias mobilizadas que raramente divulgam os casos de agressão física ou verbal, evasão ou abandono escolar, associados a estudantes homossexuais (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2009).

A inclusão da diversidade sexual no âmbito escolar deve ser vista como um direito e não como uma concessão. Essa prerrogativa nos aponta para a necessidade de implementação de políticas educacionais com vistas à igualdade, equidade de gênero, identidade de gênero, orientação sexual e combate a heteronormatividade, pois em uma sociedade letrada e complexa como a nossa, em que a escolarização desempenha um papel tão fundamental na constituição do indivíduo, o fracasso e o abandono escolar por parte desses alunos, constituem-se, fatores de extrema gravidade, eis que impedem a promoção da cidadania (MAIO, OLIVEIRA JÚNIOR, 2014).

Neste sentido, entende-se que a manutenção da regra do banheiro binário acarreta mais que discriminação aos indivíduos homossexuais.

Assim, considera Sampaio:

São os sentimentos de vergonha, humilhação e inferioridade causados pelos corpos não inteligíveis ou aqueles que insistem em adentrar no espaço “errado”. O banheiro encerra um dispositivo de determinação subjetiva da inteligibilidade do corpo, gênero e sexualidade cujo poder é expresso pelas ações de publicização ou compartilhamento das intimidades e ocultamento ou resguardo das mesmas. Eles foram criados para controlar os corpos, sexualidades e gêneros quando estes se veem na companhia de outros corpos (SAMPAIO, 2015, p.139).

E ainda, o mesmo autor tenta explicar um dos motivos para a aversão ao homossexual e ao homossexualismo:

O banheiro masculino engendra em nossa cultura ocidental heterossexista uma “proteção” da masculinidade padrão. Não sentir vergonha de urinar, tomar banho e exibir seu corpo diante dos outros do mesmo sexo, de certa maneira, constitui um ritual de legitimação da virilidade entre os homens heterossexuais. Ao passo que, conforme os deslizes que vão surgindo nesse processo de interação no banheiro masculino podem representar a expressão de sentimentos e desejos que ferem o espaço de reinado da virilidade, se coloca em xeque as virilidades compartilhadas e legitimadas pela aprovação dos pares (SAMPAIO, 2015, p.139).

Diante de todo o exposto, sempre há aquele que faz a seguinte indagação: Então por que não se cria um terceiro banheiro para os indivíduos homossexuais?

Tal questionamento é feito e aceito por maioria da sociedade brasileira, que considera mais aceitável tal solução. Contudo será esse assunto discutido mais a frente, uma vez que tal pergunta não pode ser respondida sem antes explorar o direito a liberdade de locomoção e à igualdade, também considerados direitos fundamentais constitucionais.

Antes de dar enfoque ao próximo tópico, vale ressaltar que a Constituição Federal confere ao indivíduo que vier a sofrer qualquer tipo de violação ao direito à intimidade, à vida privada, à imagem ou à honra, uma reparação pelos danos sofridos. Entretanto, tal responsabilidade deve ser apurada levando-se em consideração cada caso concreto.

Sabe-se que o banheiro é utilizado para necessidades fisiológicas de cada indivíduo e atos que ultrapassem essa finalidade devem ser analisados caso a caso.

Mas isso deve ser objeto de outros estudos, relacionados à responsabilidade civil e ao direito penal, e que não são objetos deste trabalho.

4.3 Direito à liberdade e à igualdade

Nos termos do art.5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos

brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...).”

Neste tópico analisaremos o direito a liberdade e à igualdade no que se refere ao uso de banheiro de acordo com a identidade de gênero do indivíduo.

Segundo ensinamentos de Mendes e Branco:

O catálogo dos direitos fundamentais na Constituição consagra liberdades variadas e procura garanti-las por meio de diversas normas. Liberdade e igualdade formam dois elementos essenciais do conceito de dignidade da pessoa humana, que o constituinte erigiu à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema dos direitos fundamentais. As liberdades são proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana como ser em busca de autorrealização, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades. O Estado democrático se justifica como meio para que essas liberdades sejam garantidas e estimuladas- inclusive por meio de medidas que assegurem maior igualdade entre todos, prevenindo que as liberdades se tornem meramente formais. O Estado democrático se justifica, também, como instância de solução de conflitos entre pretensões colidentes resultantes dessas liberdades (MENDES; BRANCO, 2014, p.263).

Neste sentido, o texto constitucional consagra algumas espécies de liberdades, como, por exemplo, a de expressão e de locomoção.

A liberdade de expressão encontra-se expressa na Carta Magna no art.5º, inciso IV e pressupõe que é livre a manifestação do pensamento.

Enquanto direito fundamental tem um caráter de pretensão a que o Estado não exerça censura (MENDES; BRANCO, 2014). Contudo, tal direito também não é absoluto, uma vez que veda o anonimato, buscando sempre a verdade na divulgação das informações. Além disso, a norma impõe limites às programações radio – televisivas, visando preservar os valores éticos e sociais da pessoa e da família (art.220, §3º, II, CF/88). O respeito à honra de terceiros é outro limite à liberdade de expressão.

Já a igualdade, considerada um princípio constitucional, prevê aos cidadãos gozarem de tratamento isonômico perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. No entanto, tal tratamento deve considerar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais, apenas na medida de sua desigualdade.

Nas escolas os preconceitos afetam as relações sociais e pedagógicas sendo fatores de exclusão de indivíduos. A situação mais dramática é a de travestis e transexuais, que enfrentam obstáculos para conseguirem se matricular na rede pública de ensino, frequentarem as aulas, terem seus nomes sociais nas chamadas,

fazerem uso das estruturas das escolas, como os banheiros, por exemplo. A homofobia no ambiente escolar gera violência, medo, insegurança, sofrimento, vulnerabilidade, abandono, evasão, além de prejudicar a formação de todos (HENRIQUE, CALDEIRA, 2014).

No Brasil a educação inclusiva está amparada pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96), assegurando a todas as pessoas (brasileiras ou estrangeiras residentes no país) o direito à escola sem discriminar negativamente singularidades ou características específicas de indivíduos ou grupos humanos (HENRIQUE, CALDEIRA, 2014).

Assim, se homens e mulheres são iguais perante a lei, os indivíduos que se identificam com um dos sexos devem utilizar o banheiro de acordo com tal identificação.

As pessoas “LGBTs” têm a seu favor, como todas as outras pessoas, o direito à liberdade e à não discriminação. Do mesmo modo, têm o direito à igualdade e à busca dela. Portanto, consagrando os direitos e princípios fundamentais previstos na Constituição Federal, não há que se falar em restrição de direitos a esses indivíduos.

