

REVISTA DE DIREITO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL RDCI

ANO 27 • 111 • JANEIRO-FEVEREIRO • 2019

COORDENAÇÃO:
CLÁUDIO FINKELSTEIN
FLÁVIA PIOVESAN
MARIA GARCIA

PUBLICAÇÃO OFICIAL



Instituto Brasileiro
de Direito Constitucional

THOMSON REUTERS

REVISTA DOS
TRIBUNAIS™



THOMSON REUTERS

ProView

Para baixar sua revista eletrônica:

1. Acesse o link www.livrariart.com.br/proview
2. Digite seu nome, seu e-mail e o CÓDIGO DE ACESSO que se encontra na etiqueta adesiva colada nesta revista.
3. Você receberá no e-mail informado a validação do código de acesso;
4. Se você já é usuário ProView, sua revista aparecerá em sua biblioteca. Caso ainda não seja, siga os passos do e-mail que recebeu para criar seu usuário OnePass, um sistema de login que permite o acesso a vários sites da Thomson Reuters com um único nome de usuário e senha;
5. Faça seu cadastro no OnePass e, em seu primeiro acesso ao ProView, **digite a chave que recebeu por e-mail**;
6. Baixe o aplicativo do Proview no site:
www.rt.com.br/marketing/hotsite/Proview/
7. Novidade, agora você acessa o **Thomson Reuters ProView®** direto no seu **smartphone**.

Aproveite sua revista eletrônica e boa leitura!

Obrigado por escolher a Thomson Reuters.

Abaixo o seu código de acesso:





REVISTA DE
DIREITO
CONSTITUCIONAL
E INTERNACIONAL

Ano 27 • vol. 111 • jan.-fev. / 2019

REVISTA DE DIREITO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

Ano 27 • vol. 111 • jan.-fev. / 2019

Coordenação

CLÁUDIO FINKELSTEIN

FLÁVIA PIOVESAN

MARIA GARCIA

CONSELHO EDITORIAL NACIONAL

Ada Pellegrini Grinover (*in memoriam*), Anna Candida da Cunha Ferraz, Bolívar Lamounier, Clèmerson Merlin Clève, Daniel Fabio Jacob Nogueira (Universidade Federal do Amazonas – UFAM), Dinaura Godinho Pimentel Gomes, Dircêo Torrecillas Ramos, Edgard Silveira Bueno Filho, Eduardo Ribeiro Moreira, Elival da Silva Ramos, Fábio Nusdeo, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet, Ives Gandra da Silva Martins, Jacob Dolinger, Jacques Marcovitch, Jerson Carneiro Gonçalves Jr., José Celso de Mello Filho, José Manoel Arruda Alvim Netto, Lenio Luiz Streck, Luis Alberto David Araújo, Marcilio Toscano França Filho (Universidade Federal da Paraíba – UFPB), Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Maria Garcia, Maria Helena Diniz, Maria Paula Dallari Bucci, Miguel Reale Júnior, Oscar Dias Corrêa (*in memoriam*), Péricles Prade, Raul Machado Horta (*in memoriam*), Regina M. Macedo Nery Ferrari, Regis Fernandes de Oliveira, Ricardo Lewandowski, Roberto Rosas, Sergio Alves Gomes, Tercio Sampaio Ferraz Junior

CONSELHO EDITORIAL INTERNACIONAL

Albrecht Weber, André Roux, Daniel Girsberger (Universidade Luzzern – Suíça), Diogo Leite de Campos, Francis Delpérée, Gregorio Robles, Guy Scoffoni, Jorge Miranda, Jorge Reinaldo Vanossi, José Joaquim Gomes Canotilho, Lech Garlicki, Mamiko Ueno, Massimo Luciani, Pedro Cruz Villalón, Péter Kovács, Richard Ghevontian, Thierry Renoux, Isabel Maria Freitas Valente

REVISTA COM PARECERISTAS (DUPLO *Blind Peer Review*)

1. Prof. Dr. Aloysio Vilarino dos Santos

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP

2. Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva

Professor Adjunto da Universidade Federal de Sergipe – UFS

3. Prof. Dr. Lucas de Souza Lehfeld

Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP

4. Prof. Dra. Maria Paula Dallari Bucci

Universidade de São Paulo – USP

5. Prof. Dra. Thais Novaes Cavalcanti

Centro Universitário UNIFIEO

6. Profª Dra. Isabel Maria Freitas Valente

Universidade de Coimbra

7. Prof. Dr. Jerson Carneiro Gonçalves Junior

Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ

8. Profª Dra. Carla Noura Teixeira

Universidade da Amazônia – UNAMA

Instituto Brasileiro de Direito Constitucional



www.ibdc.com.br

Rua Teodoro de Beaurepaire, 234

Tel. 11 3159.4363 – Fax 11 3151.4911

ibdc.sp@uol.com.br

CEP 04279-030 – São Paulo, SP, Brasil

ISSN 1518-272X

REVISTA DE
**DIREITO
CONSTITUCIONAL
E INTERNACIONAL**

Ano 27 • vol. 111 • jan.-fev. / 2019

Coordenação

CLÁUDIO FINKELSTEIN

FLÁVIA PIOVESAN

MARIA GARCIA



Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Direito Constitucional – IBDC

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

ISSN 1518-272X

REVISTA DE DIREITO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

Ano 27 • vol. 111 • jan.-fev. / 2019

Coordenação

CLÁUDIO FINKELSTEIN

FLÁVIA PIOVESAN

MARIA GARCIA

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e dos conceitos emitidos em seus trabalhos.



© edição e distribuição da
THOMSON REUTERS BRASIL CONTEÚDO E TECNOLOGIA LTDA.

JULIANA MAYUMI ONO

Diretora responsável

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo
São Paulo – Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução
total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8 h às 17 h)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

Visite nosso *site*
www.rt.com.br

e-mail para submissão de originais
aval.artigo@thomsonreuters.com

Impresso no Brasil: [02-2019]
Professional
Fechamento desta edição: [26.12.2018]



REVISTA DE
**DIREITO
CONSTITUCIONAL
E INTERNACIONAL**

Ano 27 • vol. 111 • jan.-fev. / 2019

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

Editorial: Andréia Regina Schneider Nunes, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo, Marcella Pâmela da Costa Silva e Thiago César Gonçalves de Souza

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente Editorial: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Produção Editorial

Coordenação

IVÊ A. M. LOUREIRO GOMES

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Felipe Augusto da Costa Souza, Marília Gabriela Gradin, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Melhado Navarra e Rafaella Araujo Akiyama

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier e Daniela Medeiros Gonçalves Melo

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação de capa: WK Editoração

Equipe de Conteúdo Digital

Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Ana Paula Cavalcanti, Jonatan Souza, Luciano Guimarães e Rafael Ribeiro

Administrativo e Produção Gráfica

Coordenação

MAURICIO ALVES MONTE

Analista de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis

DIREITO CONSTITUCIONAL

O controle da constitucionalidade no Brasil e na Itália: um estudo comparativo prático e crítico entre os modelos

Judicial review in Brazil and in Italy: a critical and observational comparative study of both models

CARLOS ROBERTO FIRME FILHO..... 15

Viragem constitucional, de Lassalle a Hesse

Constitutional turn, from Lassalle to Hesse

FELIPE RODRIGUES XAVIER..... 57

O domínio público estatal e a laicidade: uma relação difícil

State public domain and laity: a difficult relationship

LEONARDO BELLINI DE CASTRO 71

Hipertextualidade e "supremacia judicial": ensaio a respeito da subversão da figura do "autor"

Hypertextuality and "judicial supremacy": an essay on the subversion of authorship

RAFAEL FELGUEIRAS ROLO 97

CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

Estado de coisas inconstitucional: da experiência colombiana à aplicação pelo STF na ADPF 347

Unconstitutional State of Affairs: from Colombian experience to application by the STF in ADPF 347

MARCIO SCARPIM DE SOUZA..... 117

DIREITOS HUMANOS

O aspecto da moral e da liberdade nos direitos da pessoa com deficiência: análise segundo a filosofia prática em Immanuel Kant

The appearance of moral and freedom in the rights of the disabled person: analysis according to practical philosophy in Immanuel Kant

THIAGO HENRIQUE BRANDÃO..... 151

O direito fundamental à moradia como direito humano e a inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador

The fundamental right to housing as human rights and the unconstitutionality of the guarantor's family property

CLAUDIA REGINA DE OLIVEIRA MAGALHÃES DA SILVA LOUREIRO 161

DIREITO INTERNACIONAL

A [in]eficácia das decisões da Corte Interamericana no ordenamento jurídico brasileiro

The [in]effectiveness of the decisions of the Inter-American Court on Brazilian legal ordinance

GIULIANA MAYARA SILVA DE OLIVEIRA..... 181

BIODIREITO

Limites éticos e jurídicos da pesquisa em células-tronco de embriões excedentes prevista pela Lei de Biossegurança

Ethical and legal limits of stem cells research of excessive embryos provided by the Biosafety Act

FERNANDA LEOPOLDO E SILVA ABDALLA E LETÍCIA WALDER ANTONELI 211

COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA – Pastores que difundem na internet discursos sobre crença alheia – Inadmissibilidade – Conduta que trans-

cede a defesa da própria religião e se torna ilícita ao atacar culto diverso – Ofensa ao direito constitucionalmente protegido e ao princípio de convivência das liberdades.

Comentário por RICARDO BISPO RAZABONI JUNIOR, RAFAEL JOSÉ NADIM DE LAZARI e ALENCAR FREDERICO MARGRAF 235

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORA INÉDITA.... 311

The background of the page is a light gray color with a subtle, abstract pattern of overlapping circles and lines, creating a sense of depth and movement. The pattern is most prominent on the right side of the page, where it forms a large, curved shape that resembles a stylized letter 'C' or a similar geometric form. The lines are thin and light gray, blending into the background.

Direito Constitucional



O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL E NA ITÁLIA: UM ESTUDO COMPARATIVO PRÁTICO E CRÍTICO ENTRE OS MODELOS

JUDICIAL REVIEW IN BRAZIL AND IN ITALY: A CRITICAL AND OBSERVATIONAL COMPARATIVE STUDY OF BOTH MODELS

CARLOS ROBERTO FIRME FILHO

Mestre em Sistemas Jurídicos Contemporâneos pela *Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"*.
Especialista em Direito Público, em Direito do Estado e em Perícia, Auditoria e Gestão Ambiental.
Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Procurador Federal. Ex-Defensor
Público no Estado do Espírito Santo.
crfirme@hotmail.com

ÁREA DO DIREITO: Constitucional

RESUMO: Este artigo busca analisar, por meio de um estudo comparado-evolutivo do controle de constitucionalidade contemporâneo, o modo como a Itália e o Brasil vêm defendendo suas constituições. Para ter uma noção da realidade do processo constitucional nestes países, optou-se por confrontar o notadamente clássico modelo de controle concentrado italiano com o mais híbrido dos modelos – o brasileiro, por meio de um estudo teórico-empírico. A partir disso, observou-se inicialmente diversos benefícios na junção dos institutos do modelo concentrado e do modelo difuso, mas que em uma visão macro devem ser dotados de cautela e maiores reflexões para efetivos ajustes, conforme se verifica pela análise numérica processual da mais alta Corte brasileira. O panorama dos controles de constitucionalidade, por fim, objetiva demonstrar os principais aspectos e perspectivas dos modelos de fiscalização constitucional analisados, com alertas e sugestões de mudanças.

ABSTRACT: The present article investigates, through a comparative-evolutive study, the manner in which Italy and Brazil have been safeguarding their Constitution. In order to understand the reality of the constitutional process of these two countries, this article compares the classical model of concentrated constitutional control in Italy with the most hybrid of the models – the Brazilian one, through a theoretical-empirical study. In that respect, several benefits have been initially observed in virtue of the combination of the concentrated and the diffuse models. Nevertheless, this combination shall be undertaken with care and greater reflections for effective adjustments at the macro level, as can be verified by the analysis of the extremely high number of judicial claims at the highest Brazilian court. Finally, the overview of the constitutional controls aims to demonstrate the main aspects and perspectives of constitutional models analyzed, in addition to provide warnings and suggestions for changes.

PALAVRAS-CHAVE: Direito constitucional comparado – Controle de constitucionalidade – Tribunais constitucionais – Direito e fatos.

KEYWORDS: Comparative constitutional law – Judicial review – Constitutional courts – Law and facts.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Constituição italiana de 1947 e sua Corte Constitucional. 2. A Constituição brasileira de 1988 e o Supremo Tribunal Federal. 3. Do controle de constitucionalidade: entre o clássico e o “moderno”. 3.1. Números comparativos: busca da eficiência na jurisdição dos milhões. 4. Reflexões, críticas e sugestões finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Utilizando-se como fundamento o direito comparado, realizar-se-á, neste artigo, uma análise comparativa com ênfase nitidamente prática nos modelos de constitucionalidade do Brasil e da Itália.¹ O motivo deste estudo específico é verificar como se comportam em números práticos o modelo misto brasileiro, que notadamente uniu os dois modelos clássicos de controle jurisdicional de constitucionalidade – concentrado e difuso, e o modelo de controle concentrado italiano – talvez o mais tradicional ainda existente.

Trata-se de audaciosa comparação entre os modelos de constitucionalidade da Itália e do Brasil. Diga-se corajosa ou audaciosa, pois são modelos bastante diversos, concatenados em épocas diversas, mas que possuem raízes semelhantes. Assim, partindo-se do basal, será possível realizar uma microcomparação² entre institutos que salvaguardam o sistema constitucional vigente em cada um desses países.

Não obstante a influência da Itália no ordenamento brasileiro no século XX em vários ramos do direito, especialmente no campo processual; os dois países serem da mesma família (sistema) romano-germânica; o Brasil possuir um grande número de descendentes italianos, de modo que a cultura da Itália é disseminada na sociedade brasileira e o acesso à língua italiana não chega a ser um

-
1. MORBIDELLI, Giuseppe; PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo; VOLPI, Mauro. *Diritto pubblico comparato*. 5. ed. Torino: G. Giappichelli, 2016. p. 22.
 2. Com a escolha específica do tema do controle de constitucionalidade, inevitavelmente entramos no que conceitua Jorge Miranda, inspirado em Léontin-Jean Constantinesco, de *microcomparação*, ou seja, “*o exame das partículas jurídicas elementares que formam as ordens jurídicas*”. MIRANDA, Jorge. Sobre o direito constitucional comparado. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 55, ano 14, abr.-jun. 2006. p. 243.

obstáculo, nota-se que o controle de constitucionalidade italiano não foi devidamente estudado pelos doutrinadores brasileiros.

Dessa forma, iniciaremos a comparação com uma pequena explicação das atuais constituições vigentes e o funcionamento das respectivas Cortes para depois destacarmos os números da justiça constitucional operante em cada um dos países, sendo analisada a quantidade de ações diretas que chegam às duas Cortes Constitucionais³, bem como quantos processos são enviados de forma incidental pelos juízes italianos à sua Corte Constitucional e quantas ações chegam ao Supremo Tribunal Federal do Brasil pelo controle difuso de constitucionalidade.⁴

Ressalta-se que o objetivo não é verificar qual modelo é melhor, mas analisar de forma objetiva, com base em números, como estão se comportando os modelos vigentes, com a finalidade única de buscar aperfeiçoamento dos respectivos modelos.

Assim, com apreciações lógicas diante dos números encontrados, apresentaremos algumas conclusões e sugestões de mudanças que, após o devido amadurecimento, podem auxiliar na evolução dos modelos analisados. No entanto, como é sabido, uma comparação exitosa não se faz apenas em uma única

-
3. Cabe um adendo para explicar a situação do Supremo Tribunal Federal brasileiro, isso porque o STF é, atualmente, uma mescla de Corte Constitucional com Suprema Corte. Contudo, esse fenômeno que é uma tendência mundial, não pode continuar a abarcar o máximo de competência possível sob pena de inviabilizar o efetivo funcionamento da Corte. Desse modo, defendemos que inevitavelmente se deve selecionar quais os temas nevrálgicos que merecem o julgamento da Corte. Mostraremos no desenrolar deste artigo a necessidade de existir, concretamente, uma verdadeira Corte Constitucional. Sobre essa necessidade, cf. TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBCD), 1998. p. 156. No entanto, cabe mencionar que alguns autores já definem o STF como uma Corte Constitucional. Nesse sentido, a lição do Ministro Zavaski: “Tem razão, sob esse aspecto, os que sustentam que o Supremo Tribunal Federal é ‘a Corte Constitucional do Brasil’, condição que não desnatura pelo fato de acumular outras competências de natureza não típica da jurisdição constitucional. Mesmo no sistema europeu, as chamadas ‘Cortes Constitucionais’ têm atribuições que não se limitam a apreciar a legitimidade das normas ou apreciar questões relacionadas com aplicação direta de preceitos fundamentais” (ZAVASKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 16).
 4. Naturalmente, uma microcomparação produz efeitos mais práticos em virtude de sua análise pontual dos elementos jurídicos.

vertente⁵, especialmente quando tratamos de números, mas com uma necessária e indispensável análise cultural, histórica e política de cada país.

Portanto, diante das limitações deste trabalho, acreditamos que a nossa máxima contribuição está na disponibilização do debate para a constante busca por melhorar a jurisdição constitucional na prática, deixando-a mais eficiente e efetiva.

1. CONSTITUIÇÃO ITALIANA DE 1947 E SUA CORTE CONSTITUCIONAL

A Constituição de 1947, entrou em vigor em 1º de janeiro do ano seguinte com um grande viés liberal democrata, influenciada na sua confecção por grandes juristas da época, dentre outros, Tommaso Pettrassi e Piero Calamandrei.⁶

Observa-se, em seu contexto histórico, uma retomada dos princípios estruturantes do Iluminismo, tais como as liberdades individuais, a separação de poderes, especialmente, a primazia pela soberania popular, características suprimidas durante o período fascista.

De fato, após a experiência de um Estado autoritário e totalitário, caracterizado pela falta de vontade popular e praticamente ausência de liberdades, emerge da sociedade italiana uma real necessidade de uma Constituição que buscasse superar esse sombrio período com elaboração e aprovação de um novo texto fundamental com a devida participação popular. Desse modo, vivenciou-se, no período pós-Segunda Guerra Mundial e a queda do regime fascista, uma grande ruptura política com o surgimento de uma nova república e nascimento de uma efetiva jurisdição constitucional.

Nitidamente ficou caracterizado o intuito em assegurar o princípio da separação de poderes, privilegiando, no entanto, a soberania popular dada ao Parlamento, dando a este órgão o poder de escolha do Presidente da República (chefe de Estado), figura que garante a unidade nacional e equilíbrio entre os poderes, situando-o fora do Poder Executivo. Além disso, caberia ao mesmo Parlamento, ou seja, aos representantes do povo, escolher o conselho de ministros e seu presidente (chefe de governo).

5. PEGORARO, Lucio. *Giustizia costituzionale comparata: dai modelli ai sistemi*. Torino: G. Giappichelli, 2015. p. 13.

6. GHISALBERTI, Carlo. *Storia costituzionale d'Italia: 1848-1994*. Roma: Laterza, 2003. p. 412-413.

Quanto ao Poder Judiciário, houve a garantia de sua independência com relação aos outros poderes (art. 104, 1, da Constituição de 1947), sendo os juizes subordinados unicamente à lei (art. 101, 2), com nomeação por concurso público (art. 106, 1), fato considerado indispensável à sua imparcialidade.⁷

Com a estrutura de poderes definida e uma jurisdição constitucional calçada na supremacia constitucional, na concepção de uma forte Corte Constitucional e um sistema de controle de constitucionalidade muito bem delineado, garantiu-se o surgimento de um verdadeiro Estado Democrático (Constitucional) de Direito.

Surgiu, dessa forma, uma Constituição rígida⁸, com controle de constitucionalidade concentrado na Corte Constitucional⁹, órgão novo no ordenamento jurídico italiano da época, fora do Poder Judiciário¹⁰ e, portanto, isento de qualquer julgamento popular da recente história jurídica fascista, ou seja, um órgão legítimo não só na defesa da Constituição, mas com viés fiscalizador da vontade soberana do povo.¹¹

Para tanto, a Corte Constitucional italiana possui como principal atribuição a análise das controvérsias relativas à legitimidade constitucional dos atos

-
7. COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civili: I. Il processo ordinario di cognizione*. Bologna: Il Mulino, 2006. p. 84.
 8. FIORAVANTI, Maurizio. *Stato e costituzione: materiali per una storia delle dottrine costituzionali*. Torino: Giappichelli, 1993. p. 230.
 9. Mesmo com a vigência da Constituição de 1947, o controle de constitucionalidade na Itália permaneceu difuso por um período aproximado de oito anos, pois segundo as disposições transitórias existentes no final da Constituição, no seu item VII, enquanto a Corte Constitucional não fosse criada e iniciasse seu funcionamento, as controvérsias elencadas no artigo 134 continuariam sendo nos moldes preexistentes à vigência da atual Constituição. O art. 134 da Constituição prevê as competências da Corte; o 135 dispõe da sua composição; o 136 versa sobre os efeitos das decisões proferidas pela Corte; finalmente o 137 dispõe sobre a disciplina de lei, como o procedimento, independência dos membros, funcionamento e prevê a inexistência de recurso contra a decisão da Corte.
 10. Apesar de ser um órgão fora do Poder Judiciário, não se quer dizer que a Corte Constitucional italiana seja um órgão meramente político. Aliamo-nos à doutrina de Biscaretti di Ruffia que a caracteriza como um órgão constitucional jurídico-político (RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Diritto costituzionale*. 15. ed. Napoli: Jovene, 1989. p. 647).
 11. “Il popolo perciò è sovrano per volontà della costituzione ed a condizione che agisca per i fini e secondo i procedimenti da essa predisposti, o in essa impliciti” (MORTATI, Costantino. *Istituzione di diritto pubblico*. 10. ed. Padova: Cedam, 1991. t. I. p. 15).

emanados pelo Estado central e regiões¹², constituindo-se por 15 membros, sendo um terço escolhido pelo Presidente, um terço pelo Parlamento e um terço pela suprema magistratura. Justamente por não integrar nenhum dos três clássicos poderes, ela é escolhida de modo democrático e desmembrada entre esses órgãos, garantindo sua independência perante os outros poderes constituídos e uma certa heterogeneidade na formação dos seus membros.¹³

O seu funcionamento e o modo de exercer o controle de constitucionalidade, sua principal competência, serão analisados juntamente com o modelo brasileiro, para que possamos melhor realizar a comparação entre os modelos.

Apesar da influência norte-americana, seja como potência econômica, seja como país vencedor da Segunda Grande Guerra, Calamandrei imprime uma clara e forte influência da doutrina kelseniana na formação da Corte Constitucional italiana, superando a rápida experiência do controle difuso americano e consolidando definitivamente o controle jurisdicional repressivo concentrado na Itália.¹⁴

2. A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No Brasil dos anos 1980, a sociedade urgia por uma Constituição que retomasse os princípios estabelecidos na antiga Constituição de 1946, isso porque haviam imperado, desde 1964, longos anos de “chumbo” impostos pelos militares, com um regime totalitário e intervencionista.

O caminho pela democracia e valores liberais se tornou inevitável após a ascensão civil à presidência em 1985, que teria a missão de inverter os ideais estabelecidos no golpe militar de 1964 e consagrados na Constituição de 1967, bem como na sua grande emenda de 1969.

Assim, seguindo o exemplo de países europeus que tinham passado por recentes ditaduras, especialmente da Península Ibérica, foi convocada por dois

12. Art. 134 da Constituição italiana.

13. Entendemos que essa heterogeneidade garante maior neutralidade desse órgão político, mas extremamente técnico, conforme dispõe Bin e Pitruzzella: “La Costituzione rigida ha bisogno di un organo ‘neutro’, chiamato ad usare la Costituzione come un testo normativo e a giudicare del suo rispetto con gli strumenti e le tecniche che sono proprie del giudice” (BIN, Roberto; PITRUZZELLA, Giovanni. *Diritto Costituzionale*. Torino: G. Giappichelli, 2015. p. 466-467).