4.4 Da não viabilidade de um terceiro banheiro

Com as ampliações das discussões em relação ao uso de banheiros de acordo com a identidade de gênero, algumas pessoas apontam como “saída” para o “problema” a criação de um terceiro banheiro. Este seria criado exclusivamente para os homossexuais, designados por muitos como o terceiro sexo. Assim, grande parte da sociedade pensa que para o terceiro sexo deve haver a criação de um terceiro banheiro. Entretanto, já vimos que a homossexualidade e a diversidade na orientação sexual não é doença, é comportamento.

Um indivíduo que possui a genitália masculina e que se considera intimamente uma mulher não pode ser identificado pela sociedade como um ser estranho, uma aberração, mas, sim, como uma mulher.

No entanto, verifica-se que a cultura heterossexista ainda se encontra arraigada na sociedade, que, grande parte, ainda não vê o homossexual como uma pessoa normal, prefere enxergá-lo como pertencente ao terceiro sexo.

Em sua pesquisa, Sampaio (2015) aponta que a utilização de banheiros por pessoas do sexo oposto é considerada uma invasão à intimidade dos indivíduos heterossexuais, mesmo que sendo tal “invasão” realizada por uma pessoa com físico semelhante ao sexo oposto:

A invasão ou utilização de um banheiro por um sexo/gênero não correspondente ou de “sexualidade desviante” representa não só o cruzamento de fronteiras, mas uma profanação da cultura heteronormativa, podendo ser arriscado no desmantelamento das naturalizações culturais sacralizadas e ritualmente reproduzidas por inúmeros dispositivos.

Essa invasão se torna muito séria porque se constitui numa transgressão das fronteiras de gênero, mesmo que ela esteja sendo feita por um “gay” assumido e afeminado e que declare para as outras mulheres do banheiro: “sou quase mulher” (Depoimento-José/2013). Ainda assim, a invasão não é legítima, pois eles continuam possuindo, em última instância, a genitália masculina, fator anatômico fundante nas legitimações culturais de gênero (SAMPAIO, 2015, p.137).

Lado outro, Sampaio também observou a atitude dos pais em relação aos fatos apontados por seus filhos:

Depois de quase sete meses de utilização do banheiro feminino, os homens passam a ser chamados na diretoria para explicar sobre tal prática, logo após conversas com vários pais e principalmente mães sensibilizadas com as reclamações de suas filhas. O teor de conversa com esses pais e mães não foi nem muito amigável e muito menos aberto a diálogo e entendimentos. Eles e elas exigiram, sem muita discussão, a extinção dessa prática sob a pena de, além de retirar suas filhas da escola, encaminhar o fato à ouvidoria da secretaria de educação do estado do Ceará alegando junto a outros pais e mães as práticas de perversão, promiscuidade e intenção sexual dos estudantes adotadas pelas escolas e até autorizadas pela gestão escolar (SAMPAIO, 2015,p.143-144).

Na verdade, o que realmente acaba acontecendo nas escolas é que os indivíduos que se identificam como pertencentes ao sexo oposto deixam de fazer suas necessidades fisiológicas nas escolas e esperam chegar a suas casas (SAMPAIO, 2015), conforme relatado pelo pesquisador ao ouvir o depoimento de um aluno:

O aluno José logo pede a palavra e inicia sua fala expondo as inúmeras vezes em que foi vítima de brincadeiras, humilhações e bullying nos banheiros masculinos. Ele conta que certa vez jogaram urina nele, além de pedirem para ele urinar sentado no vaso ou pedirem pra “balançar já que tu é especialista no assunto”. Pedro conta que nunca foi ao banheiro masculino, só vai nos dias em que não tem aula. Relata que já teve um problema urinário por ter segurado sua urina até chegar a casa: “já tentaram trancar a gente no banheiro” (Depoimento – Pedro/2013). Nesse sentido,

José resume a preocupação dos meninos quando se depararam com tais realidades: “onde vou fazer as minhas necessidades então?”(SAMPAIO, 2015,p.145.

Contudo, por se tratar da vida íntima do indivíduo, o acesso ao banheiro para suas necessidades fisiológicas, não deve ser proibido. Não seria coerente privar o sujeito, de orientação sexual diversa do símbolo exposto no banheiro, da sua utilização, conforme já visto.

Sampaio (2015, p.138) também observou isso, o que é recorrente nas escolas em geral:

Na escola em questão, os visivelmente afeminados fogem do banheiro masculino por temerem represálias e a grande maioria – de acordo com relatos dos alunos José, Alisson e Pedro – ficam as aulas todas sem ir ao banheiro por justamente não serem aceitos no banheiro feminino. “Esperam então chegar em casa para fazer suas necessidades”(Depoimento-José/2013). Além de desumano é no mínimo um atentado contra a dignidade humana.

O fato é que a cultura heterossexual predomina com a ideia de que a construção binária do banheiro foi criada com propósitos e deve ser observada. É uma forma de regular o comportamento dos indivíduos enquanto atuam em sociedade (SAMPAIO, 2015).

Entretanto, se por um lado o banheiro binário foi construído como forma de organização social, por outro, e levando em consideração a realidade social em que vivemos, tal construção não pode se tornar objeto de segregação.

Sendo os banheiros uma arquitetura social construída para legitimar a “heterossexualidade compulsória”, nos quais os corpos devem se conformar ao binarismo de gênero, o episódio dos meninos que frequentavam o banheiro feminino é subversivo por demonstrar que as práticas regulatórias da inteligibilidade dos sujeitos atuam em todos os espaços e com todos/as pessoas que participam do cotidiano escolar. Regula inclusive a prática das necessidades fisiológicas. Assim, o banheiro binário se constitui em mais uma das tecnologias de governo dos corpos que as instituições sociais reiteram e criam como inerentes e anteriores às inscrições culturais. **Esse episódio torna-se um “problema” por questionar a legitimidade do binarismo de gênero em abarcar as diversas configurações de corpo e gênero** (SAMPAIO, 2015, p.143) (grifo nosso).

Então, por que não construir um terceiro banheiro?

Foi essa a ideia que o diretor de uma escola ouviu de pais de alunos, segundo a pesquisa realizada por Sampaio (2015):

De forma pessimista, José afirma que o preconceito está em toda parte há muito tempo e não vai ser nesta escola que isso vai acabar. Ele inicialmente propõe a utilização dos banheiros masculinos dos professores, mas a ideia é logo rejeitada pelo gestor. Então faz uma proposta muito inusitada e digna de muitas interpretações: “por que a escola não constrói um terceiro banheiro para essas pessoas que sofrem preconceito e discriminação nos banheiros dos homens?” (Depoimento – José/2013) (SAMPAIO, 2015, p.147).

Tal possibilidade chega ser levantada até mesmo pelos alunos homossexuais como uma forma de fuga do bullying e do preconceito (SAMPAIO, 2015). No entanto, tal “solução” não é viável, eis que não contribuiria para o objetivo maior que é o apreço à tolerância em relação à orientação sexual das pessoas.