14. CALAMANDREI, Piero. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*. Padova: Cedam, 1950. p. 4.

terços do Congresso Nacional uma assembleia constituinte que futuramente promulgaria a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.¹⁵

O texto promulgado como Lei Fundamental demonstra uma Constituição extremamente moderna e de grande importância no constitucionalismo mundial contemporâneo, produzida perante um extenso diálogo com a sociedade e com ampla participação popular, elencando como um dos principais objetivos a garantia de uma melhor cidadania através da consolidação dos direitos fundamentais.¹⁶

No entanto, com o afã de se garantir muitos direitos suprimidos pelos anos de ditadura, elaborou-se uma constituição extremamente analítica e programática, sendo por vezes vaga, com diversos conceitos e valores indeterminados, talvez com a intenção de buscar maior Justiça social para uma sociedade tão desigual.

Por esse motivo, exige uma árdua interpretação sistêmica para que seja garantida sua maior eficácia, ou seja, carece de uma verdadeira mola propulsora para que se chegue à sua força normativa, sendo a jurisdição constitucional o motor condutor indispensável para garantir a aplicabilidade dos direitos fundamentais estabelecidos.

Diante da supremacia e rigidez constitucional, criou-se um tribunal responsável pelo controle de constitucionalidade das leis e real garantidor do sistema constitucional instituído pelo poder constituinte emanado da vontade popular.

Isso posto, surgiu definitivamente uma democracia republicana fundamentada no Estado Constitucional de Direito, consolidando o Supremo Tribunal Federal (STF) como grande guardião da nova Constituição democrática, sendo ele, ainda, o órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro.¹⁷ Podemos dizer que, apesar do constante aumento de suas competências nas sucessivas constituições e a primazia pelo controle jurisdicional concentrado somente ocorrer pós 1988, o STF sempre possuiu a vocação de último e máximo intérprete das constituições republicanas.¹⁸

15. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 162.

16. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 92.

17. O STF foi criado pela Lei Federal de n. 221, de 1894, com clara inspiração norte-americana em seu controle de constitucionalidade, sendo Rui Barbosa o seu grande padrinho.

18. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 52-53.

Sob o ponto de vista estrutural, o Supremo Tribunal Federal é um órgão do Poder Judiciário com onze ministros que gozam das garantias da inamovibilidade, da irredutibilidade de vencimentos e da vitaliciedade no cargo, tudo isso como garantia da independência funcional, os quais devem ser “escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada”.¹⁹ Respeitando esses requisitos, o Presidente da República é quem indica e, depois da aprovação pela maioria absoluta do Senado, nomeia o ministro para compor o supremo.

No Brasil, é o Poder Judiciário que exerce, via de regra, a fiscalização repressiva das leis pelo modo incidental (controle difuso) ou principal (controle abstrato). Neste último caso, via principal/abstrata, uma ação direta ao Supremo Tribunal Federal é o meio processual para realização do controle de constitucionalidade sobre a lei, de forma nitidamente objetiva e sem qualquer análise em um caso em concreto.

Assim, a competência do Tribunal foi ampliada para o modelo atual que prevê, dentre outras competências, o julgamento, por ação ou omissão legislativa, de modo preventivo ou repressivo de inconstitucionalidade, podendo julgar estas causas pelo modelo difuso, como verdadeiro tribunal de recursos, ou pelo modo direto abstrato/concentrado.²⁰

Conforme vem acontecendo em outros países, o Supremo Tribunal Federal do Brasil possui hoje ares de “supercorte”, pois detém grandes poderes e uma preeminência diante de outros órgãos, extrapolando a competência de simples julgamentos, para exercer definitivamente a limitação dos outros poderes constituídos, sempre com a fundamentação de defesa da ordem constitucional.

No entanto, cabe ressaltar que a Corte já decidiu que seu rol constitucional de competência é taxativo e não pode ser ampliado pelo legislador ordinário. Na verdade, a Suprema Corte do Brasil apenas veda que novas competências sejam proferidas pelo Poder Legislativo, mas sua jurisprudência é repleta de interpretação constitucional que amplia sua alçada jurisdicional, especialmente com o surgimento de novos direitos fundamentais e a consolidação do ativismo judicial.²¹

19. Art. 101 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

20. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 53-54.

21. MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 222-223.

3. DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: ENTRE O CLÁSSICO E O "MODERNO"

Conforme dito anteriormente, o modelo de controle de constitucionalidade na Itália é o concentrado, visto que apenas um único órgão pode declarar inconstitucionalidade de leis ou atos normativos com força de lei emitidos pelo poder público.²²

No entanto, é possível verificar um resquício do modelo difuso já adotado na Itália na declaração de incompatibilidade com a Constituição de ato infralegal. Explica-se: qualquer juiz pode, diante um caso em concreto, verificando que um ato normativo sem força de lei é inconstitucional, não o aplicar, exercendo concretamente uma jurisdição constitucional.²³

Ademais, outra fiscalização jurisdicional dos atos normativos que gera grande debate e que mereceria um trabalho específico para um maior aprofundamento é o modelo de controle difuso das diretrizes emitidas pela União Europeia.²⁴ Isso porque, diferentemente do que ocorre quando existe uma antinomia entre uma norma nacional e a Constituição italiana, em um aparente conflito com normas europeias, qualquer juiz ordinário possui competência para negar a aplicabilidade do direito nacional (interno) em detrimento do disposto pela norma supranacional, sem a necessidade de pronunciamento da Corte Constitucional ou da Corte de Justiça Europeia.²⁵

22. É possível elencar diversas outras competências da Corte Constitucional italiana, como conflitos de estados e regiões (art. 134, II, da CI), mas focaremos no seu *mister* de defesa constitucional pelo controle de constitucionalidade das leis.

23. RUGGERI, Antonio, SPADARO, Antonino. *Lineamenti di giustizia costituzionale*. Torino: Giappichelli, 2009. p. 220.

24. “Tutte le autorità degli Stati membri’ debbono igualmente assicurare la prevalenza del diritto dell’Unione, adottando a questi fini tutti i provvedimenti necessari nell’ambito delle loro competenze” (PAGOTTO, Cesare. *La disapplicazione della legge*. Milano: Giuffrè, 2008. p. 207).

25. Esse foi o entendimento da Corte de Justiça já nos anos 1970 com fundamento nos princípios implícitos da primazia e direta aplicabilidade do direito comunitário. Eis o dispositivo da decisão do caso Simmenthal, procedimento 106/77: “La Corte, pronunciandosi sulle questioni sottoposte dal Pretore di Susa con ordinanza 28 luglio 1977, dichiara: Il giudice nazionale, incaricato di applicare, nell’ambito della propria competenza, le disposizioni di diritto comunitario, ha l’obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all’occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa

Cabe ressaltar que tal entendimento de fiscalização jurisdicional difusa de proteção ao Direito Comunitário foi referendado pela Corte Constitucional italiana nas sentenças números 170/84 e 113/85,²⁶ consolidando o modelo de controle de normas supranacionais na Itália muito semelhante ao modelo de controle de constitucionalidade difuso norte-americano, em contraponto ao sólido modelo concentrado existente no país.²⁷⁻²⁸

De todo modo, a doutrina italiana majoritária afirma que o controle jurisdicional de constitucionalidade na Itália é o clássico, mas não puro, modelo concentrado em uma Corte Constitucional fora de qualquer dos clássicos três poderes tradicionais. Para tanto, a Corte pode exercer essa fiscalização constitucional de forma abstrata (via ação direta/principal) ou na forma concreta (via incidental ou de exceção).²⁹

Esse modo incidental foi de grande vanguarda na época de sua implementação, dando uma certa peculiaridade ao modelo italiano, pois, de fato, não foi uma cópia do modelo austríaco, muito menos do modelo americano³⁰, surgindo um verdadeiro e interessante modelo incidental difuso de análise, mas com a manutenção da decisão concentrada em apenas um órgão³¹, chegando a ser

rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale” (Disponível em: [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/it/]. Acesso em: 21.03.2017.

26. Sentença 170, de 5 de junho de 1984 e Sentença 113, de 19 de abril de 1985. Disponíveis em: [<http://www.cortecostituzionale.it>]. Acesso em: 21.03.2017.
27. CICONETTI, Stefano Maria. *Lezioni di giustizia costituzionale*. 3. ed. aggiornata. Torino: G. Giappichelli, 2006. p. 14-15.
28. Para uma melhor compreensão e reflexão do tema com uma possível perda de poder das Cortes Constitucionais europeias com esse posicionamento, cf. AZZENA, Luisa. Prospettive evolutive in tema di applicazione del diritto europeo e ruolo dei giudici nazionali. *Federalismi. Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comunitario e Comparato*. Disponível em: [<http://www.federalismi.it>]. Acesso em: 21.03.2017.
29. BIN, Roberto; PITRUZZELLA, Giovanni. *Diritto Costituzionale*. Torino: G. Giappichelli, 2015. p.464-465.
30. “La giustizia costituzionale italiana ha, secondo la maggior parte degli studiosi che ci sono occupati della questioni, carattere ‘misto’, ricomprendente elementi di forte accentramento e rilevanti sintomi di diffusione: da una parte il carattere essenzialmente astratto del giudizio di costituzionalità, dall'altra significativi legami con la situazione processuale sottostante” (PAGOTTO, Cesare. *La disapplicazione della legge*. Milano: Giuffrè, 2008. p. 88).
31. MORBIDELLI, Giuseppe; PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo; VOLPI, Mauro. *diritto pubblico comparato*. 5. ed. Torino: G. Giappichelli, 2016. p. 559-560.

classificado por alguns doutrinadores como um novo modelo de controle constitucional.³²

O controle via ação direta é disposto no art. 127 da Constituição italiana e dispõe de um prazo máximo de 60 dias da publicação do ato normativo com força de lei, a depender do legitimado³³, para ser exercida a fiscalização de maneira direta e abstrata, ou seja, sem a sua aplicação em um caso em concreto.

O que é interessante notar e, por vezes, causa estranhamento a um pesquisador brasileiro, é que essa ação direta é estruturada conforme um “processo comum”. Explica-se: existem efetivamente partes interessadas e um bem da vida (objeto) facilmente delimitado. Desse modo, o autor da ação pode desistir da controvérsia por ele instaurada, tendo em vista caráter disponível do seu direito, havendo, segundo a maioria da doutrina, vedação ou não cabimento de medida cautelar,³⁴ procedimento diametralmente oposto ao modo abstrato/concentrado brasileiro.³⁵

Quanto ao controle incidental (ou via de exceção) na Itália, ocorre quando no curso de um processo em juízo verifica-se uma provável inconstitucionalidade de um ato normativo com força de lei. Desse modo, o magistrado, de ofício ou a pedido de alguma das partes, suspende o curso do processo e o envia para a Corte Constitucional decidir sobre a questão constitucional controversa.³⁶

32. Cf. PEGORARO, Lucio. *Giustizia costituzionale comparata: Dai modelli ai sistemi*. Torino: G. Giappichelli, 2015. p. 97.

33. De forma bastante simples podemos dizer que existe legitimidade para proposição de uma ação direta apenas pelo Estado italiano interpelando a Corte com argumento de uma provável inconstitucionalidade de uma lei regional ou qualquer das regiões podem alegar a inconstitucionalidade de alguma lei nacional ou de outra região. Cf. arts. 127 e 134 da Constituição italiana.

34. CRISAFULLI, Vezio; PALADIN, Livio. *Commentario breve alla costituzione*. Padova: Cedam, 1990. p. 787-788.

35. O Brasil aderiu à doutrina que na fiscalização abstrata direta (processo objetivo – via principal) não se compõe de partes antagônicas em conflito, de modo que não há uma lide (não no sentido processual clássico), mas sim um interesse social em defesa do sistema constitucional. Assim, o artigo 5º da Lei 9.868 veda a desistência da ação. Ademais, mesmo sendo uma possibilidade excepcional obrigatoriamente referendada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, é possível a concessão de medida liminar para suspender a vigência do ato impugnado como forma de garantir a ordem e interesses nacionais, conforme disposto nos artigos 10, 11, e 12, seção II, da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999.

36. BIN, Roberto; PITRUZZELLA, Giovanni. *Diritto costituzionale*. Torino: G. Giappichelli, 2015. p. 480.

Observa-se, assim, que os juízes italianos estão sujeitos somente às leis, jamais podendo deixar de aplicar a legislação vigente com o fundamento de que é incompatível com a Constituição. Assim, somente a Corte Constitucional é competente para declarar uma ilegitimidade constitucional, não impedindo, contudo, que os juízes realizem uma interpretação legislativa ordinária segundo a Lei Maior ou submetam a provável inconstitucionalidade à apreciação da Corte.

Por conseguinte, observa-se que o julgamento de mérito pode não acontecer antes de uma anterior decisão da Corte sobre a constitucionalidade da legislação que rege o fato, ou seja, dizemos que há uma prejudicial de mérito (ou de inconstitucionalidade) de cuja solução depende o processo para uma decisão final.³⁷

Para que ocorra esse procedimento de envio à corte pelo magistrado, dois importantes requisitos devem ser respeitados: a relevância do tema (*rilevanza* – art. 23, II, da Lei 87, de 11 de março de 1953) e que a alegação não seja manifestamente infundada (*non manifesta infondatezza* – art. 1º da Lei Constitucional 1/1948). Verifica-se que notadamente esses aspectos são de competência inicialmente exclusiva da autoridade jurisdicional que preside o processo (art. 1º da Lei 1/1948 c/c o art. 23 da Lei 87/1953), para após esse primeiro filtro ter uma nova análise de sua admissibilidade pela Corte Constitucional.

O julgamento de inconstitucionalidade pode ocorrer com a presença de 11 dos 15 ministros da Corte, com pronunciamento de acordo com a maioria, cabendo ao Presidente, se necessário, o voto de minerva (art. 16 da Lei 87/1953). No Brasil, por sua vez, a inconstitucionalidade só pode declarada com o

37. Legge 11 marzo 1953, n. 87. Norme Sulla Costituzione e Sul Funzionamento Della Corte Costituzionale. “*Questioni di legittimità costituzionale*. Art. 23 Nel corso di un giudizio dinanzi ad una autorità giurisdizionale una delle parti o il pubblico ministero possono sollevare questione di legittimità costituzionale mediante apposita istanza, indicando:

a) le disposizioni della legge o dell'atto avente forza di legge dello Stato o di una Regione, viziate da illegittimità costituzionale;

b) le disposizioni della Costituzione o delle leggi costituzionali, che si assumono violate. L'autorità giurisdizionale, qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale o non ritenga che la questione sollevata sia manifestamente infondata, emette ordinanza con la quale, riferiti i termini ed i motivi della istanza con cui fu sollevata la questione, dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospende il giudizio in corso” (Disponível em: [www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_224.do]. Acesso em: 19.02.2017).

pronunciamento da maioria absoluta dos 11 membros, conforme estabelece o art. 97 da Constituição brasileira.

Cabe ressaltar que antes de ser enviada a controvérsia à Corte, deve-se prestigiar o princípio da presunção de constitucionalidade, de modo que a Corte Constitucional vem determinando que os juízes busquem uma interpretação conforme a constituição antes de formar uma questão de inconstitucionalidade.³⁸

Pelo até aqui exposto, como o modelo concentrado italiano permite o julgamento de controle de constitucionalidade pelo modo incidental³⁹, existe uma primeira semelhança estrutural e substancial ao modelo difuso brasileiro, já que permite que os juízes ordinários julguem questões constitucionais postas sob sua análise. Observa-se que, nessa fórmula, a Corte italiana possui o poder de declarar a inconstitucionalidade, mas obriga a todos os juízes realizarem um primeiro juízo de inconstitucionalidade antes do julgamento de qualquer processo.

Claro que não existe modelo perfeito, mas a simplicidade do modelo italiano traz grandes benefícios, como a quantidade totalmente administrável de processos distribuídos na Corte Constitucional. Isso porque o filtro especialmente qualificado para que o processo chegue ao órgão central exclui a possibilidade de qualquer intérprete submeter uma simples alegação de inconstitucionalidade ao guardião máximo da Constituição, sendo necessário o real convencimento técnico do magistrado sobre sua possibilidade.

No entanto, pensamos que, especificamente diante de um flagrante desrespeito às garantias e direitos fundamentais, a Corte Constitucional deveria ser mais acessível aos anseios populares, tendo em vista sua vocação inerente na defesa desses direitos, o que permitiria de forma excepcional seu acesso sem a anuência de juízes muitas vezes insensíveis à interpretação constitucional efetiva e progressiva, como Espanha (recurso de amparo) e Alemanha (recurso constitucional)⁴⁰.

38. Sentença 356, de 14-22 de outubro de 1996: “In linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali”.

39. Nas lições de Lucio Pegoraro há na Itália, na verdade, um “controllo (prevalentemente) incidentale” (PEGORARO, Lucio. *Giustizia costituzionale comparata: dai modelli ai sistemi*. Torino: G. Giappichelli, 2015. p. 85).

40. MORBIDELLI, Giuseppe; PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo; VOLPI, Mauro. *Diritto pubblico comparato*. 5. ed. Torino: G. Giappichelli, 2016. p. 346).

Assim, diferentemente desses países, que possuem grandes semelhanças com o ordenamento jurídico italiano, um cidadão ou qualquer outra pessoa física ou jurídica de direito público ou privado italiano não pode alcançar a Corte Constitucional para defesa dos direitos constitucionalmente estabelecidos sem a aquiescência do Poder Judiciário.⁴¹ Esse fato ocorre porque, na nossa visão, existe uma preponderância pela defesa do sistema constitucional genérico, ou seja, busca-se apenas uma coerência dos atos normativos com a Lei Fundamental, em contraponto à defesa direta e específica dos direitos fundamentais.⁴²

A existência dessa importante lacuna no ordenamento jurídico italiano também foi criticada por alguns notáveis juristas italianos, especialmente Alessandro Pizzorusso, quando comenta, com fundamento no direito constitucional comparado, a falta de procedimentos de proteção aos direitos fundamentais na Itália.⁴³⁻⁴⁴

Por isso, conforme será melhor defendido na conclusão deste trabalho, talvez tenha chegado o momento de o poder constituinte reformador estabelecer a Corte Constitucional italiana mais fortemente na interpretação constitucional e

-
41. “Manca nel nostro sistema uno strumento per ricondurre ogni problema interpretativo della Costituzione al giudizio della Corte costituzionale, come potrebbe essere il ricorso diretto a tale Corte contro le medesime decisioni dei giudici ed, in genere, contro ogni atto dei pubblici poteri per violazione dei principi costituzionale (*recurso de amparo* dell’esperienza messicana e spagnola, *Verfassungsbeschwerde* dell’esperienza dei paesi di lingua tedesca). Questa carenza è stata talvolta criticata e non sono mancate proposte di riforma nel senso di introdurre uno strumento di questo tipo anche nel nostro sistema” (CERRI, Augusto. *Corso di giustizia costituzionale*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2008. p. 38).
 42. Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. La Corte Costituzionale italiana. In: PASQUINO, Pasquale; RANDAZZO, Barbara (Org.). *Come decidono le Corti Costituzionali (e altre Corti)*: atti del convegno internazionale svoltosi a Milano, il 25-26 maggio 2007. Milão: Giuffrè, 2009. p. 60.
 43. PIZZORUSSO, Alessandro. El tribunal constitucional italiano. In: FAVOREU, Louis et al. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 238.
 44. Talvez essa discussão pela doutrina tenha como grande precursor o notável e aqui multicitado Prof. Mauro Cappelletti, que, mesmo demonstrando admiração pela experiência alemã, se posiciona de forma desfavorável a um recurso constitucional individual na Itália. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *La giurisdizione costituzionale della libertà*: primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco). Milão: Giuffrè, 1955.

garantia dos direitos fundamentais postos, pois esse é um dos principais, irrenunciáveis e nobres papéis realizados pelas Cortes contemporâneas.⁴⁵

Por outro lado, rendemo-nos ao fato de que, talvez em virtude dessa limitação de competência, a Corte Italiana seja extremamente avançada em se tratando de sentenças manipulativas⁴⁶, ou seja, quando a procedência de inconstitucionalidade ocorre de maneira parcial e sua substância dispõe uma modificação ou integração do conteúdo originário da norma, uma verdadeira pronúncia de tipo “aditivo” ou “substitutivo”.⁴⁷

Diante de notável vanguardismo italiano⁴⁸, é possível observar o uso da mesma técnica por outras Cortes, como o Supremo Tribunal brasileiro, inclusive com menção à Corte italiana.⁴⁹ No entanto, no caso brasileiro, entendemos ser quase desnecessária a utilização dessa técnica, tendo em vista a existência clara de institutos no ordenamento jurídico do Brasil capazes de solucionar eventuais

-
45. Isso porque a interpretação constitucional pode “modificar” a constituição, transformando o órgão julgador em verdadeiro poder constituinte permanente e garantidor de novos direitos, conforme dispõe Lucio Pegoraro: “Apesar do *self-restraint* que caracteriza frequentemente sua jurisprudência, os tribunais constitucionais concorrem também para remodelar os textos constitucionais, não só modernizando a axiologia dos valores, mas operando reais revisões do significado das palavras e disposições” (PEGORARO, Lucio. A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional. Trad. Maria Auxiliadora Castro e Camargo. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 6, jul.-dez. 2005. p. 256).
46. Fato é que houve grande desenvolvimento no século passado, especialmente nas Cortes Constitucionais da Alemanha e da Itália, das decisões que não se limitam em declarar a constitucionalidade e inconstitucionalidade no processo de controle normativo de normas perante a Lei Fundamental. Na Itália, a doutrina é chamada de *decisioni manipolative*, pois utilizando-se de técnicas interpretativas e de seus efeitos acabam por “modificar” o conteúdo dos dispositivos normativos controlados. Cf. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 209.
47. MAFALTTI Elena; PANIZZA Saulle; ROMBOLI, Roberto. *Giustizia Costituzionale*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2007. p. 123-124.
48. Vanguardismo que ocorreu pela necessidade de afirmação e consolidação frente aos demais poderes, até mesmo da Corte de Cassação (órgão de cúpula do Poder Judiciário), superando, dessa forma, sua participação secundária e legitimando seu papel de protagonismo na defesa da Constituição de 1947.
49. Dentre outros, o Ministro Gilmar Mendes salientou a experiência italiana no julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, julgados em 25.10.2007.

distorções e vácuos legislativos, devendo haver limites à “onipotência do Direito jurisprudencial”.⁵⁰

Ressalta-se, apenas, que a crítica se limita aos excessos, pois com a existência do direito constitucional contemporâneo, pensamos que as técnicas de interpretação constitucional e efeitos decisórios são imprescindíveis. Contudo, devem possuir limites, especialmente com fulcro no princípio da separação dos poderes, evitando as usurpações da função legislativa pelo Poder Judiciário e pela Corte Constitucional.⁵¹

Isso porque, vem ocorrendo na prática da jurisdição constitucional um exagerado ativismo judicial, ou seja, um excesso de protagonismo da jurisdição frente aos demais poderes, causando uma instabilidade (*stress*) jurídico-institucional e prejudicando a indispensável harmonia entre os poderes.⁵²

Acreditamos que os Poderes Legislativo e Executivo, frágeis e descontrolados, não devem motivar um exacerbado crescimento do órgão controlador (judiciário), cabendo maiores reflexões sobre a ingerência desmedida do Poder Judiciário nos outros poderes e a falta de supervisão de suas decisões por diversas vezes imprudentes.⁵³

50. ANGIOLINI, Vittorio. La “Manifesta Infondatezza” nei Giudizi Costituzionali. Padova: Cedam, 1988. p. 7.

51. Já deixamos claro neste estudo o caráter nitidamente político dos Tribunais Constitucionais, fato notório, por exemplo, na constante avaliação constitucional que a Corte Constitucional italiana exerce nos frequentes referendos existentes na Itália. Fato que não impede o fiel respeito à tripartição dos poderes.

52. Nesse sentido são os ensinamentos do Prof. Marcelo Neves que ao criticar a prevalência do processo legislativo, acaba por defender a melhor harmonia e controle entre os poderes. Eis a sua conclusão: “Portanto, o que a Constituição estabelece no Estado de Direito não é a hierarquia procedimental, mas antes a repartição orgânica de competências e o controle interorgânico. É esse sentido que o princípio da ‘divisão dos poderes’ tem relevância para a caracterização do Estado de Direito: não como fórmula de isolamento, mas sim como modelo de horizontalidade orgânica e circularidade procedimental” (NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Levitã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 153).

53. A última palavra não quer dizer que o Judiciário seja o maior dos poderes, conforme as palavras de André Dias Fernandes na tese de doutorado na Faculdade de Direito da USP: “A liberdade interpretativa do STF é limitada pela própria natureza de sua função de *guardião*, e não de *senhor* da Constituição. A *criatura* (STF) não pode *deformar* o *criador* (Constituição). O papel contramajoritário do STF não pode jamais ser exercido *contra a vontade objetiva da Constituição*. Se a Suprema Corte procede *ultra vires* e abusa da sua prerrogativa quanto ao ‘*monopólio da última palavra*’ em matéria de interpretação

Diversamente do que ocorre na Corte italiana, podemos cravar que o acesso à Corte Constitucional brasileira é a mais ampla possível, especialmente pelo modo de análise de casos concretos, havendo desde meios processuais comuns, como ações ordinárias, até, e mais adequados, remédios constitucionais, como os famosos mandados de segurança e *habeas corpus*.

Desde a primeira Constituição republicana de 1891⁵⁴, o modelo difuso de constitucionalidade brasileiro foi se consolidando de tal modo que a atual Constituição de 1988, diferentemente da primeira, não o positivou de maneira explícita, estabelecendo, apenas, a Constituição como norma fundamental e lei superior no ordenamento jurídico. Assim, todo e qualquer órgão do Poder Judiciário pode, diante um caso em concreto de aplicação legislativa, analisar uma questão de inconstitucionalidade para se chegar à decisão de mérito.

Desse modo, quando em análise de casos em concreto, o acesso ao órgão de cúpula (STF) só se dá por meio de recursos (especialmente recurso extraordinário), sob o fundamento de que a jurisdição constitucional inferior deu interpretação constitucional errada, ou seja, requerendo a correção da decisão jurisdicional que declarou a (in)constitucionalidade ou não interpretou corretamente a aplicabilidade da Carta Magna.

Para tal, o controle incidental e difuso dispõe dos efeitos entre as partes (*inter pars*) e *ex tunc*, sendo que na carta atual há uma possibilidade de eficácia *erga omnes* quando, após a comunicação do Supremo do julgado que declarou a inconstitucionalidade, o Senado pode suspender a execução da lei e conferir eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo.

No entanto, o STF, capitaneado pela doutrina do Ministro Gilmar Ferreira Mendes de mutação constitucional, vem entendendo em sua maioria que a eficácia da decisão do Supremo possui efeitos para todos, ainda quando diante de julgamento em modo incidental, nos mesmos moldes de quando a análise é realizada de forma abstrata/concentrada, conferindo uma verdadeira mescla dos modelos no Brasil.

constitucional, o Estado de Direito e a Democracia periclitam” (FERNANDES, André Dias. Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidades, limites e parâmetros. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 116.

54. Para um melhor estudo sobre o início do controle de constitucionalidade no Brasil, conferir a célebre obra de Rui Barbosa: BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. Campinas: Russel, 2003.

A respeito do modelo concentrado de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, seu rol de competência e modos de exercê-lo vêm se ampliando com a promulgação das novas Constituições do século passado.⁵⁵ Já em 1934 foi criada uma ação direta de inconstitucionalidade interventiva e, especialmente, em 1946 e sua Emenda 16 de 1965, de forma genérica, previu a ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, de um tribunal muito semelhante à Suprema Corte norte-americana passou-se a possuir um arquétipo de Corte Constitucional tipicamente europeia.

Com a promulgação da Constituição de 1988, solidifica-se, finalmente, o atual modelo principal/abstrato, com ampliação do rol de legitimados, visto que antes apenas o Procurador-Geral da República possuía esse poder, para possibilidade de ajuizamento (da ação direta) pelo Presidente da República, por órgãos legislativos da federação, governadores dos Estados e Distrito Federal e, mais ainda inovador e audacioso, por órgãos privados, como entidades de classe de âmbito federal, confederações sindicais e partidos políticos.⁵⁶

Para notável doutrina, o constituinte originário, na verdade, optou por reforçar o controle concentrado com conseqüente perda da relevância do controle difuso. Nesse sentido, Mendes e Martins:

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimidade para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato.

Portanto, parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgão legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no

55. A primeira Constituição Republicana do Brasil (1891) dispunha, no seu art. 59 o controle de constitucionalidade difuso. “Art. 59 [...]. § 1º Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá o STF: [...] (b) quando se contestar a validade de leis ou de actos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado considerar validos esses actos, ou essas leis impugnadas.”

56. Para Luís Roberto Barroso: “A principal inovação trazida pelo constituinte de 1988, que ampliou significativamente o exercício da jurisdição constitucional no Brasil, foi o fim do monopólio pelo Procurador-Geral da República em relação à propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Com a nova Carta, o controle de constitucionalidade por via principal passou a ser deflagrado por um extenso rol de legitimados, alinhados no artigo 103” (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 66).

processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, amplitude do controle difuso de constitucionalidade.⁵⁷

E mais, aderimos à doutrina que afirma que, apesar de o Brasil não assegurar a qualquer pessoa a legitimação ativa no controle concreto, não existindo assim uma verdadeira ação popular de inconstitucionalidade, com o direito de petição assegurado na Constituição, qualquer cidadão pode incitar a iniciativa dos legitimados o ingresso no Supremo da ação direta.⁵⁸

Assim, no Brasil, o modo concentrado/abstrato, por via de ação direta pode ser exercido por meio das ações diretas de inconstitucionalidade (ADI – genérica, por omissão ou interventiva), ação declaratória de constitucionalidade (ADC) ou arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)⁵⁹, com rol de legitimados bastante amplo, havendo como único filtro, para alguns legitimados, a pertinência temática.⁶⁰

57. MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 63.

58. Sobre o tema, conferir ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação direta subsidiária de inconstitucionalidade: a legitimidade do cidadão brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 115, p. 179-190, jul.-set. 1992.

59. André Ramos Tavares conceitua a ADPF como uma “[...] ação (podendo assumir a feição de incidente constitucional), de competência originária do Supremo Tribunal Federal, que desencadeia o denominado processo objetivo com eficácia final ampliada em relação aos tradicionais mecanismos de controle; tem como fundamento o descumprimento de preceito constitucional, considerado assim aquele preceito que consagre valores basilares para o Direito pátrio, descumprimento este perpetrado por ato de natureza estatal, quando direta a modalidade (ou por atos normativos, quando se tratar de arguição na modalidade incidental) aplicando-se, por força de lei, o teste da subsidiariedade (sendo referencial válido, para o uso deste teste, haver no sistema judicial a possibilidade de sanar plenamente a lesão a preceito fundamental por outro mecanismo)” (TAVARES, André Ramos. Repensando a ADPF no complexo modelo brasileiro de controle da constitucionalidade. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade*. 3. ed. ampl. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 331).

60. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se consolidou no sentido de exigir a demonstração de uma espécie de “interesse de agir” a alguns legitimados, estabelecendo que deve haver uma coerência entre a norma impugnada e os interesses defendidos pelo autor. Isso porque, alguns legitimados possuem a peculiaridade de não serem representantes de toda a sociedade, como os governadores de Estados ou entidade de classe de âmbito nacional, e por isso devem “[...] vincular-se ao objeto da ação, pelo que

A ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, *a*, da CF/1988) visa a combater leis ou atos normativos federais ou estaduais que sejam materiais ou formalmente inconstitucionais; a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da CF/1988) não possui como objetivo depurar do ordenamento jurídico uma lei, mas verificar um comportamento negativo do legislador perante a Constituição; a ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III, da CF/1988) possui como único objetivo manter a integridade do Estado.

De maneira mais específica, no ordenamento brasileiro existe, ainda, a ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, *a*, da CF/1988) e a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102 § 1º, da CF/1988), as quais foram incrementadas por emendas constitucionais e visam a completar o arcabouço do modelo concentrado, suprimindo as lacunas existentes.

Contudo, não concordamos com a criação da ação declaratória de constitucionalidade, pois, na nossa concepção, não haveria sua necessidade se houvesse um real respeito à presunção de constitucionalidade das leis no Brasil, sendo essa ação criada unicamente para dar uma maior segurança jurídica e quiçá dar uma presunção absoluta de constitucionalidade a determinado texto normativo, limitando a atuação dos juízes ordinários, especialmente com medidas liminares.

Por outro lado, a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) vem, sim, no sentido de somar, completar e aperfeiçoar o modelo concentrado brasileiro⁶¹, atuando para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público, bem como para dirimir controvérsia

deve haver pertinência da norma impugnada com objetivos do autor da ação” (STF, ADI 1.507-MC-AgR, rel. Min. Carlos Velloso, j. 03.02.1997, Pleno, DJ 06.06.1997).

61. “A ADPF insere-se no já complexo sistema brasileiro de constitucionalidade sob o signo da singularidade, não sendo possível identificar proximidade imediata com outras figuras existentes no direito comparado, como o recurso de amparo do direito espanhol, o recurso constitucional do direito alemão ou o *writ of certiorari* do direito norte-americano” (BARROSO, Luís Roberto. Direitos fundamentais, questões ordinárias e jurisdição constitucional: limites e possibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 138). No mesmo sentido o Prof. Dirley da Cunha Júnior, quando afirma que “A arguição de descumprimento de preceito fundamental é uma criação brasileira, sem paralelo no direito comparado”, mas identificando uma nítida inspiração em institutos estrangeiros, dentre outros, destaca-se: *writ of certiorari* norte-americano; *Beschwerde* austríaco; Recurso de Amparo espanhol e destaca uma especial proximidade com o *Verfassungsbeschwerde* alemão.

constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual e municipal, incluídos os anteriores à vigente Constituição.⁶²

A arguição pode ser autônoma, quando não depende de qualquer processo já existente, ou por derivação quando a arguição versa de um processo que esteja tratando da aplicação de algum preceito fundamental. Ademais, possui como grande pressuposto a inexistência de qualquer outro meio processual idôneo, sendo um recurso (ação) que deve ser utilizado de forma subsidiária.⁶³

De maneira extraordinária, é possível ainda um controle simultaneamente misto ou eclético. Isso ocorre quando da hipótese da chamada ADPF indireta⁶⁴, ou seja, quando qualquer dos legitimados para interpor as ações diretas levam à análise do Supremo Tribunal Federal uma arguição fundamentada em virtude de uma controvérsia constitucional surgida diante de um processo judicial.⁶⁵⁻⁶⁶

Assim, de forma genérica, podemos dizer que o modelo concentrado brasileiro pode ser utilizado para verificação de qualquer ato normativo com força de lei que possua generalidade e abstração, sempre por meio das ações anteriormente especificadas, ajuizadas perante o STF por alguns dos diversos legitimados (rol amplo, mas exaustivo) previsto na Constituição.

Desse modo, o direito brasileiro permite a aplicação paralela dos modelos clássicos de controle de constitucionalidade, ou seja, de maneira difusa ou concentrada. Mas não é somente isso. Avança corajosamente, seja na jurisprudência do STF, seja pela criação legislativa, na interpenetração dos modelos, na medida em que institutos clássicos de um determinado modelo vêm sendo utilizados de maneira ordinária independentemente do modo de fiscalização constitucional.

CUNHA JÚNIOR; Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 317-319, 330.

62. Artigo 1º da Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

63. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 266-280.

64. Essa forma de controle de constitucionalidade se assemelha muito com o controle concentrado-incidental existente na Itália, mas com uma roupagem diversa tendo em vista que, mesmo oriunda de um processo judicial (dando característica de incidentalidade), trata-se de uma ação direta pela principal.

65. BARROSO, Luís Roberto. Conceitos fundamentais sobre o controle de constitucionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 245-246.

66. Art. 102, § 1º, da Constituição Federal brasileira de 1988.

A bem da verdade, concordamos com a notável doutrina que afirma que o controle de constitucionalidade brasileiro “peca pelo excesso, não pela ausência” de meios de realização da defesa da Constituição.⁶⁷

3.1. *Números comparativos: busca da eficiência na jurisdição dos milhões*

Com o intuito de proporcionar maiores praticidade e realidade comparativa dos controles de constitucionalidade brasileiro e italiano, faremos agora uma comparação em números processuais das respectivas Cortes Constitucionais.⁶⁸

Nesse momento, acreditamos que as principais diferenças teóricas já foram estudadas e entre as principais semelhanças, destaca-se, especialmente, a evolução nos efeitos das decisões no controle jurisdicional repressivo, que, tanto no Brasil como na Itália, e na maioria dos outros países, não há mais uma configuração estanque.

Podemos dizer que no campo da jurisdição constitucional é verificado e admitido tanto efeitos *ex tunc*, *ex nunc* e *pro futuro*, como o efeito *erga omnes*, tão característico do modelo europeu que ganhou força no modelo difuso, especialmente na defesa dos direitos fundamentais. Ainda, foi visto que a Corte brasileira foi além, com uma jurisprudência que equipara os efeitos do controle oriundo tanto no modo difuso como no concentrado, ambos coexistentes no Brasil, existindo na verdade uma análise casuística, e não mais uma regra a ser seguida.

Para tanto, para uma melhor noção comparativa, os números serão lastreados não na bipartição clássica entre difuso e concentrado, mas na sua maior parte na

67. Nesse sentido, completa Gabriel Dias Marques da Cruz em sua tese de doutorado: “Persiste, como um dos maiores desafios da atualidade, a busca pela descoberta da melhor forma de proteger a Constituição Brasileira, já que a imensa gama de meios disponíveis para tanto não significou necessariamente o alcance de melhores resultados. Possuímos uma *pluralidade singular* dentre os modelos mundiais de fiscalização constitucional, ainda a merecer ajustes e variadas recompreensões” (CRUZ, Gabriel Dias Marques da. Incidente de inconstitucionalidade e controle difuso: sistematização e perspectivas. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 18).

68. Apesar da divergência doutrinária sobre a classificação do Supremo Tribunal Federal em Suprema Corte ou Corte Constitucional, fato é que quando provocado via ação principal direta, ou seja, pelo controle de constitucionalidade concentrado/abstrato de normas, sua condição é nitidamente de Corte Constitucional.

causa que gera a fiscalização constitucional pelo órgão competente, ou seja, por via incidental (de exceção) ou abstrata (direta/principal), visto que não existe o controle constitucional difuso na Itália.

No entanto, tendo em vista que o controle difuso brasileiro é realizado sempre de forma incidental, com julgamento final pelo Supremo Tribunal Federal através de recurso processual, será possível realizar essa comparação aproximada de acordo com a forma com que o processo chega às Cortes, permitindo uma reflexão pelo direito vigente. Assim, buscaremos uma lógica comparativa com o objetivo de alcançar uma melhor noção da realidade, deixando a visão periférica teórica para buscar as atuais falhas desses modelos.

Isso é, a análise dos números terá como base os julgamentos do Supremo Tribunal Federal brasileiro em sede de controle difuso/incidental de constitucionalidade comparando com o modo concentrado/incidental italiano. Por outro lado, a comparação será exercida entre o modo direto/concentrado/abstrato brasileiro com o direto/concentrado/abstrato da Corte Constitucional italiana.

Mostraremos especialmente números contidos em aproximadamente cinco a dez anos divulgados pelas respectivas Cortes (2005-2015), as quais possuem, no modo incidental, interessantes filtros com objetivos de não transformar a jurisdição constitucional em uma jurisdição ordinária. Entre outros, elencamos como principais institutos a repercussão geral (no Brasil), que coloca como requisito a relevância social, econômica, jurídica ou política do tema e, na Itália, o qualificado filtro dos magistrados que devem se convencer da relevância do tema e que a alegação não seja manifestamente infundada para que se abra a competência da Corte.

Assim, na prática, a realidade é que em ambos os modelos o juiz atua com mais ou menos competência de jurisdição constitucional, visto que, enquanto no Brasil isso é notório, pois o juiz pode declarar uma lei inconstitucional (modelo difuso), no modelo concentrado italiano o magistrado pode enviar para a Corte Constitucional a questão, fato que normalmente só fará quando tiver convicto da inconstitucionalidade, principalmente após a jurisprudência tradicional e consolidada da Corte Constitucional que busca evitar a declaração de incompatibilidade da norma com a Constituição, o fazendo apenas quando sendo de modo nitidamente evidente e inevitável.

Diante do controle difuso brasileiro, não podemos deixar de verificar o crescimento populacional e outros fatores como a conscientização da população dos seus direitos, seja em virtude da melhoria e acesso ao ensino básico, seja porque ocorre uma constante ampliação e acesso aos meios de comunicação,

fazendo com que a população busque cada vez mais o Poder Judiciário para efetivar seus direitos.

Destarte, iniciamos a análise numérica de uma forma que inevitavelmente causa impacto, uma vez que a quantidade de processos distribuídos no Supremo Tribunal Federal brasileiro entre os anos de 2005 e 2015 é alarmante. Vejamos:

Gráfico 1 – Total de processos/ano no STF⁶⁹



Nota-se que, em 2006, o Supremo Tribunal brasileiro alcançou seu auge de distribuição de processos. Após esse ápice, ocorreu um relevante decréscimo quantitativo até 2011, provavelmente, pelas constantes mudanças legislativas com o intuito de limitar o acesso ao STF por meio de recursos, com valorização dos precedentes temáticos; fenômeno que se deu igualmente ao redor do mundo. Agora, ao que parece, foi retomada a preocupante curva de crescimento.

Uma das mais importantes e significativas mudanças é o julgamento pelos tribunais não apenas de um caso em concreto, mas dos temas que o compõe,

69. Dados disponíveis em: [www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp]. Acesso em: 19.03.2017.

escolhendo um processo com causas repetitivas e sobrestando os demais recursos. Sem dúvida, diante de uma sociedade de massa, esse é um fator que gera repercussão significativa nos processos distribuídos no Poder Judiciário, garantindo não apenas uniformidade nas decisões, mas ainda uma maior celeridade na conclusão do debate jurídico posto.

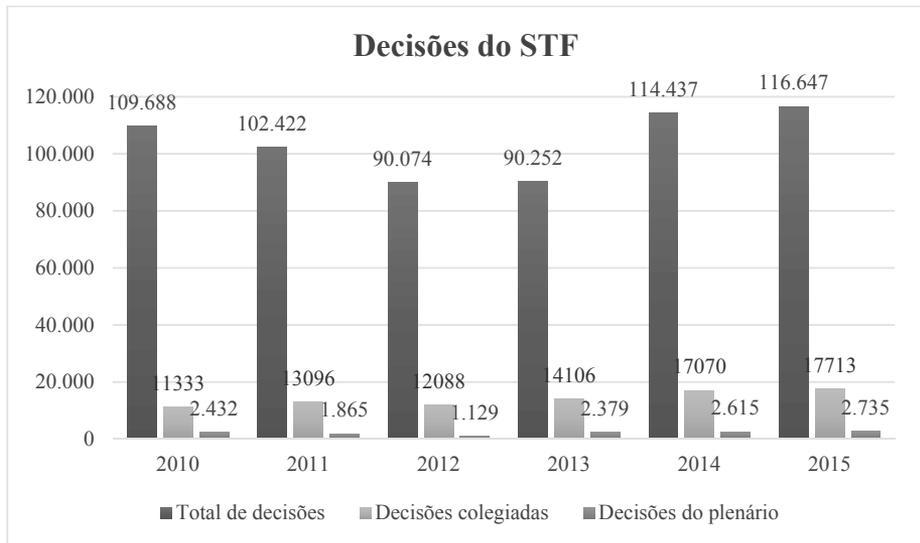
Vale destacar, diante dos números astronômicos, que a fiscalização difusa/incidental no STF constitui, ainda com a criação desses diversos filtros, uma inimaginável média superior a 90% dos processos distribuídos no tribunal, elevando seu passivo em patamares desumanos. Esses números demonstram o caráter recursal do Supremo, de modo que, mesmo com o dobro dos seus 11 ministros, não seria capaz de atuar como uma verdadeira Corte Suprema ou Constitucional, motivo pelo qual não resta outra alternativa senão continuar buscando novos filtros para seu acesso a casos mais estritos e priorizar as análises abstratas/temáticas.

Queremos dizer com isso que os institutos da repercussão geral, efeito vinculante das decisões, sobrestamento de recursos e utilização das súmulas vinculantes não foram capazes de colocar a quantidade de processos que chegam à Corte brasileira em patamares razoáveis.

A importação desmedida de tantos institutos pelo direito brasileiro, bem como o afã de garantir o cumprimento de uma Constituição extremamente programática e analítica, inviabiliza um julgamento célere que o mundo moderno exige. Precisa-se avançar, com novos filtros e uma drástica diminuição da competência do STF, tornando-o, definitivamente, uma verdadeira Corte Constitucional capaz de salvaguardar de modo eficiente o sistema constitucional de direito.

Em virtude de uma Constituição extremamente analítica, não existe grande dificuldade em realizar uma interpretação constitucional nos mais variados conflitos de interesses sob o crivo do Judiciário. Contudo, não se pode exigir do Supremo Tribunal Federal uma interpretação de toda a legislação ordinária, devendo a própria Corte realizar uma jurisprudência restritiva dos temas nitidamente constitucionais ou atuar quando estiver em risco a ordem constitucional.

Ademais, verifica-se que até mesmo no plenário do Tribunal, que possui uma única sessão semanal ordinária, os números ultrapassam as cifras inimagináveis de dois mil julgamentos por ano:

Gráfico 2 – Total de decisões/ano do STF⁷⁰

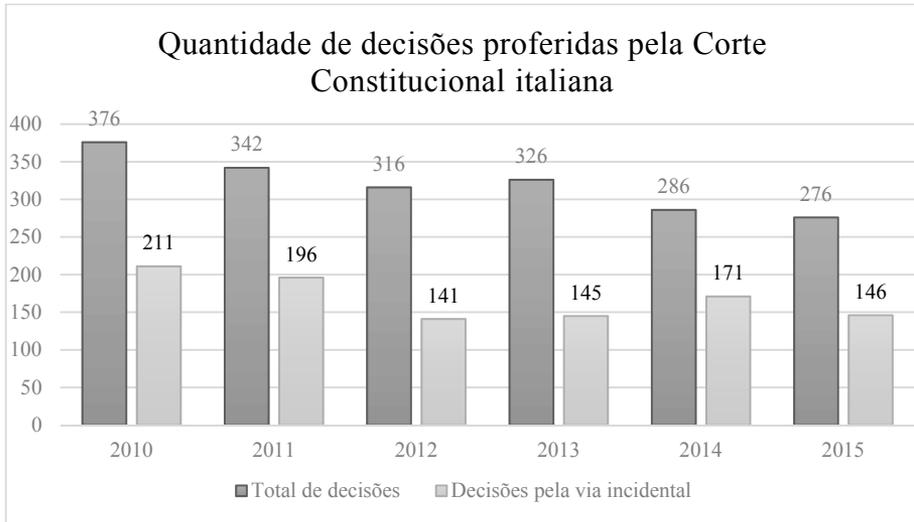
Cabe salientar que na Itália ocorre o oposto, pois a Corte italiana age de maneira pragmática, ou seja, aplica reais restrições julgando apenas temas verdadeiramente constitucionais. Dessa forma, usa o direito processual constitucional a seu favor, com decisões que desestimulam o acesso à Corte de maneira banal, especialmente com uma interpretação notadamente dura na aplicação da *manifesta infondatezza*.

Trata-se de uma jurisprudência manifestamente defensiva, de autolimitação e autocontenção, com o objetivo de “sobrevivência”, permitindo-se por diversas vezes uma ampliação ao Poder Legislativo ao decidir sobre sua discricionariedade legislativa e um maior diálogo com os outros poderes constituídos.⁷¹

Dessa forma, além de uma legislação favorável, a Corte atua de maneira que garanta uma quantidade de decisões anuais dentro dos parâmetros coerentes com a razoabilidade e importância de seus julgados:

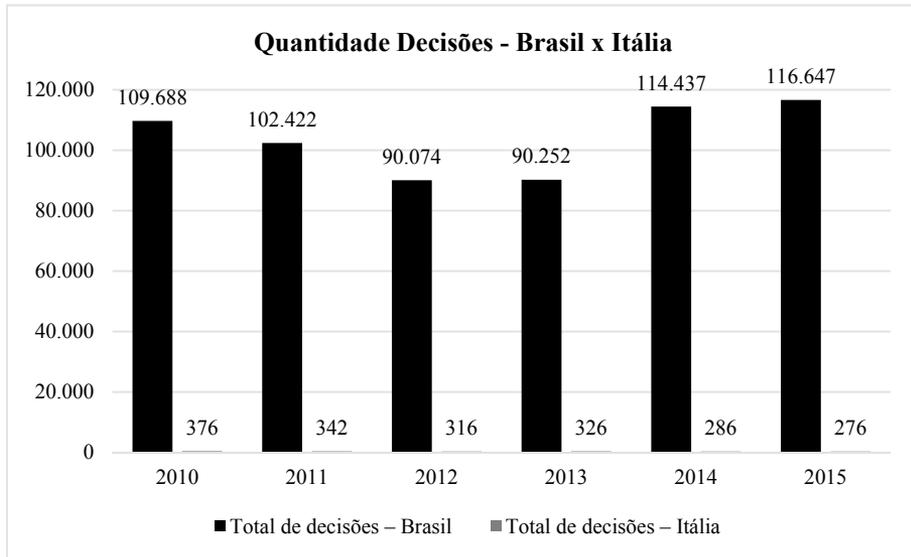
70. Dados disponíveis em: [www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp]. Acesso em: 19.03.2017.

71. VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 30.

Gráfico 3 – Total de decisões/ano da CCI⁷²

Observa-se que, a Corte italiana, no seu clássico modelo de Corte Constitucional europeia, mesmo possuindo uma média de maioria de processos oriundos dos magistrados e tribunais inferiores (controle de constitucionalidade pela via incidental), não abarrotta os gabinetes dos Ministros, muito pelo contrário, quando comparada com o controle incidental operante na Corte brasileira, fato que demonstra a eficácia do filtro jurídico existente no modelo incidental italiano. Eis os números comparativos:

72. Disponível em: [www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/documentazione/statistiche.do]. Acesso em: 19.03.2017.

Gráfico 4 – Quadro comparativo pela quantidade total de decisões ao ano⁷³

Ocorre que, no Brasil, em virtude da natureza tradicionalmente recursal da sua Corte Suprema, bem como o fato de o STF não possuir as características clássicas ou puras de Tribunal Constitucional, faz com que, mesmo com institutos capazes de amenizar a avalanche de recursos, a admissibilidade recursal é realizada de forma frouxa, necessitando-se uma mudança estrutural e um aperfeiçoamento legislativo constitucional com o intuito de “resolver o problema” definitivamente.

Essa é a primeira conclusão a que se chega quando se observa a média aproximada dos últimos dez anos, a qual demonstra que 90% dos processos distribuídos no STF são agravos de instrumentos e recursos extraordinários, típicos recursos utilizados para apreciação da interpretação constitucional pelo modo difuso. Visto isso, por que não julgar apenas os recursos processuais quando houver declaração de inconstitucionalidade nos tribunais inferiores?

Assim, haveria maior poder aos magistrados de carreira que teriam competência quase que exclusiva em questões menos políticas e mais juridicamente técnicas. E mais, o modelo se tornaria verdadeiramente misto, pois outros órgãos colegiados poderiam ter a decisão final sobre a constitucionalidade da lei.

73. Dados disponíveis em: [www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp] e [www.cortecos-tituzionale.it/jsp/consulta/documentazione/statistiche.do]. Acessos em: 19.03.2017.

De outro modo, parece ser irracional permitir que um juiz possa declarar a inconstitucionalidade de uma lei sem qualquer trauma e utilizando-se de qualquer fundamento principiológico, enquanto que um magistrado de segundo grau, que atua em tribunais, teoricamente com maior experiência e bagagem jurídica para visualizar as consequências macro de uma inconstitucionalidade, não o possa, devendo necessariamente se submeter à admirável, e sempre defendida, cláusula da reserva de plenário.

Fato é que a jurisdição constitucional brasileira vive, na prática, de extremos. Diante disso, sugere-se que, logicamente respeitado o poder geral de cautela dos magistrados, apenas os órgãos colegiados, com ampla jurisdição, possam declarar, por maioria absoluta, a inconstitucionalidade de lei. Do mesmo modo, somente com uma real declaração de inconstitucionalidade de órgão inferiores, o STF poderia julgar o tema em controle difuso.

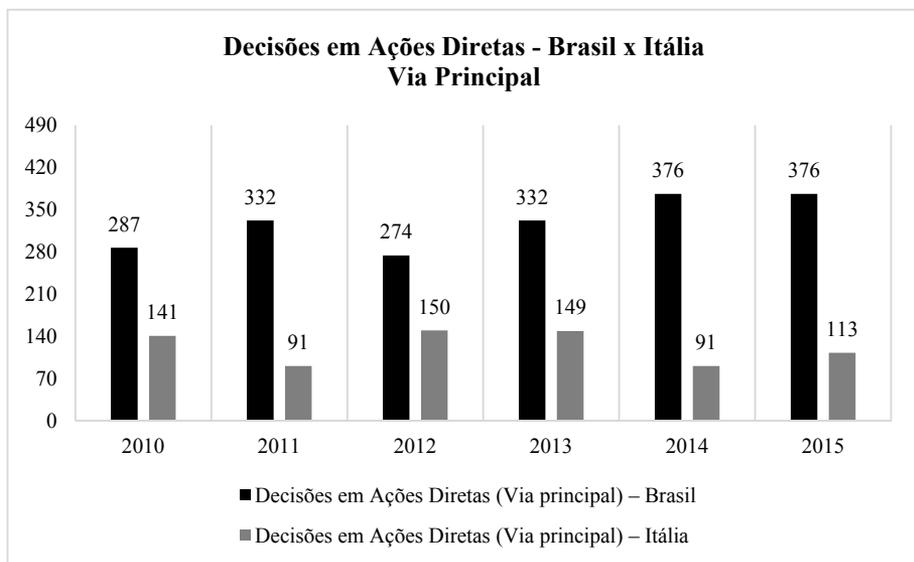
Ora, deve-se dar maior garantia e ser mais coerente com o princípio da segurança jurídica, fazendo com que a legislação produzida pelo Parlamento seja costumeiramente a legislação vigente ao caso em concreto, e não qualquer princípio constitucional ou a interpretação constitucional que os magistrados possuam divergentemente sobre o tema.⁷⁴ Desse modo, inevitavelmente, seria mais factível o respeito à razoável duração do processo e o Poder Judiciário possuiria maior credibilidade.

Cabe esclarecer, ainda, que não haveria uma diminuição do “poder” da Suprema Corte brasileira com a dificuldade de acesso no controle difuso, pois, ainda, haveria inúmeros legitimados a propor uma ação direta no Supremo sem prazo para tanto, seja com as ações de inconstitucionalidade, constitucionalidade, ou até mesmo, diante sua forma subsidiária, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, que na sua versão indireta pode advir de um processo judicial.

74. “Existe, pois, uma relação de circularidade entre os elementos da ordem constitucional: a segurança jurídica, o devido processo legal e a confiança legítima dos cidadãos proporcionam um sistema jurídico justo, adequando e efetivo, e este, por sua vez, confere segurança jurídica, a ordem pública e a legítima expectativa de concretização dos direitos e garantias fundamentais. Esse *feedback* entre o Estado e a sociedade é essencial para o bom funcionamento do ordenamento jurídico e também para a própria democracia” (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Segurança jurídica e confiança legítima. Reflexos e expectativas processuais. In: FUX, Luiz (Coord.). *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 863).

Agora, utilizando-se de números em quantidade de processos recebidos e julgados pelas Cortes no modo abstrato ou concentrado em sentido puro (via principal), observa-se que não se trata de um problema real das Cortes. Isso porque, no Brasil, os números são irrisórios quando comparados ao total de distribuições e julgamentos, e na Itália as decisões no controle de constitucionalidade pela via principal e abstrata não ultrapassam a média de 32% ao ano.

Gráfico 5 – Quadro comparativo pela quantidade de decisões em ações diretas – via principal⁷⁵



São números que surpreendem, pois, como já frisamos neste artigo, a Constituição brasileira de 1988 e ulteriores emendas, aumentaram sobremaneira não só os tipos de ações diretas, mas também a quantidade de legitimados para interpô-las. Deu-se início em 1988 e o poder constituinte reformador continuou na tendência de valorização do controle abstrato/concentrado e, ainda sim, a quantidade de ações desse tipo é irrisória perante a quantidade de processos em modo incidental.

75. Dados disponíveis em: [www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp] e [www.cortecos-tituzionale.it/jsp/consulta/documentazione/statistiche.do]. Acessos em: 19.03.2017.

Após uma pequena análise dos números diante do “clássico” modelo italiano e do “inovador” e amplo controle abstrato brasileiro, podemos observar que os números e as diferenças das suas justiças constitucionais convergem para resultados que demonstram que o inchaço das Cortes não é em virtude do modelo concentrado/abstrato de constitucionalidade, pois a crescente de processos é observada apenas na jurisdição constitucional incidental, visto que em percentuais, o modo abstrato permanece em números confortáveis de acordo com a realidade existente em ambas as Cortes analisadas.

4. REFLEXÕES, CRÍTICAS E SUGESTÕES FINAIS

Ficou claro que o modelo concentrado italiano consegue manter o patamar de julgamentos em níveis aceitáveis, não abrindo brecha para se tornar uma Corte recursal, diferentemente do que ocorre com a Corte brasileira quando enfrenta questões constitucionais pelo modelo difuso.

Na Itália, o filtro realizado pelo Poder Judiciário no modo incidental tem se mostrado eficaz. Desse modo, pode-se levar em consideração a antiga influência processual italiana no ordenamento jurídico brasileiro para se criar algo semelhante ao modelo misto de constitucionalidade brasileiro. Ademais, além dos filtros processuais, a cultura de inconstitucionalidade não pode remanescer, devendo-se estabelecer de certo modo o respeito à legislação e não apenas aos princípios constitucionais.

Difícilmente uma reforma constitucional com o objetivo de concentrar as decisões de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal brasileiro seria algo viável, seja pela tradição brasileira pelo modelo difuso, seja porque pensamos que apenas o momento de análise pelo Supremo seria modificado, já que continuariam existindo milhares de questões de análise constitucional a serem julgadas pela Corte brasileira, motivo pelo qual fazemos a pergunta mais um vez: por que não concentrar mais o modelo difuso nos tribunais inferiores?

Insistimos na ideia de colocar a jurisdição constitucional do STF pelo modelo difuso apenas como situação subsidiária, como já proposto, utilizando-se do recurso extraordinário apenas quando o tribunal inferior decidir pela inconstitucionalidade de uma lei, quebrando claramente o princípio da presunção de constitucionalidade e, diante desse trauma institucional, garantir a última palavra ao Supremo no controle difuso/incidental em declarar a (in)constitucionalidade agora não mais presumida.

Desse modo, haveria um modelo misto por excelência, pois o modelo difuso seria concentrado em tribunais inferiores que poderiam deter a última palavra da questão constitucional.⁷⁶

Propõe-se, ainda, que, quando em um caso em concreto o juiz verificasse uma possível inconstitucionalidade, remeteria a questão ao Tribunal ao qual é diretamente vinculado para que o órgão colegiado se manifestasse, seja ele um magistrado de primeiro ou segundo grau de jurisdição,⁷⁷ utilizando-se, com certa peculiaridade, do exemplo italiano.

Poderia o juiz utilizar-se do seu poder geral de cautela até que a matéria fosse definitivamente decidida pelo Tribunal, evitando que o tema chegasse ao Supremo caso o Tribunal inferior entendesse pela constitucionalidade da norma, o que permitiria uma maior celeridade processual com julgamento imediato pelo magistrado emissor do incidente de inconstitucionalidade.

Ressalta-se mais uma e última vez que nada impediria a análise pelo Supremo Tribunal Federal pelo modo concentrado de fiscalização constitucional, nos mesmos moldes como é hoje, haja vista que tem funcionado a salutar amplitude representativa dos legitimados para tanto. Contudo, defende-se, neste trabalho, uma maior estabilização das decisões judiciais no controle difuso, ainda que em menor escala se comparado ao controle concentrado, especialmente quando diante da constitucionalidade da norma.

Claro que uma única medida não acabará com a crise da jurisdição constitucional brasileira, pois o melhor seria uma reestruturação do modelo, mas com essa providência entendemos que se possam racionalizar os números de julgamentos pelo Supremo, garantindo uma melhor e mais célere Justiça constitucional.

76. Com todo respeito a uma das maiores autoridades do tema no Brasil, Prof. André Ramos Tavares, não consideramos que o atual recurso extraordinário coopera com excelência do controle de constitucionalidade brasileiro; tudo bem que o torna acessível a qualquer cidadão e que na teoria isso é muito bom, mas o seu uso indiscriminado vem prejudicando a eficiência do modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, ajudando na falência da sua justiça e caminhando para um futuro em que será inviabilizado o trabalho do Supremo Tribunal Federal. Sobre o posicionamento ao qual discordamos, cf. TAVARES, André Ramos. O modelo brasileiro de controle difuso-concreto da constitucionalidade das leis e a função do Senado Federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, n. 819, jan. 2004. p. 50.

77. Desse modo, pretende-se dar um maior fortalecimento à cláusula de reserva de plenário e a devida submissão dos atores jurídicos ao princípio da presunção de constitucionalidade.

De todo modo, não conseguimos ver outra alternativa que não a transformação do STF rumo a uma postura efetiva de Tribunal Constitucional, com a transferência de competências a outros tribunais, amenizando sobremaneira a quantidade de processos existentes na Corte. Dessa forma, estaria garantida uma defesa constitucional mais qualificada e um controle difuso mais residual, sem retirar, obviamente, sua última palavra quando da declaração de inconstitucionalidade, independentemente do modelo.⁷⁸

Ainda, deve-se dar a devida importância à excepcionalidade das decisões de declaração de inconstitucionalidade. Significa dar o verdadeiro valor à legislação vigente, oriunda dos representantes do povo, da vontade popular, ou seja, dos mesmos titulares que investiram o poder constituinte, por meio de uma visão não apenas jurídica, mas especialmente política dos interesses nacionais, respeitando sempre, é claro, o núcleo duro do texto fundamental.

Nos dias atuais isso não ocorre, muito pelo contrário. É comum um juiz de primeiro grau, recém-empossado no cargo, declarar uma lei inconstitucional, a qual passou pelo crivo das duas casas do Congresso Nacional, por meio de anos de discussão e debates, além de ter sido sancionada pelo chefe do Poder Executivo, com fundamentação em conceitos jurídicos indeterminados e princípios constitucionais amplos, sem ter uma real visão macro da causa. Em razão dessa insegurança jurídica, os jurisdicionados nunca saberão até quando e se as leis vigentes terão eficácia jurídica nos casos analisados por aqueles que deveriam determinar o cumprimento da lei.

Observa-se no direito comparado um maior respeito ao texto legal, ou seja, a lei determina efetivamente qual decisão o magistrado deve tomar diante do caso em concreto. Isso acontece em qualquer dos países pertencentes aos sistemas, *civil law* e *common law*, mas no Brasil não existe um trauma pela não aplicação legislativa (declaração de inconstitucionalidade).

As decisões são lastreadas quase sempre em princípios constitucionais genéricos que produzem uma falsa sensação de justiça ao permitir um juízo de valor inerente ao ser humano do magistrado, sem medir os efeitos políticos e econômicos em perspectivas macro, expurgando um perigoso olhar míope à declaração de inconstitucionalidade.

78. Nesse sentido, Clèmerson Merlin Clève: “A convivência dos modelos concentrado e difuso continua; todavia, a fiscalização abstrata e concentrada vai conquistando, passo a passo, um peso cada vez mais significativo” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1995. p. 111).

Superando as críticas ao modelo brasileiro, sobretudo em virtude da quantidade inimaginável de processos que chegam à sua Corte Suprema, bem como a insegurança jurídica oriunda pela falta de algum requisito rígido para declaração de inconstitucionalidade, que faz com que não haja qualquer receio e amadurecimento entre os juízes de primeiro grau em expurgar a validade de uma lei num determinado caso em concreto, fatos não observados na realidade italiana, não podemos deixar de apontar a carência de ações e legitimados ativos capazes de garantir o acesso à Corte Constitucional italiana, notadamente meios que assegurem de forma contundente e clara a defesa dos direitos fundamentais.⁷⁹

Concordamos com o professor e ex-presidente da Corte Constitucional italiana, Antonio Baldassarre, quando afirma que a falta de qualquer recurso direto por violação aos direitos fundamentais faz da Itália o país com maior dificuldade de acesso à Corte Constitucional.⁸⁰

Como lembrado, é possível verificar experiências em países vizinhos muito interessantes, com institutos processuais que garantem a proteção aos direitos fundamentais, defesa essa que consideramos como um dos principais papéis das Cortes Constitucionais contemporâneas. Dentre tantos, lembramos especialmente do recurso de amparo espanhol e o recurso constitucional alemão.

Contudo, conforme pode ser observado no direito comparado, uma ação constitucional como o recurso de amparo pode levar uma enxurrada de processos à Corte Suprema, tal como ocorre na Espanha⁸¹, sobrecarregando a Corte

79. Não se desconhece as diversas tentativas frutadas de implementar na Itália uma ação (recurso) direta de (in)constitucionalidade individual desde os anos 1980, passando-se pela ascensão centro-direita nos anos 1990, bem como a discussão atual na câmara dos deputados. Contudo, sempre existiu e houve uma grande resistência seja da doutrina, seja dos legisladores contemporâneos a novas formas de acesso à Corte Constitucional diante da real possibilidade de tal ação sobrecarregar o trabalho da Corte. Na verdade, antes desses mais recentes debates legislativos, na própria elaboração da atual Constituição italiana, tendo o Prof. Piero Calamandrei como relator, já houve um debate sobre a possibilidade de criação de um recurso direto à Corte Constitucional por qualquer cidadão. PAGOTTO, Cesare. *La disapplicazione della legge*. Milano: Giuffrè, 2008. p. 90.

80. BADASSARRE, Antonio. *Una costituzione da rifare: il progetto della bicamerale sotto la lente di un costituzionalista*. Torino: Giappichelli, 1998. p. 66 et seq.

81. “Anche l’ordinamento costituzionale della Spagna prevede il controllo concreto di costituzionalità per la tutela dei diritti fondamentali sanciti dalla costituzione. Contro le violazioni e le lesioni dei diritti proclamati dagli articoli 14-30 della costituzione (principio di ugualinza, diritti fondamentali e libertà pubbliche, obiezione di coscienza)

Constitucional italiana.⁸² Tal fato não deve ser admitido, pois prejudicaria, em virtude da quantidade, a qualidade e celeridade dos seus julgados. Veja-se a quantidade de processos na Corte Suprema brasileira em virtude do controle de constitucionalidade misto.

Ressalta-se que, apesar de intensas críticas a respeito da eficácia do recurso de amparo na Espanha, especialmente pelo fato de seu corriqueiro uso, há uma convicção quase unânime na doutrina pela importância da existência do recurso de amparo, chegando-se a atribuir-lhe um certo patriotismo constitucional espanhol a serviço do povo⁸³, mas tal fato não impede a crítica existente diante da sua trivialidade atual.

Visto isso, apesar de salutar, deve-se ter muito cuidado com essa tendência mundial de ampliação da legitimidade ativa do controle concentrado de constitucionalidade. O seu extremismo com a criação de uma ação popular constitucional direta e individual à Corte Constitucional pode gerar grandes transtornos e consequências drásticas ao modelo fiscalizatório com a produção de decisões voltada quase que exclusivamente a um único tipo de ação.⁸⁴

ogni persona, fisica o giuridica, può presentare ricorso di amparo” (MORBIDELLI, Giuseppe; PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo; VOLPI, Mauro. *Diritto pubblico comparato*. 5. ed. Torino: G. Giappichelli, 2016. p. 347).

82. No controle de constitucionalidade espanhol, o instituto do amparo, em todas as suas modalidades, mas especialmente quando utilizado na via de acesso incidental à Corte Constitucional, vem passando por algumas reformas legislativas com o objetivo de diminuir a quantidade de processos que alcançam a respectiva Corte, pois chegam milhares por ano, o que inviabiliza o bom funcionamento do órgão. Cf. PEGORARO, Lucio. *Giustizia costituzionale comparata: Dai modelli ai sistemi*. Torino: G. Giappichelli, 2015. p. 95).
83. GISBERT, Rafael Bustos. ¿Está agotado el modelo de recurso de amparo diseñado en la Constitución Española? *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 4, 2º semestre de 1999. p. 289.
84. Esse é o entendimento de balizada doutrina, entre outros, cita-se mais uma vez o Professor e Ministro da Suprema Corte brasileira Gilmar Ferreira Mendes quando afirma que: “Não se pode olvidar, outrossim, que a outorga do direito de propositura a qualquer um do povo poderia satisfazer os fins de um processo objetivo. Assinale-se, porém, que contra a ação popular de inconstitucionalidade suscitam-se inúmeras objeções, relacionadas com a sobrecarga para o tribunal incumbido de examinar as questões levantadas, e com a excessiva judicialização do processo político” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 127).

Assim, somos simpatizantes da estratégia de legitimidade ativa limitada, mas capaz de garantir uma real representatividade social, incluindo-se a defesa das minorias.⁸⁵ Outros tipos de filtros, como limitação do objeto da ação em defender apenas determinados direitos fundamentais, pode desfigurar seu objetivo em virtude da velocidade do mundo moderno em consolidar constantemente novos direitos fundamentais.

Assim, além de maior representatividade da sociedade com uma ampliação dos legitimados para a ação direta abstrata de controle de inconstitucionalidade⁸⁶, um instituto que pode ser de boa aplicabilidade na Itália é a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) brasileiro.⁸⁷ Uma ação direta, com legitimados limitados⁸⁸, sendo que, ainda, alguns devem comprovar a pertinência temática para seu ajuizamento e, especialmente, como ação subsidiária⁸⁹, ou seja,

85. Entendemos que o Poder Judiciário é capaz de garantir direitos constitucionais individuais, pois o modelo concentrado de constitucionalidade não impõe um monopólio da interpretação constitucional, mas apenas a exclusividade em extirpar a norma do ordenamento jurídico nacional que contraste com a Constituição, bem como o poder da Corte em atuar nas violações aos princípios sensíveis de clara aspiração estruturante constitucional, ou seja, capaz de gerar risco direto aos fundamentos existentes na constituição.

86. Conforme se observa em constituições mais modernas, dentre outras, destacam-se a brasileira, de 1988; a espanhola, de 1978, e a portuguesa, de 1976.

87. No Brasil, para que seja possível utilizar-se da ADPF deverá haver (i) uma ameaça ou violação dos direitos fundamentais, daí se podem incluir qualquer princípio constitucional sensível, bem como fundamentos e objetivos da República; (ii) ato do Poder Público (em outros países até poderia ser colocada também uma omissão do Poder Público) e (iii) uma inexistência de qualquer outro meio capaz de sanar a lesividade.

88. Cabe recordar que a ideia inicial do legislador era ampliar a legitimidade ativa da ADPF para “[...] qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público” (art. 2º do projeto de lei que derivou a Lei 9.882/1999), texto vetado pela Presidência da República sob fundamento de que o controle abstrato já possui um rol amplo de legitimados capaz de assegurar sua representação social, além do fato de que essa amplitude indiscriminada de legitimados poderia sobrecarregar ainda mais o Supremo Tribunal Federal. Com conhecimento de que tal veto foi excessivamente criticado pela doutrina constitucionalista, somos de acordo com essa limitação de legitimados em ações diretas, sob pena de, não havendo eficientes limitações e filtros, existir supressão de instâncias e distorção do controle concentrado de constitucionalidade. Cf. Mensagem Presidencial n. 1.807 de 1999.

89. Apenas a título de esclarecimento, a terminologia subsidiária utilizada não quer dizer uma ação residual ou de menor importância. Essa inspiração alemã busca apenas evitar

podendo ser utilizada somente quando não houver outro meio na defesa dos preceitos fundamentais, motivo pelo qual não gerou, ao menos no Brasil, uma quantidade desarrazoada de ações desse tipo.

Ainda, diferentemente dos seus primos estrangeiros, diga-se, o recurso de amparo espanhol e o recurso constitucional alemão, que são usados em casos concretos, a ADPF é um instrumento do controle concentrado/abstrato⁹⁰ (mesmo podendo ser advindo em virtude de um caso em concreto) com legitimados limitados, tutelando-se a defesa dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, a ordem constitucional.⁹¹ Algo mais palpável diante do controle de constitucionalidade italiano e o espírito de limitação de competência existente na sua Corte Constitucional.