Por isso não adianta construir diversos banheiros para abarcar a diversidade dos sujeitos se essa arquitetura social continuar sendo reflexo da heterossexualidade compulsória (SAMPAIO, 2015). Em outras palavras, a construção de um terceiro banheiro nas escolas seria uma forma de efetivação e de elevação dos conceitos heteronormativos, seria como se afirmasse que os homossexuais são seres estranhos aos considerados normais, o que não se pretende com o presente estudo.

A pretensão do presente trabalho, ao analisar a norma prevista na Resolução nº 12 do CNCD/LGBT, integrando-a ao texto constitucional, é o diálogo e a reflexão sobre a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, entendendo-se as diferenças quanto a sexo, orientação sexual e identidade de gênero.

Portanto, verifica-se que a construção de um terceiro banheiro não corresponde e não beneficia igualmente os indivíduos travestis, transexuais e aqueles que se identificam com o sexo oposto, além de fortificar ainda mais os conceitos heteronormativos.

Neste sentido:

A primeira dimensão da proposta do terceiro banheiro a ser realçada vincula-se a superioridade, naturalização, normalidade e sacralidade da heteronormatividade. O padrão heteronormativo determina os “puros”, “sadios”, “normais” e “aceitáveis” como também os contrários a serem expulsos, “guetificados”, inferiorizados, excluídos ou chamados a processos de adaptação, purificação, normalização ou transformação. Tais processos são engendrados nos espaços sociais e tem como alvos processos de subjetivação.

A construção do terceiro banheiro significaria mais um aspecto da “guetificação” do “mundo gay”. Vale ressaltar que o processo de guetificação foi engendrado pelos gays como proteção às “pedagogias do insulto e do armário” engendrados pelos “homens de verdade”. O “gueto”- por mais que exprima a positividade do compartilhamento de cultura entre coisas semelhantes encerra o poder da heteronorma: é necessário ser isolado/apartado espacialmente e simbolicamente para se sentir bem ou obter resquícios de dignidade humana? Assim, com a “guetificação” que representa a solução do terceiro ou quarto... banheiros aos sujeitos desviantes, a heteronormatividade permanece reinante e intacta, bem como a sua arbitrária naturalidade e domínio simbólico (SAMPALIO, 2015, p.148).

A solução então seria a criação ou a transformação de um banheiro em unissex? Embora seja uma alternativa viável, não seria, em tese, aceitável, uma vez que homens e mulheres não precisam utilizar o mesmo banheiro, se não se sentirem confortáveis.

Uma coisa é dizer que travestis e transexuais utilizem o banheiro de acordo com a identidade de gênero, outra é dizer que homens e mulheres utilizem o mesmo banheiro.

O ponto alto do contexto é realmente esse: indivíduos com genitália masculina e que se consideram pertencentes ao gênero feminino devem ser tratados como do gênero feminino e vice-versa. Nessa altura do mundo moderno, essa é a realidade. Já é hipocrisia considerar que a pessoa com genitália masculina, e que se considera pertencente ao gênero feminino, utilizar o banheiro feminino é um homem utilizando o banheiro das mulheres. As legislações futuristas lutarão para banir tal preconceito.

A Resolução nº12, do CNCD/LGBT, orienta que não se pode proibir que travestis e transexuais utilizem o banheiro de acordo com a identidade de gênero. A norma não impõe a criação/transformação de um banheiro em unissex. Justamente porque o objetivo dela é que todas as pessoas se sintam confortáveis em suas necessidades fisiológicas sem se preocuparem com atitudes homofóbicas e heteronormativas.

Sampaio, por exemplo, defende a implantação de um banheiro unissex:

Talvez o grande vilão dos preconceitos e discriminações seja a ditadura do gênero que se expressa nos termos acima citados. Eles foram criados justamente para reproduzir e manter as coisas que encerram sua posse. Em vez de três banheiros, porque não construirmos vários banheiros “unissex” por toda a escola, retirando os símbolos e os emblemas “masculino”, “feminino” ou “LGBT” e deixando apenas a palavra banheiro. Os banheiros “unissex” podem contribuir para uma tentativa de desestabilização do binarismo de gênero e propiciar ao menos parcialmente a retirada do

banheiro da lista dos espaços promotores da homofobia e heterossexismo. Além disso, pode fomentar talvez uma reflexão acerca das arbitrariedades culturais das práticas excludentes e desumanas pautadas nos marcadores sociais: sexo, gênero e sexualidade (SAMPAIO, 2015, p.150).

Entretanto, conforme o já exposto, ainda não é o momento. O momento é proteger e promover os direitos dos homossexuais visando ao seu reconhecimento nos diferentes espaços sociais, começando pela escola.

Neste sentido, e, de acordo com os Princípios de Yogyakarta (2007), toda pessoa tem o direito à educação, sem discriminação por motivo de sua orientação sexual e identidade de gênero.

Para a efetivação desse preceito, o documento estipula ações que os Estados deverão tomar em relação aos sujeitos educacionais:

- a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar o acesso igual à educação e tratamento igual dos/das estudantes, funcionários/as e professores/ as no sistema educacional, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero;
- b) Garantir que a educação seja direcionada ao desenvolvimento da personalidade de cada estudante, de seus talentos e de suas capacidades mentais e físicas até seu potencial pleno, atendendo-se as necessidades dos estudantes de todas as orientações sexuais e identidades de gênero;
- c) Assegurar que a educação seja direcionada ao desenvolvimento do respeito aos direitos humanos e do respeito aos pais e membros da família de cada criança, identidade cultural, língua e valores, num espírito de entendimento, paz, tolerância e igualdade, levando em consideração e respeitando as diversas orientações sexuais e identidades de gênero;
- d) Garantir que os métodos educacionais, currículos e recursos sirvam para melhorar a compreensão e o respeito pelas diversas orientações sexuais e identidades de gênero, incluindo as necessidades particulares de estudantes, seus pais e familiares;
- e) Assegurar que leis e políticas deem proteção adequada a estudantes, funcionários/as e professores/as de diferentes orientações sexuais e identidades de gênero, contra toda forma de exclusão social e violência no ambiente escolar, incluindo intimidação e assédio;
- f) Garantir que estudantes sujeitos a tal exclusão ou violência não sejam marginalizados/as ou segregados/as por razões de proteção e que seus interesses sejam identificados e respeitados de uma maneira participativa;
- g) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar que a disciplina nas instituições educacionais seja administrada de forma coerente com a dignidade humana, sem discriminação ou penalidade por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero do ou da estudante, ou de sua expressão;
- h) Garantir que toda pessoa tenha acesso a oportunidades e recursos para aprendizado ao longo da vida, sem discriminação por motivos de orientação sexual ou identidade de gênero, inclusive adultos que já tenham sofrido essas formas de discriminação no sistema educacional.