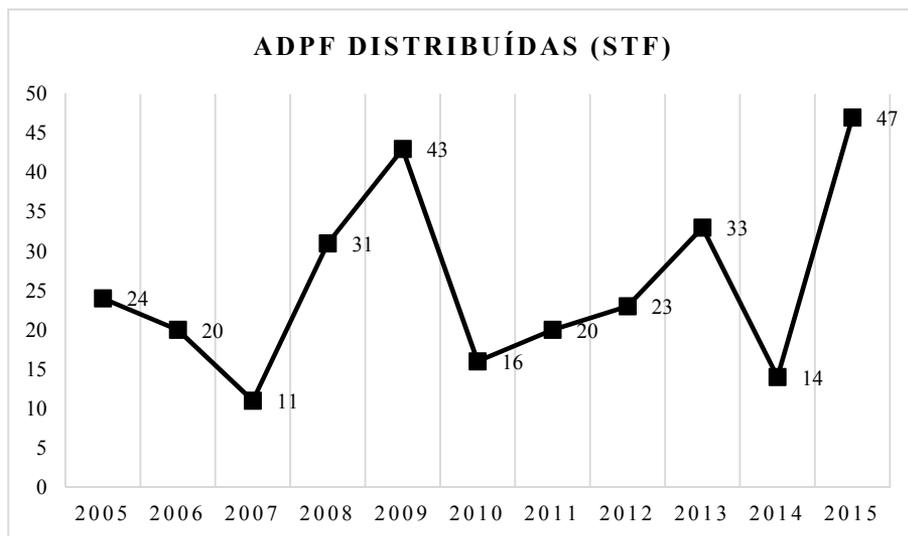
a banalização da ação e sua utilização em substituição a outros institutos já existentes e eficazes. Desse modo, podemos a caracterizar em virtude de sua especialidade em resguardar, de forma particularmente eficiente e ampla, os preceitos fundamentais da Constituição.

90. Ressalta-se que o Brasil não é o único país a utilizar o controle concentrado, ou seja, uma ação direta de controle de constitucionalidade na defesa de direitos constitucionais. Pode-se verificar algo semelhante em outros países, tais como Eslovênia, Bélgica e Rússia. Cf. PEGORARO, Lucio. *Giustizia costituzionale comparata: dai modelli ai sistemi*. Torino: G. Giappichelli, 2015. p. 158.
91. “A criação desse mecanismo específico de proteção quanto a determinado preceito (os de cunho fundamental) significa, sem dúvida, que ‘se supervalorizam, por via de sua máxima proteção, determinados preceitos’ (USERA, 1988:166). Essa ideia de que há um conjunto de preceitos que merecem proteção mais intensa que os demais preceitos integrantes da Constituição não é inovadora, sendo comum encontrar, na doutrina, uma referência constante a certo núcleo ‘duro’ das constituições, composto por um conjunto de normas constitucionais consideradas essenciais, imprescindíveis, o que normalmente é feito a partir de uma verificação estrutural de tratamento dogmático concedido a certas normas, embora sem ignorar totalmente considerações de cunho axiológico e histórico subjacentes a essas formulações” (TAVARES, André Ramos. Repensando a ADPF no complexo modelo brasileiro de controle da constitucionalidade. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade*. 3. ed. ampl. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 317). No mesmo sentido, mas com capacidade de síntese que lhe é peculiar, conceitua e explica o Prof. Dirley a ADPF como sendo “uma ação constitucional especialmente destinada para promover a jurisdição constitucional concentrada no Supremo Tribunal Federal para a tutela da supremacia dos preceitos mais importantes da Constituição Federal” (CUNHA JÚNIOR; Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 319-320).

Ademais, destaca-se, finalmente, a possibilidade de utilização extremamente ampla contra atuação nociva do Poder Público, incluindo-se a inércia em cumprir ou efetivar preceitos fundamentais do sistema constitucional, bem como seu emprego no modo de controle de constitucionalidade preventivo, via eficiente que uma Corte Constitucional dispõe para impedir a vigência de um ato flagrantemente inconstitucional.

Assim, observa-se que no Brasil, mesmo com o rol amplo de legitimados ativos que asseguram uma representação social digna de uma ação direta constitucional moderna, a ADPF se mantém em níveis razoáveis de ações por ano, não possuindo uma tendência ao crescimento indiscriminado no seu uso. Vejamos:

Gráfico 6 – Quantidade de arguições de descumprimento de preceito fundamental distribuídas no Supremo Tribunal Federal entre 2005 e 2015⁹²



Pelo exposto, diante da necessária evolução, aperfeiçoamento e desenvolvimento da jurisdição constitucional, deve-se aparelhar o direito contemporâneo de uma coerência e efetiva proteção dos direitos fundamentais e, sem qualquer tipo de preconceito, com maior racionalidade econômica do direito, buscando como meta a máxima eficiência e segurança jurídica.

92. Dados disponíveis em: [www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp]. Acesso em: 19.03.2017.

Apenas desse modo o direito posto será efetivamente cumprido e as decisões serão homogêneas, isonômicas, havendo, conseqüentemente, uma diminuição das demandas judiciais e uma pacificação social condizente com os tempos modernos.

REFERÊNCIAS

- ANGIOLINI, Vittorio. *La “Manifesta Infondatezza” nei Giudizi Costituzionali*. Padova: Cedam, 1988.
- AZZENA, Luisa. prospettive evolutive in tema di applicazione del diritto europeo e ruolo dei giudici nazionali. *Federalismi. Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comunitário e Comparato*. Disponível em: [www.federalismi.it]. Acesso em: 21.03.2017.
- BADASSARRE, Antonio. *Una costituzione da rifare: il progetto della bicamerale sotto la lente di un costituzionalista*. Torino: Giappichelli, 1998.
- BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. Campinas: Russel, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. Conceitos fundamentais sobre o controle de constitucionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. Direitos fundamentais, questões ordinárias e jurisdição constitucional: limites e possibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direto brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BIN, Roberto; PITRUZZELLA, Giovanni. *Diritto costituzionale*. Torino: G. Giappichelli, 2015.
- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Segurança jurídica e confiança legítima. Reflexos e expectativas processuais. In: FUX, Luiz (Coord.). *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- CALAMANDREI, Piero. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*. Padova: Cedam, 1950.
- CAPPELLETTI, Mauro. *La giurisdizione costituzionale della libertà: primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*. Milão: Giuffrè, 1955.
- CERRI, Augusto. *Corso di giustizia costituzionale*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2008.
- CICCONETTI, Stefano Maria. *Lezioni di giustizia costituzionale*. 3. ed. aggiornata. Torino: G. Giappichelli, 2006.

- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1995.
- COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civili: I. Il processo ordinario di cognizione*. Bologna: Il Mulino, 2006.
- CRISAFULLI, Vezio; PALADIN, Livio. *Commentario breve alla costituzione*. Padova: Cedam, 1990.
- CRUZ, Gabriel Dias Marques da. *Incidente de inconstitucionalidade e controle difuso: sistematização e perspectivas*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- CUNHA JÚNIOR; Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.
- FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidades, limites e parâmetros*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Stato e costituzione: materiali per una storia delle dottrine costituzionali*. Torino: Giappichelli, 1993.
- GHISALBERTI, Carlo. *Storia costituzionale d'Italia: 1848-1994*. Roma: Laterza, 2003.
- GISBERT, Rafael Bustos. ¿Está agotado el modelo de recurso de amparo diseñado en la Constitución Española? *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 4, p. 273-292, 2º semestre de 1999.
- MAFALTTI, Elena; PANIZZA, Saule; ROMBOLI, Roberto. *Giustizia costituzionale*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MIRANDA, Jorge. Sobre o direito constitucional comparado. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 55, ano 14, abr.-jun. 2006.
- MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MORBIDELLI, Giuseppe; PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo; VOLPI, Mauro. *Diritto Pubblico Comparato*. 5. ed. Torino: G. Giappichelli, 2016.
- MORTATI, Constantino. *Istituzione di diritto pubblico*. 10. ed. Padova: Cedam, 1991. t. I.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Levitã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

- PAGOTTO, Cesare. *La disapplicazione della legge*. Milano: Giuffrè, 2008.
- PEGORARO, Lucio. A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional. Trad. Maria Auxiliadora Castro e Camargo. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 6, p. 256, jul.-dez. 2005.
- PEGORARO, Lucio. *Giustizia costituzionale comparata: dai modelli ai sistemi*. Torino: G. Giappichelli, 2015.
- PIZZORUSSO, Alessandro. El tribunal constitucional italiano. In: FAVOREU, Louis et al. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação direta subsidiária de inconstitucionalidade: a legitimidade do cidadão brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 115, p. 179-190, jul.-set. 1992.
- RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Diritto costituzionale*. 15. ed. Napoli: Jovene, 1989.
- RUGGERI, Antonio, SPADARO, Antonino. *Lineamenti di giustizia costituzionale*. Torino: Giappichelli, 2009.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.
- TAVARES, André Ramos. O modelo brasileiro de controle difuso-concreto da constitucionalidade das leis e a função do Senado Federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, n. 819, jan. 2004.
- TAVARES, André Ramos. Repensando a ADPF no complexo modelo brasileiro de controle da constitucionalidade. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade*. 3. ed. ampl., rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010.
- TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBCD), 1998.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. La Corte Costituzionale Italiana. In: PASQUINO, Pasquale; RANDAZZO, Barbara (Org.). *Come decidono le Corti Costituzionali (e altre Corti)*: Atti del Convegno Internazionale svoltosi a Milano, il 25-26 maggio 2007. Milão: Giuffrè, 2009.
- ZAVASKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Costituzionalismo moderno e ruolo del Potere Giudiziario nelle società contemporanee, de Mauro Cappelletti – *RePro* 68/47-54 (DTR\1992\296);
- Controle de constitucionalidade no direito comparado, de Vanessa de Campos Melo Santos – *RDCI* 93/195-212 (DTR\2015\16845);
- Teoria geral do processo constitucional, de José Alfredo de Oliveira Baracho – *RDCI* 62/135-200 e *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 5/323-402 (DTR\2008\57); e
- Paradigmas e perspectivas da legitimidade *ad causam* para o controle de constitucionalidade no Brasil segundo os postulados democráticos, de Luan Raniere Santana Trevizan – *RePro* 243/459-479 (DTR\2015\7920).

VIRAGEM CONSTITUCIONAL, DE LASSALLE A HESSE

CONSTITUTIONAL TURN, FROM LASSALLE TO HESSE

FELIPE RODRIGUES XAVIER

Mestre e Bacharel em Direito pela UNESP – Universidade Estadual Paulista, Câmpus Franca. Ex-editor da Revista de Estudos Jurídicos (REJ) da UNESP. Advogado. Poeta.
felipe.rodrigues.xavier14@gmail.com

ÁREA DO DIREITO: Constitucional

RESUMO: O artigo situa a crise do Estado Democrático de Direito e a constante fragilização do Texto Constitucional brasileiro (talvez em seu momento mais crítico), tanto no aspecto estrutural dos Poderes do Estado como em relação ao dirigismo e controle político pretendido pela Constituição segundo o constitucionalismo contemporâneo, no iluminador debate entre "os fatores reais de poder" de Ferdinand Lassalle no século XIX e a "força normativa da Constituição" de Konrad Hesse do segundo pós-guerra, textos clássicos da teoria política e do direito constitucional que travam, em suma, o debate entre o real e o normativo, entre o poder e o direito.

PALAVRAS-CHAVE: Ferdinand Lassalle – Konrad Hesse – Constitucionalismo contemporâneo – Força normativa da Constituição.

ABSTRACT: The article situates the crisis of the Democratic State of Law and the constant weakening of the Brazilian Constitutional Text (perhaps in its most critical moment), both in the structural aspect of the State Powers and in relation to the dirigism and political control intended by the Constitution according to contemporary constitutionalism, in the illuminating debate between Ferdinand Lassalle's "real power factors" in the nineteenth century and Konrad Hesse's "normative force of the constitution" of the second post-war, classical texts of political theory and constitutional law that, in short, constitute the debate between the real and the normative, between power and law.

KEYWORDS: Ferdinand Lassalle – Konrad Hesse – Contemporary constitutionalism – Normative force of the Constitution.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Constitucionalismo contemporâneo. 2. Lassalle vs Hesse. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Lassalle, em meados do século XIX, dissertava sobre o caráter meramente clamatório das Constituições, sendo, em realidade, declarações políticas

destituídas, juridicamente, de efetividade e de normatividade sobre os destinos dos países. Quem os rege, de fato, são os “fatores reais do poder”, expressão que entrou nos anais da teoria do Estado e do direito constitucional. A réplica a Lassalle vem atrasada em um século: somente com Konrad Hesse no meio do século XX, num contexto completamente diverso, é claro, de reconstituição total (política, social, econômica, jurídica etc.) da Alemanha após a Segunda Guerra, surgem os conceitos primordiais do constitucionalismo contemporâneo de “vontade da Constituição” e “força normativa da Constituição”. A partir desse embate amplamente proveitoso, em suma, entre o real e o normativo, entre o poder e o direito, retiram-se conclusões sobre a situação constitucional brasileira atual e a anemia constitucional de todo o direito brasileiro, do ensino das mais de mil faculdades de direito ao STF, da doutrina manualística à jurisprudência anticonstitucional.

O objetivo do artigo está em situar a fragilidade constitucional do Brasil, talvez atualmente em seu momento mais crítico desde a promulgação da Constituição Federal em 1988, no debate entre os “fatores reais de poder”, de Ferdinand Lassalle, e a “força normativa da Constituição”, de Konrad Hesse, e, talvez, a partir daí, oferecer subsídios para compreendê-la e, quiçá, transformá-la.

1. CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Por *constitucionalismo contemporâneo* compreende-se o amplo processo jurídico-político da Europa ocidental do pós-guerra de reconstrução do Estado de Direito em sua forma evoluída, o Estado Democrático de Direito, resultando em transformações substanciais, tendo todas como centro de irradiação a Constituição. O constitucionalismo, assim, estende-se para além do direito, não estando somente o direito constitucionalizado, mas também as interações totais entre Estado, sociedade e mercado, sendo a Constituição o dirigente supremo e autônomo do País. Supremo, pois, muito além de se encontrar no ápice de qualquer escala normativa, define objetivos a serem alcançados por toda aquela sociedade nacional, tanto o Estado como também o mercado, objetivos que certamente incluem direitos fundamentais de três ou quatro gerações a estarem assegurados ou proporcionados. A Constituição transforma-se de mera carta oportuna de promessas para se tornar Carta Fundamental em toda a acepção do termo, não somente no direito, mas também na política, abarcando o modo de ser e o modo de *vir a ser* daquele Estado e daquela sociedade. A autonomia da Constituição, por sua vez, pretende dotá-la de certo grau de independência diante das contínuas oscilações da política, da moral e da economia (para citar as principais), de modo que pequenas modificações na estrutura parlamentar ou crises

econômicas não façam derruir completamente a Constituição. Isso para que ela sobreviva, ao menos em suas linhas essenciais, aos ataques que fatalmente terá de passar e possa permanecer tanto em seu aspecto de *pacto civilizatório mínimo* quanto de *potencial desenvolvimentista* daquela sociedade.

Isto é, em traços gerais, a nossa compreensão de constitucionalismo, e assim utilizaremos a expressão no decorrer do texto. Agora por *neoconstitucionalismo* concebemos a recepção do constitucionalismo no Brasil após a Constituição Federal de 1988. Etimologicamente, o termo nacional não está incorreto, entretanto, torna-se útil diferenciá-los desde já. Trata-se de dois processos em tempo e espaço diferentes, apresentando tantas semelhanças quanto diferenças.

O constitucionalismo desenrola-se nos anos imediatamente posteriores ao fim da Segunda Guerra Mundial principalmente em dois países, Itália e Alemanha.

Alicerçado na Constituição Italiana de 1947 e na Lei Fundamental de Bonn de 1949¹, mas principalmente no extenso trabalho hermenêutico de constitucionalização do direito realizado, respectivamente, pela Corte Constitucional italiana e pelo Tribunal Constitucional Federal alemão a partir da década de 1950 (Robert Alexy organiza e desenvolve a teoria dos princípios e a teoria da argumentação a partir da jurisprudência deste Tribunal), o constitucionalismo espalha-se rapidamente e definitivamente para a jurisprudência e a doutrina. Assume o direito constitucional, enfim, outra dimensão de relevância e interesse, ocasionando crescimento vertiginoso na produção doutrinária e jurisprudencial, quantitativa e qualitativamente. A França seguiu orientação distinta na

1. A Constituição de Weimar, apesar de todos os avanços sociais introduzidos com os direitos de segunda geração, passo importantíssimo na transformação do Estado Liberal clássico para o Estado de Bem Estar Social (no que é precedida somente pela Constituição Mexicana de 1917), permaneceu formalmente vigente mesmo durante o regime nazista que se estendeu de 1933 a 1945. “A Constituição de Weimar nunca foi ab-rogada durante o regime nazista, mas a lei de plenos poderes de 24 de março de 1933 teve não só o efeito de legalizar a posse de Hitler no poder como o de *legalizar* geral e globalmente as suas ações futuras. Dessa maneira, como apontou Carl Schmitt – escrevendo depois da Segunda Guerra Mundial –, Hitler foi confirmado no poder, tornando-se a fonte de toda legalidade positiva, em virtude de uma lei do Parlamento que modificou a Constituição. Também a Constituição stalinista de 1936, completamente ignorada na prática, nunca foi abolida” (LAFER, 1991, p. 95). Por sua vez, a Lei Fundamental de Bonn, originalmente pensada como provisória no contexto da Alemanha dividida, é aprovada em 1949 pelos aliados e torna-se definitiva para todo o território alemão apenas após a queda do muro de Berlim e a reunificação dos territórios ocidental (República Federal da Alemanha) e oriental (República Democrática da Alemanha) em 1990.

jurisdição constitucional e no controle de constitucionalidade, o que explica a menor influência desse país no neoconstitucionalismo brasileiro em comparação com a Alemanha e a Itália, e ainda menos se compararmos com a tradicional doutrina civilista francesa influente no Brasil por mais de cem anos. O constitucionalismo prosseguiu na Europa ocidental com a redemocratização constitucionalista de Portugal (1976) e Espanha (1978), num contexto mais próximo ao brasileiro após longo regime de exceção.

A constitucionalização do direito no pós-guerra é mais obra das Cortes Constitucionais do que das Constituições em si. Trata-se de um processo manifestamente hermenêutico, e não meramente declaratório. Eis a grande transformação do constitucionalismo moderno. Fundamentando-se nas Constituições dirigentes e normativas, as quais incluem vasto leque de direitos fundamentais de todas as dimensões, as Cortes Constitucionais desenvolveram a contínua e profícua atividade de revisão constitucional de todo o ordenamento jurídico. O primeiro alvo, como tradicional centro do direito, deu-se no Código Civil.

Assim, por exemplo, para atender ao princípio da igualdade entre homens e mulheres, foram introduzidas mudanças legislativas em matéria de regime matrimonial, direitos dos ex-cônjuges após o divórcio, poder familiar, nome de família e direito internacional privado. De igual sorte, o princípio da igualdade entre os filhos legítimos e naturais provocou reformas no direito de filiação (BARROSO, 2017, p. 20).

O processo de constitucionalização do direito civil mostra-se bem mais recente no Brasil com cerca de duas décadas, e isso devido tanto ao atraso da implementação constitucional no País quanto pelo recente Código Civil de 2002 ser conservador em seus avanços em relação ao Código de 1916.

De qualquer modo, a *judicial review*, levada a cabo pelas Cortes europeias, verificou-se pela transformação sintomática do constitucionalismo operada pela jurisdição constitucional. Aqui surge novamente Hans Kelsen. Anteriormente, os países da tradição romano-germânica desconheciam a possibilidade de revisão e correção dos atos normativos do Legislativo, consequência da supremacia desse Poder no esquema de Montesquieu². Refugiado nos Estados Unidos

2. “A experiência do regime social-nacionalista certamente diminuiu o respeito pela onipotência do legislador, tão característica da Europa do século XIX. A Constituição atual da Alemanha aumentou o poder dos juízes ao permitir à Corte Constitucional (art. 20 da Constituição Federal) controlar a conformidade das leis, e mesmo das leis

durante a Segunda Guerra Mundial, Kelsen traz à Europa do pós-guerra o modelo estadunidense do controle de constitucionalidade já consolidado naquele país há mais de século e meio a partir do paradigmático *Marbury vs. Madison* de 1803, influenciando decisivamente a jurisdição constitucional dos países reconstituídos com a concepção hoje elementar da supremacia da Constituição³.

Se a Constituição na Europa ocidental durante o século XIX e metade do XX era concebida como Carta de intenções, basicamente política, em semelhança com a atual Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o Código Civil exercia, de fato e de direito, o papel juridicamente vinculante das relações entre os cidadãos. A normatividade, da qual carecia a Constituição, lhe era exclusiva. A situação normativa dos documentos jurídico-políticos elucidava-se facilmente na comparação entre os três textos essenciais legados pela Revolução Francesa: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a Constituição Francesa de 1791 e o Código Napoleônico de 1804. Os três documentos não chegam a formar unidade normativa⁴; ao invés, mostram-se relativamente

constitucionais, com a *ideia de direito*, reencarnação moderna do direito natural. Qualquer que seja o lugar concedido a este nos diferentes sistemas ocidentais, uma coisa é certa: ninguém pretende mais, hoje, que o direito se identifique com a lei, e a maior parte das cortes de cassação amplia sua missão e cassa as decisões dos tribunais inferiores normalmente por violação da lei, mas também por violação de uma regra de direito, ampliando esta última noção a muito mais além do que ela significava há apenas meio século” (PERELMAN, 1996, p. 625-626).

3. “No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. A denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal – abstrato e concentrado –, foi introduzida pela Emenda Constitucional 16, de 1965. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura. A ela somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da arguição de descumprimento de préteito fundamental. No sistema constitucional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal pode exercer o controle de constitucionalidade (I) em ações de sua competência originária (CF, art. 102, I), (II) por via de recurso extraordinário (CF, art. 102, III) e (III) em processos objetivos, nos quais se veiculam as ações diretas” (BARROSO, 2017, p. 9).
4. “Do centro do sistema jurídico foi deslocado o velho Código Civil. Veja-se que o direito civil desempenhou no Brasil – como alhures – o papel de um direito geral, que precedeu muitas áreas de especialização, e que conferia certa unidade dogmática ao ordenamento. A própria teoria geral do direito era estudada dentro do direito civil, e só mais recentemente adquiriu autonomia didática” (BARROSO, 2017, p. 26).

independentes, compartilhando, como não poderia deixar de ser, os princípios históricos mais essenciais⁵ da Grande Revolução. No entanto, afiguram-se tratar de campos e objetivos não coincidentes, muito em razão da normatividade inversamente proporcional ao grau de generalidade e abstração da norma.

“Ontem os Códigos; hoje as Constituições. A revanche da Grécia contra Roma” (BONAVIDES apud BARROSO, 2017, p. 32).

2. LASSALLE VS HESSE

O maior representativo dessa virada constitucional está no embate entre Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse, se assim podemos chamá-lo, já que os debatedores encontravam-se em contextos e tempos bastante diversos, o que auxilia na compreensão desta transformação da questão constitucional do século XIX para o século XX.

Ferdinand Lassalle, na conferência pública *Que é uma Constituição?*, de 1862, considerou por insuficientes os tradicionais critérios definidores da Constituição, mormente os jurídicos: “Dão-nos critérios, notas explicativas para conhecer juridicamente uma Constituição; porém não esclarecem onde está o conceito de toda Constituição, isto é: a essência constitucional” (LASSALLE, 2017, p. 10). Deste “problema de pesquisa”, ou o que seria de fato a *essência constitucional* que não o texto escrito, Lassalle logo conclui sobre os *fatores reais do poder*: “Os fatores reais do poder que regulam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são” (LASSALLE, 2017, p. 17).