Os dispositivos citados tratam-se de recomendações. Refletem a aplicação da legislação de direitos humanos internacionais à vida e à experiência das pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas e nenhum deles deve ser interpretado como restrição ou, de qualquer forma, limitação dos direitos e liberdades dessas pessoas, conforme reconhecidos em leis e padrões internacionais, regionais e nacionais (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007).

Nota-se, portanto, que a Resolução nº 12 do CNCD/LGBT, para elaboração dos direitos/orientações, pautou-se no documento mencionado acima, uma vez que, dentre outros documentos internacionais, dos quais o Brasil é signatário, refletem os anseios da população homossexual, em relação à orientação sexual e à identidade de gênero.

Assim, respondendo à pergunta crucial do capítulo: o uso de banheiro de acordo com a identidade de gênero é um direito, e deve ser assegurado? Ou é uma afronta à privacidade das pessoas heterossexuais? Pode-se dizer, considerando o contexto social atual, que é um direito dos travestis, transexuais e todos aqueles que se consideram pertencentes ao gênero oposto, utilizar do banheiro de acordo com sua identidade sexual. Não deve ser considerada tal atitude uma afronta à privacidade dos indivíduos heterossexuais, uma vez que o banheiro tem a finalidade fisiológica, não havendo a necessidade de juízo de valores de quem o frequenta.

Além disso, o acesso aos banheiros de acordo com a identidade de gênero proporcionará a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola e o respeito à liberdade e o apreço à tolerância, objetivo previsto na Resolução nº 12, do CNCD/LGBT, bem como a consequente garantia da dignidade humana prevista no texto constitucional.

No mais, todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados. A orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007).

Noutro norte, embora sejam muitas as discriminações e intolerâncias sofridas por transgêneros, alguns julgados já estão emergindo na sociedade brasileira, em favor desta população, que está correndo atrás de seus direitos e buscando punição às atitudes intolerantes.

Como exemplo, cita-se logo abaixo um julgado proferido pela Turma Recursal do Estado do Rio Grande do Sul no ano de 2014. Trata-se o feito de uma ação movida em desfavor de um supermercado, pleiteando a parte requerente ser indenizada por constrangimentos suportados, eis que é transexual e foi agredido verbalmente e expulso do banheiro feminino por funcionário do estabelecimento. O juiz de primeira instância entendeu, considerando as provas dos autos, que houve mesmo o constrangimento do autor e condenou a ré a indenizá-lo. Em sede de recurso inominado, apresentado pela condenada, a Turma Recursal confirmou a sentença e negou provimento ao recurso, manifestando suas visões sobre o caso:

Diante disso, penso que a prova produzida corrobora a tese do autor de que foi humilhado no estabelecimento da ré pelo fato de ter utilizado o banheiro feminino. E considerando que o autor se veste como mulher e assim se porta, não poderia mesmo buscar o banheiro masculino, posto que com certeza sofreria retaliação, porque não sejamos ingênuos, a homofobia ainda está entre nós.

Aliás, o que aconteceu no estabelecimento da demandada foi homofobia e preconceito, o que impõe medidas enérgicas daquela administração para evitar que isto ocorra, não apenas orientando, mas tomando providências, quem sabe, para a instalação de banheiro alternativo e que não exponha o homossexual a constrangimentos.

A empresa é responsável pelo ato de seus empregados no exercício das suas funções (Voto da Relatora: Gisele Anne Vieira de Azambuja, Julgado em 25/07/2014-Recurso Cível Nº 71004944682, Quarta Turma Recursal Cível do estado do Rio Grande do Sul).

Segue ementa do julgado:

Ementa: RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SUPERMERCADO. UTILIZAÇÃO DE BANHEIRO FEMININO POR TRANSEXUAL . IMPEDIMENTO PELA SEGURANÇA E DEBOCHE DE FUNCIONÁRIOS DA DEMANDADA, IMITANDO O AUTOR URINANDO EM PÉ. PROVA QUE CONFORTA A ALEGAÇÃO DA INICIAL. CONSTRANGIMENTO, VERGONHA E SOFRIMENTO INDENIZÁVEIS. DANO MORAL FIXADO EM R\$3.000,00 QUE NÃO É EXCESSIVO, AMENIZARÁ O SOFRIMENTO AO AUTOR, E ATENDE AO CARÁTER PEDAGÓGICO-PUNITIVO DA MEDIDA. SENTENÇA CONFIRMADA. RECURSO NÃO PROVIDO. (Recurso Cível Nº 71004944682, Quarta Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Gisele Anne Vieira de Azambuja, Julgado em 25/07/2014)

Como se pode verificar, o caso exposto acima é reflexo de uma sociedade heteronormativa e que o aspecto biológico da pessoa ainda é definição sobre qual papel e lugar esta deve ocupar na sociedade.

4.5 Da força normativa da Resolução nº.12/15 nas instituições de ensino

Conforme já exposto, o Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT) é um órgão colegiado, integrante da estrutura básica da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Tem a finalidade de potencializar as políticas públicas para a população LGBT e, como finalidade formular e propor diretrizes de ação governamental, em âmbito nacional, voltadas para o combate à discriminação e para a promoção e defesa dos direitos de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais.

A grande preocupação do CNCD/LGBT tem sido fomentar e acompanhar as políticas públicas, além da busca incansável de sensibilizar os órgãos de Estado nas ações de defesa e garantia dos direitos da população LGBT.

Conforme art. 4º da Lei nº12.986, de 02 de junho de 2014:

O CNDH é o órgão incumbido de velar pelo efetivo respeito aos direitos humanos por parte dos poderes públicos, dos serviços de relevância pública e dos particulares, competindo-lhe:

(...)

II - fiscalizar a política nacional de direitos humanos, podendo sugerir e recomendar diretrizes para a sua efetivação;

(...)

IX - opinar sobre atos normativos, administrativos e legislativos de interesse da política nacional de direitos humanos e elaborar propostas legislativas e atos normativos relacionados com matéria de sua competência.

Assim, verifica-se que a Resolução nº 12 do CNCD é na verdade uma recomendação/orientação às instituições de ensino.

Carvalho Filho cita o conceito de resolução:

Resoluções são atos normativos ou individuais, emanados de autoridades de auto escalão administrativo, como por exemplo, ministros e secretários de Estado ou Município, ou de algumas pessoas administrativas ligadas ao Governo. Constituem matéria das resoluções todas as que se inserem na competência específica dos agentes ou pessoas jurídicas responsáveis por sua expedição. Tais resoluções são típicos atos administrativos, tendo, portanto, natureza derivada; pressupõem sempre a existência de lei ou outro ato legislativo a que estejam subordinadas. Destarte, não se confundem com as resoluções previstas no texto constitucional, como é o caso das relacionadas no art.59, VII, que integram o processo legislativo. Trata-se de atos autônomos e de natureza primária, não se configurando como atos administrativos propriamente ditos (CARVALHO FILHO, 2014, p.137).

Verifica-se, portanto, que a resolução elaborada pelo CNCD/LGBT não tem força de lei. Trata-se de uma recomendação para que as instituições de educação adotem práticas para respeitar os direitos de estudantes travestis e transexuais. Não existe no Congresso Nacional uma lei que obrigue as instituições educacionais a seguirem tal resolução.

Contudo, a resolução vem de um conselho nacional, é uma recomendação federal. Não foi editada ao analisar um caso isolado ocorrido com algum indivíduo transgênero. Foi editada, conforme o próprio texto afirma:

considerando o art. 5º da Constituição Federal, que estabelece a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza - entendendo-se aqui inclusive as diferenças quanto a sexo, orientação sexual e identidade de gênero;

considerando os princípios de direitos humanos consagrados em documentos e tratados internacionais, em especial a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), o Protocolo de São Salvador (1988), a Declaração da Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata (Durban, 2001) e os Princípios de Yogyakarta (Yogyakarta, 2006);

considerando a Lei nº 9.394/1996, que define as diretrizes e bases da educação nacional que, em seu art. 2º, estabelece a educação como dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tendo por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, indicando, em seu art 3º, como princípios do ensino, entre outros, a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola e o respeito à liberdade e o apreço à tolerância;

considerando os compromissos assumidos pelo Governo Federal no que concerne à implementação do Programa "Brasil sem Homofobia - Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLBT e de Promoção da Cidadania Homossexual" (2004), do Plano Nacional de Promoção da Cidadania e dos Direitos Humanos de LGBT (2009), do Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH3(2009) e do Plano Nacional de Políticas para as Mulheres (2012) (SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS, 2015).

Como se pode observar, a Resolução percorreu longo caminho até sua elaboração, sempre com o propósito de amenizar as diferenças quanto a sexo, orientação sexual e identidade de gênero e promover igualdade de condições para o acesso e permanência na escola e o respeito à liberdade e o apreço à tolerância.

Destarte, embora não tenha força vinculante frente às instituições de ensino, suas orientações foram pautadas em casos concretos e legislações que visam assegurar a preservação dos direitos humanos.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como principal tema de pesquisa o conteúdo da Resolução n°.12, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT), especificamente no que tange à possibilidade de uso de banheiros dentro das instituições de ensino, de acordo com a identidade de gênero.

O Conselho Nacional de Combate a Discriminação e Promoção dos direitos dos indivíduos homossexuais (CNCD/LGBT), órgão vinculado à Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, e responsável pela edição da medida, considerou vários aspectos, dentre eles textos legislativos em prol dos direitos humanos, programas de combate à discriminação, além do contexto social.

O tema foi escolhido por ser polêmico e atual, eis que trava a discussão sobre assuntos referentes à homossexualidade, “identidade” ainda rejeitada por parte grande da sociedade.

Para a realização da presente pesquisa foi utilizado o método dedutivo, desenvolvido por meio de leitura, análise e registros em doutrinas, artigos publicados e diferentes decisões jurisprudenciais, para melhor compreensão e análise do tema.

Pela técnica da pesquisa bibliográfico-documental, foi possível a interpretação da Resolução n° 12 do Conselho Nacional de Combate a Discriminação, com o auxílio de teorias e opiniões de estudiosos e juristas sobre o assunto, o que proporcionou a riqueza deste trabalho.

No desenvolver do presente estudo tentou-se responder ao seguinte questionamento, objetivo geral do trabalho: se o uso de banheiro, de acordo com a identidade de gênero, nas instituições de ensino, é um direito dos indivíduos transgêneros ou invasão de privacidade de indivíduos heterossexuais?

Para vislumbrar a resposta, o estudo foi dividido em três capítulos.

O primeiro capítulo retratou, brevemente, um histórico sobre as lutas e conquistas dos movimentos homossexuais, o contexto histórico atual, o objetivo da criação do “Programa Brasil sem Homofobia”, uma prévia sobre o tema diversidade e gênero na escola, bem como foram apontados alguns conceitos importantes, com a finalidade de melhor entendimento do conteúdo.

Assim, podemos observar que a homossexualidade foi associada a uma doença, a AIDS. Foi vista como pecado e fortemente combatida por grupos intolerantes. Entretanto, com o surgimento dos movimentos LGBTs, iniciou-se uma grande batalha na busca de autoafirmação e por conquistas de direitos, o que perdura até hoje.

Do mesmo modo, questões relacionadas a gênero e diversidade sexual ganharam espaço nos conflitos e nas reflexões pela sociedade, o que foi necessário para a normatização de direitos e repulsa às atitudes consideradas como homofóbicas.

No Brasil, a criação de programas de combate à discriminação e a elaboração de políticas públicas específicas e articuladas na busca pela igualdade social visam à superação das discriminações, preconceitos e violência contra a sociedade homossexual. Um dos mais relevantes é o “Programa Brasil sem Homofobia”, implantado em todo o território nacional.

Na educação, a implantação de cartilhas e elaboração de cursos para os professores visando à reflexão sobre gênero, sexualidade, orientação sexual, possibilita a ampliação dos debates sobre tais assuntos, embora muito, ainda, há de se esclarecer e dialogar, principalmente no que tange às especulações de pais e responsáveis pelos alunos, ou mesmo em relação a conceitos e pré-conceitos de professores e os próprios estudantes sobre o tema sexualidade.

No segundo capítulo, fez-se necessário um esboço sobre o órgão editor da Resolução nº12, como estrutura e principais competências desse órgão, bem como as principais considerações que levaram à edição do texto e a exposição dos principais direitos por ele regulamentados.

Neste capítulo, verificou-se que a Resolução nº12/15, reportou como direitos o uso do nome social, de vestimentas e banheiros de acordo com a identidade de gênero e a extensão desses direitos aos adolescentes, enquanto frequentadores das instituições de ensino.

Nessa esteira, observa-se que tal regulamentação objetiva a inclusão e garantia do direito à igualdade, prevista na Constituição Federal Brasileira, além da busca pelo apreço à tolerância e o combate à homofobia.

Já no terceiro capítulo, abordou-se o tema central e mais polêmico da Resolução estudada: o uso de banheiro, de acordo com a identidade de gênero, nas instituições de ensino é um direito e deve ser assegurado? Ou é uma afronta à

privacidade das pessoas heterossexuais? Tal indagação levou a outra: seria viável a construção de um terceiro banheiro ou um banheiro unissex?

Ressalta-se que procuramos responder a tais questionamentos, sob a luz do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como respeitando os direitos constitucionais à liberdade e à igualdade previstos no texto constitucional.