-
5. “O direito liberal se caracteriza pelo lugar predominante concedido ao princípio da autonomia da vontade, fundamento de todas as *convenções de direito privado*, que deveria conceder a todos uma igual proteção da lei. A Lei Le Chapelier, votada em 1791, abole as corporações e veda aos cidadãos de uma mesma profissão se coalizarem para defender seus interesses comuns, e isto a pretexto de garantir a autonomia da vontade. Mas, na realidade, ela, que deveria proteger igualmente a liberdade de todos os contratantes, favorecia o empregador que não era em absoluto igual àquele que, pelo contrato de trabalho ou de emprego, devia aceitar um vínculo de subordinação para com o patrão. A superioridade moral deste último era, aliás, salientada pelo art. 1.781 do Código Civil que dispunha que, em caso de contestação relativa aos salários, se acreditaria no patrão mediante a sua mera afirmação” (PERELMAN, 1996, p. 220-221).

Todas as classes, corporações e agrupamentos *constituíntes* do povo (a grande e pequena burguesias, os banqueiros, a aristocracia, os operários, os proprietários de terra etc.) são *constituíntes* na medida em que, como *fatores reais do poder*, continuamente produzem e exercem a Constituição real, fática, verídica do país; em suma, fazem da realidade aquilo que ela é.

Mas que relação existe com o que vulgarmente chamamos Constituição com a Constituição jurídica? Não é difícil compreender a relação que ambos conceitos guardam entre si. Juntam-se esses fatores reais do poder, escrevemo-los em uma folha de papel, se lhes dá expressão escrita e a partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito, nas instituições jurídicas e quem atentar contra eles atenta contra a lei, e por conseguinte é punido (LASSALLE, 2017, p. 30).

Distinguindo a Constituição dos fatores reais do poder e a constituição escrita, simples *folha de papel*, todos os agrupamentos humanos mais ou menos desenvolvidos conheceram esta Constituição real e efetiva, a própria organização da sociedade. No entanto, a imprescindibilidade política de uma constituição escrita, apesar de já existir na Antiguidade, por exemplo, é evidentemente moderna e corresponde às necessidades de segurança e estabilidade da burguesia moldadora dos tempos modernos. É preciso, pois, mais que nunca registrar numa *folha de papel* os *fatores reais do poder*.

Lassalle não desconhece a Constituição escrita, mas a delimita como simples reflexo voluntário da Constituição real. A *folha de papel* será mais longeva quanto mais fielmente refletir os *fatores reais do poder*.

Em outras palavras, o *direito*, em sua maior dimensão constitucional, é resultado um tanto indispensável e um tanto caprichoso do *poder*, e a ele se sujeita inexoravelmente, desde o seu nascimento. Essa é a conclusão final de Lassalle, arquétipo do pensamento constitucional do século XIX.

Por sua vez, Konrad Hesse profere sua aula inaugural, *A força normativa da Constituição*, na Universidade de Freiburg em 1959. Trata-se de uma réplica quase cem anos posterior a Ferdinand Lassalle, cuja exortação de 1862 sobre os fatores reais de poder ainda exercia muita influência, muito por explicar perfeitamente a inocuidade da Constituição de Weimar de 1919 em conter o avanço, a tomada de poder e as atrocidades cometidas pelo nazismo. O propósito de Hesse num contexto completamente diverso, o de reconstrução da Alemanha arrasada pela Segunda Guerra Mundial e já sob a égide da Lei Fundamental de Bonn de 1949, é o de oferecer uma alternativa para que no confronto entre os

fatores reais do poder e a Constituição escrita do país, não tenha esta de, necessariamente, sucumbir.

A saída de Konrad Hesse está justamente na *força normativa* da Constituição. Ou seja, a Constituição possui força jurídica, deontológica e obrigacional como qualquer outro comando normativo, igualmente, ou melhor, em maior grau devido a suas peculiaridades, do que qualquer lei. Portanto, a Constituição também é *dever ser normativo*, o maior deles em grau, amplitude e profundidade, não obstante para isso tenha frequentemente de se valer de fórmulas abrangentes ou exortativas. A imprecisão, indeterminação, vagueza etc. de muitos de seus comandos mostram-se inevitáveis, tendo em vista a dimensão dos objetivos que a Constituição assume.

E aí reside uma das grandes transformações operadas pelo constitucionalismo contemporâneo, a qual se encontra cristalizada nesse pequeno grande texto de Konrad Hesse.

Há a tentativa de compatibilização, num verdadeiro esforço de dialeticidade, entre a Constituição escrita e a Constituição real, ou entre direito e poder. Hesse argumenta a necessidade de algumas condições para que, apesar das forças reais de poder, a Constituição jurídica faça-se prevalecer.

Em primeiro lugar, há certos *pressupostos realizáveis* (*realizierbare Voraussetzungen*) no texto normativo constitucional que, não sendo meros reflexos da realidade, procuram influir nela⁶. Eis aqui o *dirigismo* das Constituições

-
6. “A pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. [...] Para usar a terminologia acima referida, ‘Constituição real’ e ‘Constituição jurídica’ estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra. Ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia. Essa constatação leva a uma outra indagação, concernente às possibilidades e aos limites de sua

contemporâneas do pós-guerra. Se a Constituição, como produto cultural humano, encontra-se vinculada ao contexto histórico de sua formação, passado e presente, ao mesmo tempo ela, a Constituição, não se encontra delimitada, simples e inteiramente, por essa realidade contextual, apontando também para o futuro (HESSE, 1991, p. 10-11). Os pressupostos realizáveis permitem a sobrevivência da Constituição no conflito com as forças reais do poder.

O que certamente exige uma opção. Portanto, o segundo elemento para a prevalência da Constituição jurídica é o que Hesse denomina *vontade de Constituição*; de fazê-la cumprir, transformá-la de mera folha de papel com tinta para ação constitucional. Como opção, é voluntária, a cargo de todos a que ela, Constituição, se dirige.

Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*) (HESSE, 1991, p. 7).

A *Wille zur Verfassung* integra a compreensão da necessidade da ordem constitucional como amparo do Estado e da sociedade contra o arbítrio das forças reais do poder (as quais incluem flutuações econômicas e injunções partidárias momentâneas⁷); a compreensão “de que essa ordem constituída é mais do que

realização no contexto amplo de interdependência no qual esta pretensão de eficácia encontra-se inserida. Como mencionado, a compreensão dessas possibilidades e limites somente pode resultar da relação da Constituição jurídica com a realidade” (HESSE, 1991, p. 5-6).

7. “A ‘constitucionalização’ de interesses momentâneos ou particulares exige, em contrapartida, uma constante revisão constitucional, com a inevitável desvalorização da força normativa da Constituição” (HESSE, 1991, p. 8, grifo nosso) e “A frequência das reformas

uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação)” (HESSE, 1991, p. 7); e que a Constituição carece, por sua amplitude e importância, muito mais do que as outras leis, da vontade humana para de fato acontecer.

Ambos os fatores, os pressupostos realizáveis e a vontade de Constituição se cumprem, como não poderia deixar de ser, na *hermenêutica constitucional*. Hesse sugere o princípio da “ótima concretização da norma”, em realidade característica da normatividade constitucional (aqui a *vontade de Constituição* exerce papel fundamental) que, por sua vez, transmuta-se, incontinentemente, também em necessidade metodológica para a efetivação dessa normatividade. A ótima concretização da norma (constitucional), enunciada talvez pioneiramente por Konrad Hesse e continuamente desenvolvida pelo Tribunal Constitucional do qual ele fez parte, insere-se no âmbito das transformações ocorridas na hermenêutica jurídica com o advento da força normativa da Constituição, como a supremacia do texto constitucional e a unidade da Constituição.

Finalmente, a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (Gebot optimaler Wirklichkeit der Norm). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação (HESSE, 1991, p. 9, grifo nosso).

constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição” (HESSE, 1991, p. 9, grifo nosso). Atualmente, em menos de três décadas de vigência, a Constituição Federal do Brasil de 1988 sofreu 95 emendas, com mais de mil modificações!

O texto constitucional representa o início – e o fim! – da interpretação. É o seu limite anterior e posterior. Ao mesmo tempo, não se admite no constitucionalismo contemporâneo a renúncia à finalidade do texto normativo constitucional em prol das sucessivas variações de gosto, da alternância e instabilidade do poder político, das alterações das moralidades dominantes, da conjuntura econômica mundial etc. O que é inexorável, como parte do processo hermenêutico, são as modificações interpretativas ocasionadas por litígios paradigmáticos, frutos do amadurecimento social em relação a certas situações. Sobre o que é paradigmático, apenas a argumentação e o tempo podem verdadeiramente revelar. O maior exemplo deste processo dialético entre proteção e avanço da Constituição encontra-se, antes do constitucionalismo contemporâneo, na jurisprudência histórica da Suprema Corte dos Estados Unidos, e o debate entre os originalistas e interpretativistas.

Entre a Constituição real e a Constituição escrita, Lassalle não hesita sobre a superioridade da primeira. A conclusão representa menos uma opinião do que uma constatação difusa no século XIX, quando a Constituição ainda é uma carta de intenções e prerrogativas. De fato, é a Constituição real que rege o país e a Constituição escrita será tão mais duradoura quanto mais fielmente reproduzir o (des)equilíbrio⁸ dessas forças reais de poder. Todavia, o resultado é o mesmo: será um mero pedaço de papel tanto se retratar o poder, o que confere a ambos, Constituição e poder, um trunfo a mais, quanto se não retratá-lo, e o poder continuará com o mesmo domínio, a mesma supremacia.

A grande virada constitucionalista do pós-guerra está nesta força autônoma do direito em relação à política, à moral e à economia: a força normativa que se pretende dar à Constituição. Isso é o oposto de se afirmar a independência entre os campos jurídico e os demais. Na verdade, reafirma-os como indissolúveis, consertando o legado positivista, e procura a sobrevivência da Constituição nos constantes conflitos com a política, a moral e a economia. A Constituição, como agente modificador da realidade⁹, também apresenta outro aspecto: o de

-
8. “Se não é possível aceitar o extremismo paradoxal da célebre tese de Lassalle segundo a qual a Constituição de um Estado é, em última análise, o exército e os canhões dos quais o governo dispõe – já que ela subestima a força das ideias, e sobretudo das *ideias jurídicas* forçoso é conceder que a *Constituição expressa as forças políticas de determinado povo*, é um documento que atesta a situação de equilíbrio relativo na qual os grupos em luta pelo poder permanecem até nova ordem” (KELSEN, 2003, p. 213).
 9. “A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar ‘a força que reside na natureza das coisas’, tornando-a ativa. *Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma*

salvaguarda de direitos fundamentais e certos objetivos e princípios tão básicos ao Estado que somente transformações drásticas, como a revolução ou a guerra, poderiam trocá-los.

A resposta à indagação sobre se o futuro do nosso Estado é uma questão de poder ou um problema jurídico depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição, bem como de seu pressuposto fundamental, a vontade de Constituição. Essa tarefa foi confiada a todos nós (HESSE, 1991, p. 15).

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988, por este processo de desconstrução do já frágil Estado Democrático de Direito por ela instituído, que inclui sua sucessiva modificação (emendas constitucionais), e principalmente a não recepção constitucional pelos modelos positivistas hegemônicos de compreensão e produção do direito, torna-se ainda mais facilmente manipulável pelos fatores reais de poder. A inexistência ou existência insuficiente da *vontade de Constituição* (Hesse) no Brasil, apresentando ela reduzida efetividade e normatividade por meio de seus mais diversos atores, foge ao campo jurídico, sendo outro traço representativo do déficit de legitimidade democrática do nosso País.

A síntese está em Otto Bachof (1977, p. 42): a Constituição apresenta-se tão mais legítima quando, simultaneamente, tanto corresponda à expressão dos poderes efetivos do País quanto haja na população como um todo, e principalmente nos agentes oficiais da efetivação constitucional, o sentimento de pertencimento e vinculação à Constituição.

Ambos os aspectos complementam-se. Se a representação dos fatores reais de poder é inevitável, o outro aspecto refere-se à própria tradição constitucional do povo, enfim.

REFERÊNCIAS

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. e nota prévia José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida, 1977.

tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)” (HESSE, 1991, p. 10, grifo nosso).

- BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf]. Acesso em: 07.02.2018.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Introd. e rev. téc. Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Justiça e Direito).
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 1. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.
- LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* Disponível em: [<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicao.html>]. Acesso em: 07.02.2018.
- OLIVEIRA VIANNA, Francisco José. *O idealismo da Constituição*. Rio de Janeiro: Terra de Sol, 1927.
- PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Konrad Hesse: uma nova crença na Constituição, de Inocêncio Mártires Coelho – *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 1/89-110 (DTR\2012\1010);
- A perspectiva dinâmica do constitucionalismo, de Denise Auad – *RDCI* 77/41-61 e *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 7/107-126 (DTR\2015\10951);
- A força normativa da Constituição: os sentidos e espécies de Constituição: poder constituinte no surgimento e na modificação das ordens constitucionais, de Arthur Zeger – *RDCI* 72/335-355 (DTR\2010\409);
- A hermenêutica constitucional: instrumento para implementação de uma nova dogmática jurídica, de Paulo Ricardo Schier – *RT* 741/38-57 (DTR\1997\307); e
- História breve do constitucionalismo no Brasil, de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho – *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 1/253-304 (DTR\2012\985).

O DOMÍNIO PÚBLICO ESTATAL E A LAICIDADE: UMA RELAÇÃO DIFÍCIL

STATE PUBLIC DOMAIN AND LAITY: A DIFFICULT RELATIONSHIP

LEONARDO BELLINI DE CASTRO

Mestrando em Direito – USP (FDRP). Especialista em Direito Constitucional – PUC/SP.
Promotor de Justiça do Estado de São Paulo.
leonardocastro@mpsp.mp.br

ÁREA DO DIREITO: Constitucional

RESUMO: As relações do Estado e as confissões religiosas no Brasil traduzem desafios e recorrentes conflitos políticos e jurídicos. A despeito da opção constitucional pela laicidade, a sua exata dimensão e a consequente legitimidade das relações jurídicas estatais com as religiões ainda permanecem como uma questão em construção. Nesse cenário, de primordial importância o estabelecimento de vetores adequados para uma análise crítica acerca da consonância de determinadas práticas estatais com as diretrizes constitucionais da impessoalidade e neutralidade derivadas da laicidade. Busca-se, assim, traçar um breve panorama dessas discussões jurídicas no Brasil em algumas de suas vertentes mais pronunciadas na contemporaneidade.

PALAVRAS-CHAVE: República e laicidade – Princípios da igualdade e liberdade religiosa – Bens públicos, confessionalidade e impessoalidade.

ABSTRACT: State relations and religious denominations in Brazil reflect challenges and recurrent political and legal conflicts. Although the constitutional option for secularism, its very dimension and the consequent legitimacy of state legal relations with religions remains a question still under construction. In this scenario, it is primordial establishing adequate vectors for a critical analysis of the consonance of certain state practices with the constitutional guidelines of impersonality and neutrality derived from secularity. In this way, the aim is to provide a brief overview of legal discussions in Brazil in some of its most pronounced aspects in contemporary times.

KEYWORDS: Republic and laicity – Principles of equality and religious freedom – Public goods, confessionality and impersonality.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Do estatuto constitucional da religião na Carta Constitucional de 1988. 3. Do uso de crucifixo ou outros símbolos religiosos no espaço público e sua correlação com a dimensão laica do Estado. 4. Os serviços públicos de radiodifusão e suas relações com o caráter laico do Estado. 5. Ensino religioso em escolas públicas e a dimensão da laicidade. 6. Conclusão. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A religião é indubitavelmente um tema que suscita inúmeros debates em acaloradas discussões políticas, engajando variados atores sociais em imemoriais disputas que permearam guerras, além de formações e dissoluções de Estados e governos.

De outra banda, tais disputas ideológicas estiveram e ainda estão associadas a diferentes visões acerca das melhores formas de conformações sociais, bem como sobre as melhores orientações individuais, tudo com vistas a alcançar a felicidade individual e coletiva sob o pretexto da orientação divina.

O Estado, nesse contexto, se via em sua gênese umbilicalmente ligado às religiões, na medida em que a legitimação do poder político se dava com a invocação da delegação celestial, estando a democracia e a separação entre o Estado e a Igreja ainda em um distanciado horizonte político.

Como nos noticia Reale, a sociedade política medieval se caracterizava por albergar centros de autoridade nominais da Igreja¹, havendo quase que nenhuma distinção entre os assuntos seculares e temporais.

O penoso processo de amadurecimento político experimentado ao longo dos séculos, no entanto, conduziu à separação, ao menos na maior parte dos países ocidentais, dos assuntos políticos daqueles religiosos, estabelecendo-se, a partir daí, em especial com a Revolução Francesa, a cisão entre o Estado e a religião.

Com efeito, a laicidade, enquanto doutrina política, nasceu com o escopo de evitar a repetição de danos perpetrados em nome da religião em contínuos conflitos religiosos que se travaram ao longo dos séculos na Europa medieval.

Assim é que, para Rawls, surge como de primordial importância a concessão indistinta de liberdade de consciência para a estruturação básica de uma sociedade em consonância com os princípios de justiça. Para dar suporte ao seu argumento, apregoa, fazendo uso do artifício retórico do véu da ignorância, que os indivíduos naturalmente optariam por um maior grau de liberdade possível nesse campo, já que não saberiam, de antemão, se as posições sociais eventualmente ocupadas refletiriam convições religiosas minoritárias ou majoritárias.²

1. REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 42.

2. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 253-254.

Assim, se afigura o melhor modelo de estrutura social, na perspectiva de Rawls, aquele neutro e impessoal em relação a todas as religiões e mesmo aos não aderentes a qualquer religião, ou seja, justamente o modelo laico. Isso porque, a adesão Estatal a dados dogmas religiosos poderia conduzir a favoritismos e/ou perseguições a minorias religiosas.

Surgiu assim, na perspectiva política da modernidade, a inserção do conceito de laicidade, que apregoa que o poder político não mais pode se ver legitimado pelo religioso, derivando disso a autonomia do poder estatal em relação às autoridades eclesiásticas, divisando-se também daí a conseqüente dissociação da lei civil em relação às normas religiosas. A proposta laica, portanto, se caracteriza como um movimento político que dá primazia à razão crítica e ao debate, em contraposição aos impulsos da fé e às asserções da verdade, então difundidas como reveladas pelo divino.³

É de se ver que a laicidade não se confunde com laicismo ou com uma proposta anticlerical, que antagoniza o Estado aos dogmas da fé. Não se trata, de outra banda, da adoção pelo Estado de uma perspectiva ateísta, já que o ateísmo, na sua negativa da existência de Deus, é também uma crença religiosa, que não pode ser privilegiada pelo Estado em detrimento de outras.⁴

A laicidade se trata, a bem da verdade, de uma corrente de pensamento que dá prioridade à livre consciência do indivíduo para a adesão, ou não, a uma dada religião, se imbricando, portanto, com a tolerância e com a diversidade ideológica insita ao campo democrático. Se verifica, nesse contexto, em um processo de construção histórica da laicidade, a autonomização da esfera política em relação aos assuntos religiosos, que passam a ser jungidos aos domínios da esfera privada do indivíduo.

Observa-se assim, como nos noticia Silva, a abertura de três possibilidades organizativas no que concerne às relações entre Estado e a Igreja: a confusão, união e a separação.

Na perspectiva da confusão, o Estado e a religião se confundem em termos institucionais, modalidade característica de Estados teocráticos, tais como o Vaticano e os Estados islâmicos.

3. LAFER, Celso. Estado laico. *Direitos humanos, democracia e República*: homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 226.

4. SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado. *Revista Eletrônica PRPE*, maio 2007. Disponível em: [www.prpe.mpf.mp/internet/index.php/internet/...%20DanielSarmiento2.pdf]. Acesso em: 21.11.2017.

Já na união, se vislumbram relações jurídicas de imbricação entre o Estado e determinada Igreja, em especial no que toca à sua organização e funcionamento, podendo haver influências recíprocas entre o poder político e uma dada confissão religiosa, mantendo, no entanto, cada qual sua relativa autonomia decisional e organizacional. É o caso, por exemplo, do Brasil imperial, que então adotava a religião católica como oficial, prevendo-se na Constituição Imperial, inclusive, a possibilidade da nomeação estatal de autoridades religiosas.

Por derradeiro, na separação há cisão entre os assuntos eclesiásticos e seculares, sendo o modelo organizatório característicos dos Estados laicos.⁵

Não há dúvidas, de outra banda, que a laicidade se apresenta como assunto de substancial interesse no âmbito constitucional, já que perpassa questões de direitos fundamentais como igualdade e liberdade.

A propósito da igualdade, essa se conecta com a diretriz princiológica da laicidade no sentido da garantia jurídica de tratamento estatal equânime e impessoal pelo Estado para com quaisquer confissões religiosas, ou seja, sem o estabelecimento de preferências ou a aposição de obstáculos ao livre desenvolvimento de doutrinas religiosas no seio social. Deriva da igualdade, outrossim, a necessidade de tratamento uniforme aos cidadãos independentemente de suas convicções religiosas.

A liberdade, de seu turno, se relaciona à laicidade, na medida em que se assegura ao indivíduo a garantia de livre adesão a qualquer credo religioso ou a nenhum, bem como a livre manifestação do pensamento no que concerne à adesão ou repúdio a doutrinas religiosas.

A efetiva tutela constitucional das liberdades, portanto, se perfaz em um Estado eminentemente laico que dá primazia para a livre circulação de ideias e consequente possibilidade ou não de adesão a confissões religiosas, caracterizando-se, portanto, pela abertura para a diversidade e pluralidade.

Em acréscimo, a neutralidade e imparcialidade exsurgem como os vetores a determinar as relações estatais com as diferentes religiões, seja com o escopo de evitar a assimilação de dogmas religiosos em práticas estatais, seja para evitar a influência política no âmbito das instituições religiosas.

Nesse prisma é que Alexis de Tocqueville, não sem razão, enfatizou que eventual confusão entre Estado e religião, a bem da verdade, indiretamente

5. Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 248.

minaria o poder e prestígio da própria religião em virtude da inevitável associação que seria feita entre seus dogmas com políticas públicas estatais fracassadas e transitórias.⁶

De outra banda, as modernas conformações constitucionais dos Estados contemporâneos também têm em mira evitar que grupos religiosos eventualmente se apropriem do aparelho estatal tornando-o refém de princípios teológicos com vistas a condicionar a formação da vontade oficial no âmbito estatal.⁷

Disso resulta que a laicidade traduz dividendos que aproveitam tanto às confissões religiosas quanto o próprio Estado, apartando-os reciprocamente de eventuais influências deletérias, exurgindo como uma importante pedra de toque de nossas organizações político-jurídicas hodiernas.

Não há como negar, sem embargo, que a formação histórica e cultural do Brasil é permeada por sua profunda influência religiosa, tal como, de resto, ocorre mundo afora em maior ou menor intensidade.

Tal influência religiosa em nossas práticas estatais e sociais pode ser inferida da organização de nosso calendário, com a existência de inúmeros feriados religiosos, nomenclatura de nossos Estados e Municípios, os quais se referem recorrentemente à doutrina cristã, além da organização de nossa própria estrutura educacional, com a assimilação do ensino religioso em escolas públicas.

Essa profunda e multifacetada influência religiosa na formação de nossa cultura e identidade nacional, além dos interesses políticos a ela subjacentes, por certo conduzem a uma espécie de embaçamento ideológico que se reflete no nosso debate jurídico, o que acaba também por permear nossa articulação institucional enquanto Estado.

Assim é que a laicidade, embora possua contornos normativos de princípio em nossa Constituição Federal⁸, ainda não logrou se posicionar de forma efetiva em nossa organização político-jurídica, tradicionalmente propensa à assimilação de influências religiosas, especialmente da fé cristã.

-
6. TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na américa: leis e costumes*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 297-301.
 7. Cf. MELLO FILHO, José Celso de. *O Estado laico e os crucifixos na justiça gaúcha*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-mar-10/estado-laico-crucifixos-justica-rio-grande-sul]. Acesso em: 26.11.2017.
 8. ZYLBERSZTAJN, Joana. *O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 62.

No entanto, a despeito das múltiplas implicações jurídicas decorrentes da laicidade e do seu impacto na organização político-institucional do Brasil, pretende-se explorar, nesse recorte, as imbricações existentes entre a laicidade e o domínio público estatal.

Almeja-se, nesse contexto, determinar se as relações impessoais que devem nortear as ações do administrador público também se refletem nos termos das relações travadas entre Administração Pública e as confissões religiosas, relações essas que, por certo, devem também ter por marca o timbre da impessoalidade por força de expressa determinação principiológica albergada no art. 37 da Magna Carta.