E, para finalizar, ao analisar se os direitos regulamentados pela Resolução citada devem ser, obrigatoriamente, seguidos dentro das instituições de ensino, chegamos à conclusão de que a Resolução em destaque não tem força de lei, ou seja, não vincula as instituições educacionais. Contudo, diante dos fatos e preceitos apontados, conclui-se que a Resolução constitui uma recomendação para que as instituições de educação adotem práticas para respeitar os direitos de estudantes transgêneros. Ainda não existe no Congresso Nacional uma lei que assegure todos os anseios da população homossexual no país, sobre as questões referenciadas no texto da resolução estudada.

Pois bem. De acordo com a Resolução n.º.12 do CNCD/LGBT, estudantes transgêneros poderão escolher se vão usar o banheiro masculino ou feminino e o tipo de uniforme escolar (masculino ou feminino) de acordo com a sua identidade de gênero. Poderão, ainda, ter o nome social, nome com o qual o indivíduo se identifica, inserido em todos os processos administrativos da vida escolar, como matrícula, boletins, registro de frequência, provas e concursos públicos, além de serem tais direitos estendidos aos adolescentes.

A Constituição Federal de 1988 destaca que é necessário assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade sem preconceitos, para a construção de um Estado Democrático de Direito. Para isso, considerou ser objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Do mesmo modo, dispôs sobre a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se, dentre outros o direito à igualdade, à intimidade e à liberdade.

Neste sentido, e analisando os temas em debate, vimos que a orientação sexual integra a vida privada e a intimidade de cada indivíduo. A faculdade de o ser humano definir e externar a sua orientação sexual compreende não só o seu

comportamento, mas a aparência de seu corpo. É a liberdade de cada pessoa viver a sua própria sexualidade.

Entretanto, vimos que a cultura universal já define, enquanto somos crianças, a utilização dos banheiros pelo perfil dos corpos buscando identificar inicialmente o sexo, através da genitália.

De fato, a utilização de banheiros de acordo com o órgão sexual do indivíduo é imposta às crianças por uma questão de organização de ambiente e para a manutenção da ordem social.

Contudo, em que pese ser o banheiro objeto de organização social, há que se verificar que, com a autodeterminação dos indivíduos homossexuais, tal “organização” já não está mais acompanhando a realidade.

Não se pode negar que os indivíduos transgêneros não se sentem à vontade ou não são bem recebidos pelos heterossexuais nos banheiros que condizem com sua identidade biológica.

Assim, diante das emergentes transformações sociais, não se pode permitir que o conceito de normalidade e ordem social de indivíduos heteronormativos interfira no sentimento e na vida íntima dos outros.

Nessa esteira, devemos verificar se a construção binária está gerando segregação. O que de fato está.

Não se pode simplesmente deixar de lado que indivíduos transgêneros estejam sofrendo discriminação por não poder utilizar o sanitário conforme o gênero que se identifica, sob a alegação de que são homens (levando em consideração a genitália) utilizando o banheiro feminino. Tal informação é, no mínimo, preconceituosa, senão vejamos.

Se uma pessoa que possui órgão sexual masculino se considera pertencente ao sexo oposto, não se pode dizer que ele é homem, mas, sim, homossexual, transexual, travesti. Se houver a afirmação de que este indivíduo é homem estaremos afirmando também que homossexualidade não deve ser reconhecida ou aceita.

Lado outro, algumas pessoas apontam a criação de um terceiro banheiro como saída para o não uso dos banheiros binários pelos transgêneros.

Ocorre que tal “saída” seria considerar os indivíduos transgêneros como seres diferentes dos heterossexuais e afirmar, ainda mais, as concepções heteronormativas. Não haveria neste caso o respeito ao direito a igualdade, mas

reforçaria a segregação social que os homossexuais vêm combatendo há tanto tempo.

No que se refere às constantes afirmações de que a separação dos banheiros é necessária uma vez que, se ela não existisse, os homens se aproveitariam da situação para atacar sexualmente as mulheres e crianças, de fato, não podemos evitar atitudes como essas. Entretanto, também não podemos evitar que isso aconteça em nossa casa, no caminho da escola, ou qualquer ambiente onde haja convivência entre seres humanos. Do mesmo modo, não podemos fechar os olhos para o fato de que ataques sexuais também são sofridos por gays nos banheiros masculinos.

Devemos ter em mente que delitos como esses devem ser combatidos. As responsabilidades devem ser apuradas levando-se em consideração cada caso concreto. Sabe-se que o banheiro é utilizado para necessidades fisiológicas de cada indivíduo e atos que ultrapassem essa finalidade devem ser fiscalizados e punidos.

O que não se pode permitir é que a discriminação em relação ao gênero e a identidade sexual continuem a resultar na defasagem escolar, uma vez que os indivíduos que são sujeitos a utilizarem o banheiro que não se adequam a sua identidade de gênero sofrem com a intolerância, com o desrespeito e hostilidade dos demais indivíduos heterossexuais.

Temos que as normas eficazes, até o momento, deram-se em relação ao casamento homoafetivo e à possibilidade de adoção de crianças por casais homossexuais. Assim, é certo que com a edição de tais normas ficou mais fácil a “aceitação” destas ações (casamento e adoção) pela sociedade. Deste modo, entende-se que uma lei regulamentando as orientações da Resolução seria primordial para a concretização e efetivação dos direitos que os homossexuais tanto anseiam.

Para que haja a normatização, o primeiro grande passo da modernidade é o abandono de conceitos heteronormativos, aqueles que não aceitam as mudanças sociais.

A sociedade encontra-se em constantes transformações. Portanto, pensamentos e ideias tidos como verdades absolutas não devem prevalecer em detrimento de ninguém.

A abertura a pensamentos e crenças mais subjetivas, que vejam o ser humano acima de qualquer estereótipo ou “pré-conceito”, como ele realmente é, ou

como gostaria de ser visto, é o que se espera de uma sociedade mais justa e isso se dará através do diálogo.

Conforme se verificou, entre as dificuldades apontadas como difícil aceitação por grande parte da sociedade em “permitir” a utilização de banheiro de acordo com a identidade de gênero, estariam o favorecimento de atos de pedofilia e de violência, uma vez que mulheres e crianças estariam vulneráveis nesses locais.

Entretanto, conforme já foi dito, em que pese ser um assunto delicado, a crença de que o transexual vai fazer uma coisa inadequada, ou imprópria, é certo tipo de preconceito. O presente trabalho supõe que o transexual vai usar o banheiro de maneira própria. Se qualquer indivíduo agir de maneira inadequada no banheiro, deve ser sancionado por tal conduta.

Por outro lado, o uso de banheiro de acordo com a identidade de gênero por transexuais respeita o princípio da dignidade da pessoa humana e não se pode negar que os transexuais são marginalizados, estigmatizados, sendo alvo de preconceitos em todos os meios sociais.

A dignidade é um valor intrínseco de toda pessoa e que cabe ao Estado garantir sua efetividade conforme as livres escolhas de cada indivíduo.