Antes de ingressarmos na aludida temática, porém, cabe um breve resgate da história constitucional concernente às relações entre o poder político e o fenômeno religioso, bem como alguma ponderação acerca da atual posição constitucional da religião em nosso estatuto político-jurídico.

2. DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL DA RELIGIÃO NA CARTA CONSTITUCIONAL DE 1988

Como visto, a despeito da diretriz principiológica denotadora da opção pela laicidade existir em nossas estruturas normativo constitucionais desde a proclamação da República, o Brasil, no campo político-jurídico, nunca foi indiferente ao fenômeno da religião.

Dessarte, ainda que existentes exceções pontuais sobre questões de somenos importância, ao longo da história constitucional do Brasil foram recorrentes dispositivos que albergaram o reconhecimento teísta orientador da promulgação dos textos constitucionais, o reconhecimento de efeitos civis ao casamento religioso, o ensino religioso facultativo em escolas públicas, a previsão de assistência religiosa em estabelecimentos de internação coletiva, a possibilidade de colaboração entre o Poder Público e confissões religiosas em questões envolvendo o interesse público, além da imunidade tributária dos templos.

Pode-se concluir daí que, ao contrário da indiferença, as nossas estruturas político-jurídicas sempre primaram pelo estímulo ao fenômeno religioso, o que persistiu com a Constituição de 1988.

Assim é que, mantendo uma certa tradição constitucional, a atual carta de 1988, no seu preâmbulo, invoca a proteção de Deus, ou seja, assume posição ideológica teísta em que, portanto, pressupõe a existência de um ente celestial a orientar nossas ações. Em relação a esse aspecto, alguns argumentam que a

expressão ali contida estaria a externar uma diretriz religiosa, inaceitável em um Estado de caráter laico.

A propósito, Silva nos dá notícia de que, durante os trabalhos constituintes, o então Deputado José Genuíno propôs que se retirasse a aludida expressão, alardeando que a divindade permearia toda a vida e não se compadeceria com sua banal invocação formal, tendo obtido a adesão de apenas um único representante do Partido Comunista no que toca à sua proposta.⁹

Temos, no entanto, que a expressão não traz maiores consequências jurídicas para com a diretriz da laicidade, sobretudo porque ao preâmbulo não se atribui força normativa¹⁰ e também porque deriva da forte deferência popular para com o sentimento religioso, sentimento popular esse que se revela, ao menos teoricamente, com maior intensidade quando da promulgação de uma Constituição.

No que toca à tutela constitucional das liberdades, a Constituição de 1988 assegura a liberdade religiosa em uma tríplice vertente, a liberdade de crença, culto e organização religiosa. A propósito do tema, o art. 5º, VI, dispõe ser inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

Na mesma linha, entre os direitos fundamentais se assegura a assistência religiosa em entidades civis e militares de internação coletiva, bem como se dispõe que ninguém será privado de direitos por motivos de crença religiosa, salvo se a invocar para deixar de cumprir obrigação legal a todos imposta, bem como eventual prestação alternativa fixada em substituição (art. 5º, VII e VIII).

Em compasso de concordância com o caráter laico do Estado brasileiro, o art. 19 da Constituição Federal veda, em seu inciso I, que os entes federados estabeleçam cultos religiosos ou igrejas, os subvencione ou lhes embarasse o funcionamento, proibindo, ainda, a manutenção de relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

De igual modo, para evitar qualquer forma de embaraço com o uso de mecanismos tributários, a Constituição Federal ainda estabelece a imunidade tributária para templos de qualquer culto (art. 150, VI, b).

9. SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 25.

10. Cf. STF, ADIn 2.067/AC.

Por derradeiro, ainda se estabelece que o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas.

Assim, dado o nosso histórico institucional e a hodierna arquitetura constitucional, pretende-se levar a efeito uma investigação acerca das práticas estatais relativas ao fenômeno religioso em sua correlação com os bens públicos com vistas a traçar um panorama acerca do nosso efetivo amadurecimento político no que toca à laicidade.

Almeja-se, portanto, pontuar reflexões em temas como concessão de canais de televisão para confissões religiosas, ostentação de crucifixos em repartições públicas, construção de monumentos religiosos com recursos públicos e liberação de espaços públicos em escolas de ensino fundamental para a difusão de dogmas religiosos.

3. DO USO DE CRUCIFIXO OU OUTROS SÍMBOLOS RELIGIOSOS NO ESPAÇO PÚBLICO E SUA CORRELAÇÃO COM A DIMENSÃO LAICA DO ESTADO

Um entre os inúmeros temas que tem causado relevante controvérsia jurídica no que toca à laicidade se refere à ostentação de crucifixos em repartições públicas, ou seja, no âmbito do domínio público estatal.

Para uma significativa parcela da doutrina e jurisprudência a prática de ostentação de crucifixos em repartições pública não traduziria necessariamente opção por dada confissão religiosa, estando, portanto, em consonância com os ditames de um Estado laico.

Nessa perspectiva, sustenta-se que o crucifixo teria um valor simbólico universal, estando associado a propostas de harmonia e paz, além de estar vinculado ao patrimônio histórico e cultural da nação.

Para outros, a ostentação de tal simbologia no âmbito do domínio público estatal implicaria efetivamente na adesão estatal a dogmas religiosos inerentes à fé cristã, resultando em uma filiação simbólica contraposta a uma desejável postura neutra.

Bem por isso uma plêiade de decisões estatais contraditórias tem se produzido acerca do tema, muitas sob o influxo da opinião pública majoritariamente representada na fé cristã.

A propósito, o Conselho Nacional de Justiça, em julgamento simultâneo dos pedidos de providência números 1.344, 1.345, 1.346 e 1.362, opondo-se ao voto do Conselheiro Relator Paulo Lôbo e acompanhando o voto do Conselheiro

Oscar Argollo, decidiu pela improcedência dos pedidos de retirada de crucifixos do TJCE, do TJMG, do TJSC e do TRF da 4ª região.

Na ocasião, aduziu-se que razões históricas e tradicionais garantem a exposição permanente de símbolos representativos de ideais assimiladas pela cultura da população. Em suma, o órgão colegiado entendeu que o crucifixo traduz homenagem a princípios éticos, sobretudo a Paz, sendo uma manifestação cultural que não importa necessariamente adesão à fé cristã.

De sua vez, em sentido diametralmente oposto, Conselho de Magistratura do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no dia 06 de março de 2012, determinou a retirada dos símbolos religiosos dos tribunais daquele Estado, invocando, para tanto, os princípios constitucionais da laicidade e da impessoalidade da Administração Pública.

É certo, de outra linha, que a controvérsia no âmbito das decisões estatais segue representada na doutrina, havendo profunda cisão hermenêutica acerca do tema. Para Tavares, por exemplo, quando existentes elementos culturais fortes que justifiquem tratamento não uniforme, tratamento particularizado indicará respeito ao vetor da igualdade, inclusive em tema de liberdade religiosa.¹¹

O Ministro Celso de Mello, de sua vez, pontua que a orientação constitucional laica indica que o Estado não deve franquear eventual hostilidade oficial a qualquer religião e nem tampouco aderir, nos prédios públicos, a dogmas religiosos, seja por meio da ostentação de crucifixos, ou outros símbolos religiosos, como a estrela de David ou o crescente islâmico.¹²

Segue-se, para essa corrente de pensamento, que um dos múltiplos desdobramentos do princípio da laicidade é a exigência de diferenciação simbólica entre Estado e religião, o que evidentemente implica a proibição do uso de símbolos religiosos nos estabelecimentos públicos, já que esses sinalizariam a identificação do Estado com as ideias religiosas simbolicamente representadas.¹³

A nosso juízo, efetivamente não nos parece legítimo que o Estado olvide da simbologia oficial estatuída na legislação¹⁴ fazendo uso de um símbolo religioso

11. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 19.

12. Cf. MELLO FILHO, José Celso de. *Op. cit.*

13. SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*

14. A propósito, os símbolos Nacionais, estão disciplinados na Lei 5.700, de 1º de setembro de 1970, recepcionada pela Constituição de 1988, assim dispostos:

como se símbolo nacional fosse, já que tal implica, em última instância, na exclusão da representação dos demais grupos étnico-religiosos que compõem a nação e consequente pluralidade cultural daí decorrente com a consequente identificação de uma dada corrente de pensamento religioso com as práticas estatais.¹⁵

Cumprе ressaltar, sem embargo, que a onipresença de cruxifixos em espaços públicos, se dá nas mais altas instâncias representativas do Poder, incluindo aí o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal, o que obviamente torna dificultosa a cisão das convicções pessoais dos seus representantes das razões públicas que haveriam de nortear as decisões estatais.

Uma ressalva, no entanto, se faz imperativa, já que é frequente a vista de estátuas, gravações, representações de sinais de especial significação religiosa em espaços abertos ao público, sendo o Cristo Redentor, na cidade do Rio de Janeiro, o mais paradigmático.

Também é comum, nos pontos privilegiados dos municípios, a construção de estátuas, normalmente representando Cristo, o que implica em inolvidável associação com a fé católica. Em cidades litorâneas, de outra banda, e o exemplo mais característico é a cidade de Salvador, também são comuns as edificações de estátuas de Iemanjá, orixá das religiões africanas, considerada a “Rainha do Mar”, o que também resulta em simbólica associação estatal com tais denominações religiosas.

Aderimos, no entanto, à perspectiva de Rosim, para quem tais monumentos não encerram, por si só, uma afronta ao Texto Magno, se circunscrevendo ao campo discricionário do administrador, o qual tem a prerrogativa, derivada da legitimidade conferida pelo voto popular, de promover políticas orientadas a uma maior integração de uma dada instituição religiosa marginalizada na sociedade, bem como para promover símbolos de uma religião predominante, reconhecendo sua contribuição social.¹⁶

“Art. 1º São Símbolos Nacionais:

I – a Bandeira Nacional;

II – o Hino Nacional;

III – as Armas Nacionais;

IV – o Selo Nacional”.

15. Cf. NUTO, João Vianney Cavalcanti; ALCÂNTARA Pedro Ivo Souza de. *O uso de símbolos religioso em repartições públicas: uma análise histórica sobre o alcance da laicidade*. Ministério Público em Defesa do Estado Laico/Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2014. v. 1. p.103-138.

16. ROSIM, Arnaldo Ricardo. Os bens de uso comum e os símbolos religiosos à luz do direito de liberdade religiosa e da laicidade estatal. *Revista Eletrônica Institucional do Ministério*

Nessa senda, sustenta o referido autor que, ao contrário do que acontece na exposição de símbolos religiosos no interior das repartições públicas, em que prevalecem as atividades públicas finalísticas e aonde deve prevalecer a laicidade do Estado, nos bens públicos de uso comum do povo se configura um espaço por excelência para manifestações históricas, culturais e artísticas, de modo que afinado com os valores constitucionais o reconhecimento e homenagem a tais instituições com monumentos de cunho eminentemente artístico.

Não há dúvidas, evidentemente, que quando monumentos são erigidos em espaços públicos, ainda que traduzam referências religiosas, se tornam legítimos se portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, constituindo-se aí parte do patrimônio cultural brasileiro, tal qual delineado no art. 216, inciso IV, da Constituição Federal.¹⁷

4. OS SERVIÇOS PÚBLICOS DE RADIODIFUSÃO E SUAS RELAÇÕES COM O CARÁTER LAICO DO ESTADO

Outra questão que tem suscitado inúmeras controvérsias se refere à concessão dos serviços de radiodifusão para confissões religiosas com o consequente uso do espaço eletromagnético, para fins de proselitismo religioso.

A radiodifusão, como sabido, refere-se aos serviços de telecomunicação, outorgados pelo Estado, com vistas à transmissão de sons (radiodifusão sonora) e de sons e imagens (televisão). Para tanto, faz-se uso do espaço eletromagnético, de titularidade da União, que pode explorá-lo diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão (art. 21, incisos XI e XII, *b*, da CF).

O espaço eletromagnético, nessa senda, pode ser classificado como inerente ao domínio público estatal, já que tem por características a titularidade pública

Público do Estado do Rio Grande do Norte, Natal/RN, ano 3, n. 2, jul.-dez. 2013. Disponível em: [www.mp.rn.gov.br/revistaeletronicampm]. Acesso em: 29.11.2017.

17. Cf. OLIVEIRA, Raul Miguel Freitas de. Parecer na Ação Civil Pública 1003894.61.2016.8.26.0533 ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face do DER e Maçonaria em que se questionava a cessão do espaço de uma rotatória para a edificação de um obelisco. A despeito da demanda em questão não envolver propriamente a questão da laicidade, já que a Maçonaria não se coloca propriamente como uma religião, as questões atinentes às referências culturais e tradicionais da organização e do uso do espaço público são em tudo aproveitáveis para questões envolvendo a construção de monumentos religiosos.

e a vinculação ao cumprimento de finalidades públicas estatuídas na Constituição Federal.

Com efeito, o capítulo que trata da Comunicação Social na Constituição Federal estabelece importantes vetores interpretativos no que toca à temática em questão, assegurando a livre manifestação do pensamento, com a proibição de censura prévia, bem como estabelecendo que a programação de rádio e TV terá finalidade preferencialmente educativa, artística, cultural e informativa, respeitando-se os valores éticos da pessoa e da família, derivando desse viés teleológico sua funcionalidade pública (art. 220 da CF).

Dispõe-se, outrossim, que cabe ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, incluindo-se a participação do Poder Legislativo no processo (art. 223, §§ 1º e 2º, da CF) e observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal, sendo imperativa a realização de licitação nas hipóteses de exploração comercial do serviço (arts. 223 da CF).

No que toca às emissoras estatais, por meio da qual o serviço de radiodifusão é prestado diretamente, não há dúvidas de que não podem se engajar em proselitismo religioso, não havendo maiores controvérsias quanto a isso, já que assim se estabeleceria violação frontal às diretrizes principiológicas que estabelecem a laicidade.¹⁸

O maior problema se coloca, no entanto, nas questões envolvendo concessões, autorizações e permissões do serviço de radiodifusão.

Com efeito, ainda que com a Constituição Federal de 1988 tenha se criado uma expectativa do fim da centralização decisória, do clientelismo e da discricionariedade administrativa então existentes quando do regime militar no que toca às concessões e renovações de outorgas de rádios e tvs, o fisiologismo continuou a preponderar.

Nessa linha, a despeito da inclusão do Poder Legislativo no processo de outorga e de renovação das concessões, da instituição de uma cláusula de reserva jurisdicional no que concerne ao cancelamento das outorgas e da previsão de que as concessões e permissões de serviço público deveriam ser, necessariamente, precedidas de procedimento licitatório, observados os princípios da Administração

18. FRANZOI, Vinícius. *Liberdade de religião ou laicidade estatal: a (in)constitucionalidade da presença religiosa nos serviços públicos de rádio e televisão*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

Pública, o fato é que as expectativas coletivas de atingimento de diretrizes afinadas com o interesse público não se concretizaram.¹⁹

Tem se pontuado, nesse particular, que a implementação da política de radiodifusão constitucionalmente consagrada, foi bloqueada com uma exacerbação das garantias jurídicas conferidas aos concessionários privados, criando-se uma esfera de quase imunidade das emissoras diante de controles democráticos e da ação reguladora do Estado.²⁰

A propósito, Cleve e Scorsim pontuam que o serviço de televisão por radiodifusão (radiodifusão de sons e imagens) é objeto de concessão sob regime jurídico especial, adotando-se regras e princípios diferentes dos adotados no regime geral das concessões de serviços públicos, previstos na Lei 8.987/1995, já que o próprio art. 41 do aludido diploma preceitua sua não aplicabilidade ao referido segmento setorial.²¹

Nesse sentido é que, até 1995, a regulamentação do serviço público de radiodifusão não exigia a realização de procedimento de licitação nem estabelecia a necessidade de pagamento para a outorga de concessões e permissões, tendo somente sido introduzido o regime jurídico setorial pelo Decreto 1.720, de 28.11.1995.²²

Sem embargo, a despeito da instituição da obrigatoriedade de licitação, tem sido recorrente a ocorrência de concessões de autorizações sem licitação e sem qualquer contrapartida onerosa, expediente então largamente utilizado com o escopo de se angariar apoio político, muito em especial em razão de brechas legais concernentes ao uso de concessões para finalidades educativas e comunitárias.²³

-
19. CARVALHO, Lucas Borges de. A política da radiodifusão no Brasil e seu marco legal: do autoritarismo ao ultraliberalismo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 264, set.-dez. 2013. p. 260-261.
 20. CARVALHO, Lucas Borges de. Op. cit., p. 247-248.
 21. CLEVÊ, Cléverson Merlin; SCORSIM, Ericson Meister. Concessão de serviço de televisão por radiodifusão, liberdade de expressão e produção de conteúdos por terceiros ou em regime de coprodução. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 41-71, jul.-set. 2015.
 22. ARAÚJO, Bráulio Santos Rabelo. A transferência de outorgas de radiodifusão e a comercialização de tempo de programação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 268, p. 249-292, jan.-abr. 2015.
 23. COSTA, Sylvio; BRENER, Jayme. Coronelismo eletrônico: o Governo Fernando Henrique e o novo capítulo de uma velha história. *Comunicação & Política*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, 1997. p. 30.

Tais expedientes, como inúmeras vezes noticiado pela imprensa, propiciaram a distribuição de centenas de concessões para políticos e pessoas ligadas a políticos ou confissões religiosas entre os Governos Lula e FHC, a ponto de funcionários do Ministério das Comunicações terem pontuado que o serviço de radiodifusão ou é altar ou é palanque.²⁴

A despeito disso, em resposta aos questionamentos judiciais em torno do tema, a jurisprudência tem reconhecido, nos casos de radiodifusão educativa e comunitária, a legalidade na não exigência de licitações, em obséquio aos regimes jurídicos estatuídos pela Lei 9.612/1998 e Decreto-Lei 236, de 27.02.1967.²⁵

Argumenta-se, ainda, que o art. 13, § 1º, do Decreto 52.795/1963, que regulamentou a Lei 4.117/1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações), com a redação dada pelo Decreto 2.108, de 24.12.1996, dispensou a licitação na hipótese de outorga de serviço de radiodifusão com fins exclusivamente educativos.

Resultado disso é que tem havido um predomínio quase que absoluto entre católicos e evangélicos na obtenção de concessões dessa natureza, inclusive sob o pretexto de divulgação de finalidades educativas, finalidades essa cuja implementação não são efetivamente fiscalizadas.

Nesse contexto é que a Igreja Universal, de orientação evangélica, obteve 22 emissoras geradoras, sendo 19 da Rede Record, que disputa o segundo lugar em audiência entre as redes comerciais com o SBT.

De outra banda, a Igreja Católica também vem ganhando espaço no âmbito da radiodifusão, tendo sido obtidas concessões que resultaram na criação TV Canção Nova, a TV Horizonte, da Arquidiocese de Belo Horizonte, TV Século 21, TV Nazaré, da Arquidiocese de Belém (PA), TV Educar (Ponte Nova-MG, em 2003), TV Imaculada Conceição (Campo Grande-MS, em 2004) e a TV Aparecida, lançada com a pretensão de ter cobertura nacional.²⁶

24. Cf. Governo Lula distribui TVs e rádios educativas a políticos. *Folha de S. Paulo*. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1806200602.htm] e Autorização de TV educativa vale até R\$ 3 mi. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2708200211.htm]. Acesso em: 28.11.2017.

25. Cf. TRF-2ª Reg., Apelação Cível 200951040023784; TRF-3ª Reg., Apelação/Reexame Necessário APELREEX 1.923/SP 0001923-81.2006.4.03.6127.

26. Cf. Observatório do direito à comunicação. *Igreja católica quer pôr no ar 3ª TV nacional*. Disponível em: [www.intervezes.org.br/direitoacomunicacao/?p=18281]. Acesso em: 28.11.2017.

Identifica-se, portanto, um relevante problema no tocante à atuação estatal nessa seara e o caráter laico do Estado, já que são corriqueiras as práticas clientelistas no âmbito das concessões e indúvidos os dividendos políticos relativos ao controle ou influência de meios de comunicação de massa, em especial quando ligados a confissões religiosas.

Outra questão que tem sido objeto de constantes questionamentos nesse campo se refere à transferência de outorgas de radiodifusão, o que ocorre ainda que a concessão tenha sido obtida após a adjudicação do serviço em regular processo licitatório.

A questão assume contornos ainda mais preocupantes já que, a despeito das poucas informações publicamente disponíveis, os valores envolvidos nas operações de transferência de outorgas geralmente envolvem altas cifras.

O certo é que, com tais expedientes, os titulares de outorgas obtêm um lucro considerável em contradição com a própria teleologia inerente à licitação e com os valores obtidos pelo Poder Público quando da deflagração do procedimento licitatório, já que obtêm lucro de terceiros com um serviço que não poderia em tese ser comercializado.²⁷

Segue-se daí que a transferência direta e indireta de outorgas de radiodifusão é inconstitucional e ilegal, já que implica em descumprimento dos próprios fundamentos que determinam a realização de prévia licitação, permitindo a terceiros, que não participaram da disputa, o controle de outorgas, ao passo que impede outros administrados de contratar com o Poder Público em igualdade de condições.

Ademais, a prática afronta o vetor da impessoalidade por permitir que os particulares titulares de concessões e permissões escolham, segundo sua própria conveniência e arbítrio, quem terá o benefício de controlar outorgas de um serviço público tão relevante e rentável como a radiodifusão, ensejando o enriquecimento ilícito dos que transferem a outorga, comercializando-as como se os próprios titulares do serviço fossem.²⁸

Em acréscimo, na proposta técnica inerente à licitação, os concorrentes devem indicar o tempo de programação destinado à transmissão de programas educativos, artísticos, culturais e informativos em consonância com o disposto no

27. Cf. ARAÚJO, Bráulio Santos Rabelo de. Op. cit., p. 253.

28. Cf. ARAÚJO, Bráulio Santos Rabelo de. Op. cit., p. 260-261.

art. 221 da CF, de modo que, em caso de transferência da outorga, naturalmente tais aspectos não serão considerados, o que redundará em inequívoco desvio de finalidade com a introdução de uma nova programação não afinada com o estatuído no edital da licitação e respectivas diretrizes constitucionais.²⁹

Além da transferência direta ou indireta da outorga de serviços de radiodifusão, também tem gerado inúmeros questionamentos a comercialização de tempo de programação pelos concessionários e permissionários.

Conforme nos noticia Araújo, dados de 2014 apontam que, sem levar em consideração os intervalos comerciais da programação ordinária, Bandeirantes, Record, TV Gazeta, Rede TV!, Rede 21 e CNT comercializaram de 19,04% a 91,66% do tempo total de sua programação, sendo certo que entre os principais contratantes estavam justamente organizações religiosas.³⁰

De fato, a principal fonte de renda do serviço de radiodifusão comercial decorre da comercialização de tempo de programação, por meio do qual se assume a obrigação de veiculação de conteúdo produzido por terceiro, para fins de publicidade comercial, em razão de uma contrapartida pecuniária daí derivada.

Ocorre, no entanto, que o art. 124 da Lei 4.117/1962 e o art. 28, § 12, d, do Decreto 52.795/1963, estipulam que: “[o] tempo destinado na programação das estações de radiodifusão à publicidade comercial não poderá exceder de 25% (vinte e cinco por cento) do total”, motivo pelo qual o restante da grade deverá ser orientado ao cumprimento das diretrizes constitucionalmente estabelecidas e em relação às quais o concessionário aderiu ao adjudicar o objeto da licitação.

Clevè e Scorsim, nada obstante, argumentam que os dispositivos anteriormente mencionados não se aplicariam à alienação de parte da programação para a veiculação de programação religiosa, já que o limite se restringiria à inclusão publicitária na grade de programação com vistas à comercialização de produtos e serviços.³¹

Sem embargo, temos que razão assiste a Araújo, quando sustenta que o termo “publicidade comercial” refere-se ao caráter comercial da operação entre concessionário ou permissionário de radiodifusão e o adquirente, e não ao caráter comercial ou não do conteúdo veiculado a partir da comercialização do espaço.³²

29. Cf. ARAÚJO, Bráulio Santos Rabelo de. Op. cit., p. 261.

30. Cf. ARAÚJO, Bráulio Santos Rabelo de. Op. cit., p. 253.

31. CLEVÈ, Clêverson Merlin; SCORSIM, Ericson Meister. Op. cit., p. 49-51.

32. ARAÚJO, Bráulio Santos Rabelo de. Op. cit., p. 280-281.

Com efeito, para o concessionário ou permissionário de radiodifusão que comercializa tempo de programação, a operação sempre terá caráter comercial, já que por intermédio da venda de tempo na grade de programação estará a auferir renda, independentemente da destinação comercial ou não que o terceiro dará à programação contratada.