Destratar, hostilizar uma pessoa por ser gay, lésbica, travesti, bissexual ou transexual, ou seja, nenhum grau de repressão vai mudar que o homossexualismo está presente na sociedade e que ele é um comportamento, e não uma doença.

Portanto, considerando todo o exposto, conclui-se que é necessária a ampliação do debate sobre o tema nas escolas juntamente com a edição de uma lei corroborando as orientações da Resolução estudada, o que possibilitaria mais segurança e efetivação dos direitos dos homossexuais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil.**

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 20 mar.2016.

_____, **Decreto Nº 7.388, de 9 de dezembro de 2010.** Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2010/Decreto/D7388.htm.

Acesso em 24 fev.2016.

_____, Lei nº 6.015, de 31 de Dezembro de 1973. **Lei de Registros Públicos.**

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acesso em: 30 jul. 2016.

_____, Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Dispõe sobre as Diretrizes e Bases da Educação Nacional** Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm. Acesso em 23 abr.2016.

_____, Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro De 2002. **Código Civil (2002).** Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 20 mar.2016.

_____, Lei nº 12.986, de 02 de junho de 2014. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2014/Lei/L12986.htm. Acesso em 20 fev. 2016.

_____, Secretaria de Direitos Humanos. **Conselho Nacional de Combate à Discriminação de LGBT (CNCD/LGBT).** Disponível em:

<http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cncd-lgbt>. Acesso em 24 fev.2016

_____, _____ **Resolução nº12, de 16 de janeiro de 2015.** Disponível

em:<http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cncd-lgbt/resolucoes/resolucao-012>; Acesso em 30 abr. 2016

_____. Ministério da Educação. **Gênero e diversidade na escola.** Disponível em:

http://estatico.cnpq.br/porta1/premios/2014/ig/pdf/genero_diversidade_escola_2009.pdf. Acesso em 29 mar.2016

_____. **Gênero e Diversidade Sexual na Escola: reconhecer diferenças e superar preconceitos**. 2007. Disponível em:
http://pronacampo.mec.gov.br/images/pdf/bib_cad4_gen_div_prec.pdf Acesso em 22 mar.2016

_____.Ministério da Saúde. **Brasil Sem Homofobia: Programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual**. Brasília, 2004. Disponível em:
http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/brasil_sem_homofobia.pdf. Acesso em 21 jun. 2015

CARVALHO, André Ricardo Fonseca. **Aspectos Relevantes Do Nome Civil**. 2016. Disponível em:
http://www.mpto.mp.br/cint/cesaf/opinioes_juridicas/301008093101.pdf. Acesso em 24 abr. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, 2016. Disponível em:
http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade_teorias_gerais_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em 23 jun. 2016.

FACHINNI, Regina. **Histórico da luta de LGBT no Brasil**. 2016. Disponível em:
http://www.crpsp.org.br/portal/comunicacao/cadernos_tematicos/11/frames/fr_historico.o.aspx. Acesso em 24 fev.2016

HENRIQUE, Adalberto Romualdo Pereira; CALDEIRA, Bárbara Moreira de Mattos Figueiredo. **Revista Científica Indexada Linkania Júnior** - ISSN: 2236-6652 V. 4 - Nº 1 – Janeiro/Março – 2014. Sexualidade e diversidade na escola: experiências vivenciadas por homossexuais no ensino médio frente à pedagogia heterossexista. Disponível em: <http://linkania.org/files/journals/2/articles/240/submission/original/240-598-1-SM.pdf> Acesso em: 16 maio 2016.

LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Marina de Andrade. **Sociologia Geral**. 7° ed. São Paulo: Atlas, 2009.

LIMA, Cláudia de Castro. **A história da homossexualidade e a luta pela dignidade**. 2012. Disponível em: <http://guiadoestudante.abril.com.br/aventuras-historia/historia-homossexualidade-luta-pela-dignidade-718218.shtml> Acesso em 25 set. 2015

MAIO, Eliane Rose; OLIVEIRA JÚNIOR, Isaias B. De. O cotidiano escolar e suas práticas heteronormatizadoras. **Revista Cotidiano da Escola**. v.2 n.4 julho/dezembro, 2014. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:fuGzSFSXVusJ:www.revistaadiversidadeeducacao.furg.br/index.php/se%25C3%25A7%25C3%25B5es.html%3Fdownload%3D52:cotidiano-da-escola-edicao4+%&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 23 jun. 2016.

MENDES, Clóvis. O nome civil da pessoa natural. Direito da personalidade e hipóteses de retificação. 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/13015/o-nome-civil-da-pessoa-natural>. Acesso em 04 maio 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonel. **Curso de Direito Constitucional**. 9º ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça**. Apelação cível nº: 1.0231.11.012679-5/001, Relator: Des. Edilson Fernandes , 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 13/08/2013, publicação da súmula em 23/08/2013). Disponível em: <http://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/6930/1/TJMG%20Apela%C3%A7%C3%A3o%2010231110126795001.pdf>. Acesso em: 20 mar.2016.

_____, **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 1.0702.14.043172-8/001, Relator(a): Des.(a) Yeda Athias , 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 07/07/2015, publicação da súmula em 17/07/2015). Disponível em: <http://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/7676/7/TJMG%20-%201%200702%2014%20043%20172%208%20001.pdf>. Acesso em: 20 mar.2016.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em 19 maio 2016.

RAMOS, Cristina de Mello. **Revista de Direito da Unigranrio**. O direito fundamental à intimidade e à vida privada. V.1, nº1, 2008. Disponível em: <http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/view/195>. Acesso em 22 mar. 2016

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível Nº 70052872868, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 04/04/2013 e decisão publicada em 09/04/2013. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70052872868%26num_processo%3D70052872868%26codEm_enta%3D5187996+70030504070++++&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70052872868&comarca=Caxias%20do%20Sul&dtJulg=04/04/2013&relator=Alzir%20Felippe%20Schmitz&aba=juris. Acesso em 23 abr.2016

_____. **Turma Recursal**. Recurso Cível Nº 71004944682, Quarta Turma Recursal Cível, Relatora: Gisele Anne Vieira de Azambuja, Julgado em 25/07/2014 e publicado em 29/07/2014. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D71004944682%26num_processo%3D71004944682%26codEm_enta%3D5869428+transexual+banheiro++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=71004944682&comarca=S%C3%A3o%20Leopoldo&dtJulg=25/07/2014&relator=Gisele%20Anne%20Vieira%20de%20Azambuja&aba=juris. Acesso em 23 abr.2016

ROZÁRIO, Elton Santa Brígida do. **Movimento LGBT e lutas por políticas públicas: conquistas, desafios e lutas sociais LGBT**. 2011. Disponível em: http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2011/CdVjornada/JORNADA_EIXO_2011/QUESTOES_DE_GENERO_ETNIA_E_GERACAO/MOVIMENTO_LGBT_E_LUTAS_POR_POLITICAS_PUBLICAS_CONQUISTAS_DESAFIOS_E_LUTAS_SOCIAIS_LGBT.pdf. Acesso em 29 fev. 2016

SAMPAIO, Fabrício de Sousa. **Revista de estudos indisciplinados em gêneros e sexualidades**. O terceiro banheiro: fuga da “pedagogia do insulto” e/ou reforço da heteronormatividade? Periódicus, Salvador, n. 3, v. 1, mai.-out. 2015. Disponível em: <http://www.portalseer.ufba.br/index.php/revistaperiodicus/article/viewFile/14259/9861>. Acesso em 02 abr. 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil-Parte Geral**. v.1, 14º ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ANEXO A

RESOLUÇÃO Nº 12, DE 16 DE JANEIRO DE 2015 PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS

CONSELHO NACIONAL DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO E PROMOÇÃO DOS DIREITOS DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS

DOU de 12/03/2015 (nº 48, Seção 1, pág. 3)

Estabelece parâmetros para a garantia das condições de acesso e permanência de pessoas travestis e transexuais - e todas aquelas que tenham sua identidade de gênero não reconhecida em diferentes espaços sociais - nos sistemas e instituições de ensino, formulando orientações quanto ao reconhecimento institucional da identidade de gênero e sua operacionalização.

A PRESIDENTA DO CONSELHO NACIONAL DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO E PROMOÇÕES DOS DIREITOS DE LÉSBICAS, GAYS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - CNCD/LGBT, no uso das atribuições que lhe confere o Decreto nº 7.388, de 9 de dezembro de 2010, e com fundamento no Parecer CNCD/LGBT nº 01/2015;

considerando o art. 5º da Constituição Federal, que estabelece a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza - entendendo-se aqui inclusive as diferenças quanto a sexo, orientação sexual e identidade de gênero;

considerando os princípios de direitos humanos consagrados em documentos e tratados internacionais, em especial a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), o Protocolo de São Salvador (1988), a Declaração da Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata (Durban, 2001) e os Princípios de Yogyakarta (Yogyakarta, 2006);

considerando a Lei nº 9.394/1996, que define as diretrizes e bases da educação nacional que, em seu art. 2º, estabelece a educação como dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tendo por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, indicando, em seu art 3º, como princípios do ensino, entre outros, a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola e o respeito à liberdade e o apreço à tolerância;

considerando os compromissos assumidos pelo Governo Federal no que concerne à implementação do Programa "Brasil sem Homofobia - Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLBT e de Promoção da Cidadania Homossexual" (2004), do Plano Nacional de Promoção da Cidadania e dos Direitos

Humanos de LGBT (2009), do Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH3(2009) e do Plano Nacional de Políticas para as Mulheres (2012), resolve:

Art. 1º - Deve ser garantido pelas instituições e redes de ensino, em todos os níveis e modalidades, o reconhecimento e adoção do nome social àqueles e àquelas cuja identificação civil não reflita adequadamente sua identidade de gênero, mediante solicitação do próprio interessado.

Art. 2º - Deve ser garantido, àquelas e àqueles que o solicitarem, o direito ao tratamento oral exclusivamente pelo nome social, em qualquer circunstância, não cabendo qualquer tipo de objeção de consciência.

Art. 3º - O campo "nome social" deve ser inserido nos formulários e sistemas de informação utilizados nos procedimentos de seleção, inscrição, matrícula, registro de frequência, avaliação e similares.

Art. 4º - Deve ser garantido, em instrumentos internos de identificação, uso exclusivo do nome social, mantendo registro administrativo que faça a vinculação entre o nome social e a identificação civil.

Art. 5º - Recomenda-se a utilização do nome civil para a emissão de documentos oficiais, garantindo concomitantemente, com igual ou maior destaque, a referência ao nome social.

Art. 6º - Deve ser garantido o uso de banheiros, vestiários e demais espaços segregados por gênero, quando houver, de acordo com a identidade de gênero de cada sujeito.

Art. 7º - Caso haja distinções quanto ao uso de uniformes e demais elementos de indumentária, deve ser facultado o uso de vestimentas conforme a identidade de gênero de cada sujeito;

Art. 8º - A garantia do reconhecimento da identidade de gênero deve ser estendida também a estudantes adolescentes, sem que seja obrigatória autorização do responsável.

Art. 9º - Estas orientações se aplicam, também, aos processos de acesso às instituições e sistemas de ensino, tais como concursos, inscrições, entre outros, tanto para as atividades de ensino regular ofertadas continuamente quanto para atividades eventuais.

Art. 10 - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

JANAINA BARBOSA DE OLIVEIRA

ANEXO B



[Imprimir](#)

Colégio aprova uso de nome social de advogados travestis e transexuais

sexta-feira, 18 de setembro de 2015 às 01:07

Teresina (PI) - Advogados e advogadas travestis e transexuais poderão ter seu nome social na carteira da OAB e em todos os cadastros da entidade. É este o entendimento do Colégio de Presidentes de Seccionais da Ordem, reunido nesta sexta-feira (18), na capital piauiense. A recomendação será encaminhada ao Conselho Federal para que aprove e regulamente a questão.

Segundo o presidente da OAB-SP, Marcos da Costa, que relatou a matéria, a decisão possibilitará o reconhecimento da identidade social dessa população e, conseqüentemente, a diminuição do preconceito a que está sujeita.

Em seu voto, o advogado explica que as pessoas travestis e transexuais constroem sua identidade social em conformidade com o gênero oposto ao de seu sexo biológico. Desta forma, estão sujeitas a constrangimentos ao apresentarem nome civil diferente da aparência que têm. “Desta feita, o nome social, além de assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana, concretiza o direito fundamental à identidade de gênero, ao livre desenvolvimento da personalidade e à não discriminação”, afirma Marcos da Costa, que teve seu voto lido pelo presidente da OAB de Alagoas, Thiago Bomfim.

A OAB lembra que o uso do nome social é garantido por diferentes normas, já sendo realidade em diversos órgãos públicos e outros conselhos de classe. Embora inexista expressa previsão legal, o Poder Judiciário tem reconhecido o direito de travestis e transexuais alterarem os assentamentos de seus registros civis, independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização.

A proposta da Ordem não visa alterar o nome civil desta população, o que só é possível através de decisão judicial, mas, sim, possibilitar a inclusão no registro e na carteira de identidade profissional do nome social ao lado do nome civil.

SAS Quadra 5 - Lote 1 - Bloco M - Brasília - DF | CEP 70070-939 | Fone: +55 61 2193.9600

Notícia disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia/28774/colégio-aprova-uso-de-nome-social-de-advogados-travestis-e-transexuais>. Acesso em 30 jun.2016.