Conclusão em sentido inverso, forçoso reconhecer, implicaria na admissão da possibilidade de alienação de todo o tempo de programação concedido, o que obviamente se colocaria em rota de colisão com as próprias diretrizes que conduziram à licitação com as obrigações ali assumidas, servindo o concessionário ou permissionário pura e simplesmente como um intermediário da venda de serviços públicos, olvidando-se do caráter *extra commercium* dos serviços públicos.

Analogamente, seria o mesmo que admitir que o titular de um serviço público de transporte coletivo, por exemplo, transferisse a execução do serviço contratado com o Poder Público para terceiro, auferindo renda com a transação.

Feitas essas considerações, temos que divergir do quanto articulado por Franzoi quando argumenta que a transmissão de conteúdos religiosos no rádio e na televisão, por meio de comercialização de espaços de programação das emissoras ou por meio de suas próprias concessões, obtidas na forma de dispensa de licitação, são condutas que não implicam em ofensa à laicidade do Estado.

Temos também de discordar do argumento de que a regra da obrigatoriedade de licitação garantiria possibilidade de igual concorrência por todas as religiões nessa seara, sendo a questão de fundo, em sua perspectiva, eminentemente econômica e derivada da posição de supremacia das religiões majoritárias.³³

A nosso juízo, ainda que a ilicitude se dê em virtude do desvirtuamento das regras da licitação, o fato é que tal ocorre em decorrência da existência de uma agenda político-religiosa subjacente.

Destarte, no caso da locação de espaços da programação das emissoras, cuja ilicitude já demonstramos, a ofensa da laicidade decorre da falta de efetiva fiscalização e monitoramento dessas práticas ilícitas, sendo do Estado tal tarefa.

Temos, portanto, que o Estado participa indiretamente na subvenção à dada denominação religiosa ao se omitir no exercício de seu poder fiscalizatório no que concerne à execução do contrato de concessão, pelo próprio concessionário e, bem assim, do cumprimento das finalidades estatuídas no art. 221 da Constituição Federal.

33. FRANZOI, Vinícius. Liberdade de religião ou laicidade estatal..., cit., p. 212-226.

De outra banda, a análise da prática cotidiana também não nos parece revelar que o Estado oferece outorgas de rádio e televisão, em especial nos casos em que admitida a dispensa de licitação, em igualdade de condições, como também é sugerido por Franzoi.

Bem ao contrário, inúmeras matérias jornalísticas demonstraram o predomínio absoluto dos católicos e evangélicos na obtenção de tais outorgas, de modo que, ainda que haja um predomínio de tais religiões na sociedade, não nos parece consentâneo com o disposto no art. 19, I, confundir a profusão de ideais religiosos com as finalidades educativas e comunitárias previstas em lei para a admissão de concessões com dispensa de licitação, ainda mais quando se denota amplo e indisfarçado favoritismo a tais denominações.

A propósito, é bom frisar que não se está aqui, em absoluto, a sustentar a impossibilidade da profusão de ideais religiosos com a utilização de meios de comunicação em massa.

Busca-se, em reverso, demonstrar que as práticas estatais relativas à omissão da fiscalização referente às ilícitas práticas de transferências de outorgas e comercialização de tempo de programação para confissões religiosas, além das dispensas de licitação sem critérios impessoais e transparentes, redundam, por via reflexa, na ofensa à laicidade que deve nortear a condução de negócios pelo Estado.

Tais questões ainda refletem maior gravidade quando analisada a questão do financiamento político por confissões religiosas, bem como na perspectiva do inegável capital político gerado em razão da associação política a religiões majoritárias, fato que inequivocamente conduz a posiicionamentos estatais enviesados com vistas à obtenção dos dividendos eleitorais daí derivados em detrimento da pluralidade que deveria ser assegurada no espaço público.³⁴

5. ENSINO RELIGIOSO EM ESCOLAS PÚBLICAS E A DIMENSÃO DA LAICIDADE

Outra questão vinculada à laicidade estatal e às inúmeras disputas daí derivadas se refere ao ensino religioso em escolas públicas, tema recentemente

34. Cf. EISGRUBER, Christopher L. Secularization, religiosity, and the United States Constitution. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 13, iss. 2, article 5, 2006. Disponível em: [www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol13/iss2/5]. Acesso em: 28.11.2017.

despontado no Supremo Tribunal Federal, que consolidou entendimento sobre a questão.

A discussão em tela tem por base a premissa que a prática redundante na identificação, ainda que indireta, do Estado com dada religião, já que o ensino em questão é ministrado no âmbito do domínio público estatal, ou seja, em espaços subjetiva e funcionalmente ligados ao Poder Público.

Argumenta-se, outrossim, que o ensino propriamente religioso em escolas públicas propiciaria o estímulo ao proselitismo religioso, dando concretude ao incremento das visões de mundo das religiões já majoritárias, que estariam mais institucionalmente aparelhadas para articular-se com o Estado na difusão de suas ideias.

O fato é que há possibilidade de cooperação de interesse público entre o Estado e confissões religiosas, havendo ainda específica previsão de ensino religioso nos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental (arts. 19, I e 210, § 1º, da Constituição Federal).

A questão que se coloca, no entanto, é se devem ser ministrados conteúdos associados aos dogmas religiosos de uma dada religião ou várias religiões, ou seja, ensino confessional ou pluriconfessional proselitista, ou se, ao contrário, há de o ensino religioso se circunscrever, de maneira neutra e objetiva, a enunciação das práticas e ao papel histórico e cultural das religiões, possuindo caráter não confessional, vedando-se eventual proselitismo.

Nesse prisma, a ADIn 4.439 ajuizada pela Procuradoria Geral da República, tinha por escopo conferir interpretação conforme à Constituição Federal ao disposto no art. 33, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei 9.394/1996, e art. 11, § 1º, do Acordo Brasil-Santa Sé, aprovado por meio do Decreto Legislativo 698/2009 e promulgado pelo Decreto 7.107/2010, para assentar que o ensino religioso em escolas públicas somente poderia ter natureza não confessional, com proibição da admissão de professores na qualidade de representantes das confissões religiosas.

A ação em tela acabou julgada improcedente, por maioria apertada de 6x5, refletindo-se na Suprema Corte a intensa controvérsia que paira sobre o tema da laicidade estatal. À ocasião, portanto, prevaleceu o entendimento de que o ensino religioso em escolas públicas é facultativo, mas quem optar por cursar a disciplina poderá escolher a crença preferida, e a escola deverá ter professores vinculados a essa religião para dar aula sobre o tema, adotando-se, portanto, a visão confessional.

Para o Ministro Relator Luís Roberto Barroso, quando o Estado permite que se realize a iniciação ou o aprofundamento dos alunos de escolas públicas em determinada religião, tem-se por inequivocamente quebrada qualquer possibilidade de neutralidade determinada pelo caráter laico assumido pela Constituição.

Na linha de seu argumento, tanto no caso do ensino confessional quanto do ensino interconfessional, é física, operacional e materialmente impossível abrir turmas específicas para que todos os alunos tenham instrução religiosa nas suas respectivas crenças, especialmente em um país com a diversidade religiosa do Brasil, que possui mais de 140 denominações.

Em razão de tais dificuldades operacionais, apenas as religiões majoritárias na sociedade brasileira (como as católicas e evangélicas) teriam capacidade de credenciar e formar professores suficientes para atender a todas as escolas públicas, o que redundaria em nítido favorecimento dessas crenças em detrimento das minoritárias, com a inequívoca quebra da neutralidade que deveria pautar a ação do Estado nessa seara.

A título ilustrativo, invocou o caso do Estado do Rio de Janeiro, que optou por adotar o modelo confessional, e então realizou concurso público específico para o preenchimento de 500 vagas de professores de ensino religioso, sendo 342 para professores católicos, 132 para evangélicos, remanescendo apenas 26 vagas para outros credos. E o que é mais grave, reconheceu-se, ainda, às autoridades religiosas o direito de cancelar, a qualquer tempo, o credenciamento, quando o professor mudasse de confissão religiosa ou apresentasse motivos que o impedissem moralmente de exercê-la.

E mais, pontuou o Ministro Barroso o relevante impacto para o patrimônio público com a adoção do modelo confessional, já que, segundo noticiou, apenas em 2004, o ano da realização do concurso no Estado do Rio de Janeiro, foram despendidos cerca de R\$ 16 milhões com a oferta da disciplina.

Nessa linha, ainda anotou que a nova redação do artigo 33 da LDB, não mais contém a previsão de oferta da matéria “sem ônus aos cofres públicos”, o que produziu uma dificuldade intransponível no sentido de harmonizar a regra do art. 19, I, da Constituição Federal, que proíbe às entidades federativas a subvenção de religiões, com o ensino religioso de caráter confessional, adotado em grande parte do país.

Propôs, em seu voto, portanto, que a investidura e permanência no cargo público de professor do ensino fundamental não pode depender, em nenhuma

hipótese, de ato de vontade de qualquer confissão religiosa e que, para assegurar a efetiva facultatividade do ensino religioso, não se deve permitir a matrícula automática de todos os alunos no ensino religioso, assegurando-se o desligamento a qualquer tempo, além do que os alunos que optarem por não cursarem a disciplina ensino religioso deverão ter alternativas pedagógicas para atingir a carga horária exigida.

Concluiu-se, nessa linha, acompanhado dos Ministros Luiz Fux, Rosa Weber, Marco Aurélio e Celso de Mello, que o ensino religioso em escolas públicas somente poderia ter natureza não confessional, com proibição da admissão de professores na qualidade de representantes das confissões religiosas, já que o Estado não pode funcionar como aparelho ideológico ou fomentador de dada religião.

Inaugurando a divergência, o Ministro Alexandre de Moraes pontuou que eventual intervenção nessa seara implicaria censura prévia e cerceamento à liberdade de manifestação do pensamento.

Asseverou, nessa linha, que a previsão constitucional do ensino religioso tem o escopo de aproveitar a estrutura física das escolas públicas para assegurar a livre disseminação de crenças e ideais de natureza religiosa para aqueles que professam da mesma fé e optem, voluntariamente, por aderir à disciplina, mantida a neutralidade do Estado nessa matéria.

Ressaltou, que ainda que proclamada a separação entre Estado e as igrejas, não se vedou as parcerias das religiões com o Poder Público, citando-se como exemplo as Santas Casa de Misericórdia e a Sociedade Beneficente Israelita Brasileira Albert Einstein, que promovem políticas públicas no âmbito da saúde.

Pontuou, ainda, a diferença ontológica entre o estudo descritivo histórico, filosófico, sociológico, antropológico, político e sociocultural da religião do “estudo religioso” propriamente dito, já que a neutralidade não existe no ensino religioso de qualquer confissão que se baseia, fundamentalmente, em dogmas de fé, protegidos integralmente pela liberdade de crença. Concluiu, ademais, que a facultatividade inerente à matrícula implica na não aderência ao proselitismo religioso.

Prevaleceu, nesse contexto, a posição do Ministro Alexandre de Moraes, que então foi acompanhada pelos Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Luiz Edson Fachin, Dias Toffoli e Cármen Lúcia.

Nessa linha, não há dúvidas de que os pontos sustentados pelo Ministro Barroso possuem acentuada relevância prática, não podendo ser olvidados, em

especial nas questões atinentes ao subvencionamento do ensino religioso e vinculação da ocupação de cargo público com determinadas confissões religiosas, o que obviamente não se afina com a liberdade de opção por credo religioso e a expressa vedação à subvenção estatuída na Constituição Federal.

Sem embargo, tais questões não se ligam necessariamente ao caráter não confessional do ensino religioso. A nosso juízo, portanto, perfeitamente cabível que o conteúdo religioso seja ministrado por representantes das confissões religiosas. Para tanto, basta que tais profissionais não sejam custeados ou vinculados de qualquer forma ao Poder Público, cabendo a cada confissão religiosa promover, às suas próprias expensas, a contratação e disponibilização de tais profissionais nas escolas públicas segundo seus próprios critérios.

De outra banda, ainda que isso implique eventual proeminência das religiões majoritárias no âmbito das instituições de ensino, tal decorre da já configuração majoritária de tais religiões no seio social, em grande parte mesmo em virtude do papel histórico que cumpriram em nossa formação cultural.

Nesse contexto, ainda que não seja o ideal que o ensino religioso possa ser ministrado em escolas públicas, o fato é que há autorização expressa do constituinte originário, não afigurando viável se cogitar da eventual inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias.³⁵

6. CONCLUSÃO

Como visto, o tema da laicidade ainda suscita inúmeras controvérsias, sendo inequivocamente carregado idelogicamente, ainda quando de discussões travadas no campo eminentemente jurídico.

Sem embargo, dado seu caráter histórico, a laicidade, como de resto os direitos fundamentais em geral, se encontra em constante mutação, nos parecendo que passos ainda hão de ser dados para que se opere com sua máxima otimização em nossas práticas institucionais.³⁶

Bem por isso, ou seja, tendo em vista o processo de amadurecimento político-constitucional ainda em curso, o Conselho Nacional do Ministério Público

35. Cf. STF, ADIn 815-3, rel. Min. Moreira Alves; MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas 1999. p. 550.

36. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 19.

emitiu a Recomendação 51/17, a qual sugere linhas de atuação aos Promotores de Justiça e Procuradores da República tendentes a ver concretizados pautas de atuação administrativa efetivamente em compasso com a esperada neutralidade e impessoalidade a dirigir a ação estatal.

A questão que se coloca como de fundamental importância, nesse contexto, é a exata compreensão da laicidade e dos valores constitucionais que promove, devendo ser apartada de concepções que a confundem com o ateísmo ou com um tipo de intolerância religiosa de qualquer sorte.

Nessa linha, não há dúvidas de que a compreensão dos exatos limites e dimensões da laicidade resultará em mútuos benefícios para o Estado e sociedade, com o conseqüente incremento dos direitos fundamentais da liberdade e igualdade, acentuando-se, outrossim, a escorreita promoção da impessoalidade como viga estruturante da República.

BIBLIOGRAFIA

- ARAÚJO, Bráulio Santos Rabelo. A transferência de outorgas de radiodifusão e a comercialização de tempo de programação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 268, p. 249-292, jan.-abr. 2015.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CARVALHO, Lucas Borges de. A política da radiodifusão no Brasil e seu marco legal: do autoritarismo ao ultraliberalismo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 264, p. 245-277, set.-dez. 2013.
- CLEVÊ, Clêverson Merlin; SCORSIM, Ericson Meister. Concessão de serviço de televisão por radiodifusão, liberdade de expressão e produção de conteúdos por terceiros ou em regime de coprodução. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 41-71, jul.-set. 2015.
- COSTA, Sylvio; BRENER, Jayme. Coronelismo eletrônico: o Governo Fernando Henrique e o novo capítulo de uma velha história. *Comunicação & Política*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 30, 1997.
- EISGRUBER, Christopher L. Secularization, religiosity, and the United States Constitution. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 13, iss. 2, article 5, 2006. Disponível em: [www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol13/iss2/5].
- FERRAZ, Luciano; MARRARA, Thiago. *Tratado de direito administrativo: direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade*. São Paulo: Ed. RT, 2014. v. 3.

- FRANZOI, Vinícius. *Liberdade de religião ou laicidade estatal: a (in)constitucionalidade da presença religiosa nos serviços públicos de rádio e televisão*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2014.
- LAFER, Celso. *Estado laico. Direitos humanos, democracia e República: homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- MELLO FILHO, José Celso de. *O Estado laico e os crucifixos na justiça gaúcha*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-mar-10/estado-laico-crucifixos-justica-rio-grande-sul].
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- NUTO, João Vianney Cavalcanti; ALCÂNTARA Pedro Ivo Souza de. *O uso de símbolos religioso em repartições públicas: uma análise histórica sobre o alcance da laicidade*. Ministério Público em Defesa do Estado Laico/Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2014. v. 1.
- REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- ROSIM, Arnaldo Ricardo. Os bens de uso comum e os símbolos religiosos à luz do direito de liberdade religiosa e da laicidade estatal. *Revista Eletrônica Institucional do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte*, Natal, ano 3, n. 2, jul.-dez. 2013. Disponível em: [www.mp.rn.gov.br/revistaeletronicamprn].
- SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado. *Revista Eletrônica PRPE*, maio 2007. Disponível em: [www.prpe.mpf.mp/internet/index.php/internet/...%20DanielSarmiento2.pdf].
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na américa: leis e costumes*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros. São Paulo, 2008.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ZYLBERSZTAJN, Joana. *O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
-

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Algumas notas sobre a liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988, de Ingo Wolfgang Sarlet – *RT* 923/221-238 (DTR\2012\450672);
- O ensino religioso nas escolas públicas: exegese do § 1.º do art. 210 da Constituição Federal de 05.10.1988, de Anna Candida da Cunha Ferraz – *RDCI* 20/19-47 e *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 3/1225-1264 (DTR\1997\676);
- O uso de símbolos religiosos em locais públicos e o Estado Democrático de Direito brasileiro laico, de Antonio Baptista Gonçalves – *RTSP* 3/49-67 (DTR\2014\933);
- Da proteção à liberdade de religião ou crença no direito constitucional e internacional, de Lourdes Sima Santos – *RDCI* 51/120-170 (DTR\2005\272); e
- Direito fundamental à liberdade religiosa, de Nelson Nery Jr. – *Soluções Práticas de Direito* 1/31-107 (DTR\2014\15177).

HIPERTEXTUALIDADE E "SUPREMACIA JUDICIAL": ENSAIO A RESPEITO DA SUBVERSÃO DA FIGURA DO "AUTOR"

*HYPertextUALITY AND "JUDICIAL SUPREMACY":
AN ESSAY ON THE SUBVERSION OF AUTHORSHIP*

RAFAEL FELGUEIRAS ROLO

Procurador do Estado. Doutorando, PPGD/PUC-Rio. Estudante visitante, University of London – Birkbeck.
rafaelrolo1986@hotmail.com

ÁREA DO DIREITO: Constitucional

RESUMO: O presente ensaio visa analisar criticamente a afirmada "supremacia judicial", isto é, a concepção a respeito do papel do Judiciário nas crises institucionais e jurídicas, segundo a qual o poder judicante possuiria o monopólio da "última palavra". A análise é conduzida à luz dos aportes teóricos obtidos junto à filosofia-política e à teoria da linguagem, em especial com relação ao fenômeno da hipertextualidade.

PALAVRAS-CHAVE: Hipertextualidade – Supremacia judicial – Última palavra – Rizoma – Desteritorialização absoluta.

ABSTRACT: This essay aims to critically analyse the so-called "judicial supremacy", that is, the conception regarding the role of the Judiciary Branch in institutional and juridical crisis, according to which a certain authority as to the "last word" would befall upon the Courts of Law. The analysis is conducted in light of political-philosophy's and theory of language's contributions, especially in respect of hypertextuality.

KEYWORDS: Hypertextuality – Judicial Supremacy – Last Word – Rizhome – Absolute deterritorialization.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. Breves comentários sobre a figura do autor. 3. A estrutura hipertextual. 4. Análise conclusiva. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito brasileiro vem passando por profundas transformações ao longo dos anos. Entre as principais, passíveis de citação, encontra-se a crescente expansão do papel político do Poder Judiciário e, em especial, da Suprema Corte brasileira.

“Judicialização da política”, “politização da jurisdição”, “ativismo judicial”, “monopólio da interpretação constitucional conferida ao Supremo”, “privilégio da última palavra”, enfim, diversos *slogans* ou palavras de ordem semelhantes parecem fazer, já há algum tempo, a atualidade dos noticiários mais ou menos especializados no dia a dia das Cortes Superiores.

Entre todos os nomes apresentados, propõe-se a análise mais detida da denominada “*supremacia judicial*”. O termo é utilizado aqui, por força de simplicidade, em conformidade ao esclarecimento realizado por Rodrigo Brandão¹, para quem a supremacia judicial seria algo menos radical que o “monopólio judicial”, pois, enquanto este afirmaria que “a atividade de interpretação da Constituição deve ser desempenhada *exclusivamente*, pelo Judiciário”, aquela admitiria a possibilidade de os outros poderes interpretarem a Constituição, “ressalvando, porém, que a exegese judicial é a *final*”².

Ou seja, para a teoria da “supremacia constitucional”, em contraponto à do “monopólio judicial”, a palavra do Supremo é a *última* ou, como costuma dizer o Min. Celso de Mello (na companhia, não à toa, de Rui Barbosa), ao Supremo cabe “errar por último” (cf. AP 470/STF). Mais uma vez, por força de simplificação, é possível associar a noção de “supremacia judicial” como uma sorte de *autoridade sobre a última palavra*, mais ou menos legitimada no texto constitucional.

A dificuldade, porém, começa a se apresentar tão logo essa (auto)proclamada “supremacia” ou “autoridade sobre a última palavra” passa a ser analisada mais de perto³. Trata-se de perspectiva muito estreita e muito frágil. Parece ser necessário pensar em uma diferenciação suplementar, capaz de fazer com que essa supremacia seja devidamente compreendida. Afinal, uma coisa seria o STF afirmar que a sua voz “deve ser” a última, outra, completamente diferente, seria o Supremo afirmar que a sua palavra “é” a última.

Rodrigo Brandão desenvolve seu trabalho na tentativa de demonstrar a ausência, no plano dos fatos (plano ôntico⁴, portanto), de uma “última palavra”. Deduzindo as consequências pragmáticas do sistema norte-americano e

1. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012. p. 14-21.

2. *Ibidem*, p. 15.

3. Permanece a questão: Poderia haver uma tal autoridade sobre a última palavra senão uma que seja, *a priori*, *auto*proclamada?

4. Utiliza-se o termo “ôntico”, em detrimento de “ontológico”, em respeito exclusivamente terminológico ao que, em Heidegger, pode ser denominado de *diferença ontológica*

traduzindo algumas dessas considerações à linguagem jurídica brasileira, Brandão conclui pela ausência, em absoluto, de uma “última palavra”⁵.

O discurso do STF, portanto, pode ser considerado uma afirmação do que, na visão do Min. Celso de Mello, “deveria ser o caso”. Tratar-se-ia, assim, de um *discurso de autoridade*, com uma certa pretensão de eficácia na conformação da realidade, mas que, como destacado por Rodrigo Brandão, seria um discurso de ficção à luz das pressuposições do plano *constativo* do ato de fala⁶.

2. BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A FIGURA DO AUTOR

Neste momento, contudo, pretende-se adotar um outro viés e desenvolver mais esse ponto. Por certo, os discursos considerados ilusórios não são necessariamente ineficazes. Em verdade, a ilusão somente pode ser caracterizada como tal na medida em que sua eficácia é “naturalizada” e não pode ser imediatamente reconhecida como tal. O discurso ilusório é eficaz na medida em que permite o desenvolvimento e a disseminação de uma ilusão. Todo reconhecimento da ilusão, porém, é *diferido* (à semelhança da *Nachträglichkeit* freudiana), pois para haver o desvelamento da ilusão, há de se ter, em primeiro lugar, sido sua presa em algum momento.

O problema está, contudo, na tentativa moderna de diferenciação da “ilusão”, ou da “ficção”, em face da simples “realidade”. Tanto a ficção como a realidade são *discursos* e, como tais, pertencem ao campo do *simbólico*. São narrativas, portanto, que pressupõem, a partir do denominado “senso comum”, uma relação de correspondência com o “fato”.

Ou seja, conforme esse “senso comum”, uma proposição pertence à realidade na medida em que, aquilo que se afirma (o elemento *constativo*), corresponde ao “caso”. De outra parte, a proposição é ilusória, mera ficção ou simples *gibberish*, na medida em que essa relação de correspondência não se apresenta, ou se apresenta mais enfraquecida.

Porém, quem determina o que vem a ser, ao fim e ao cabo, o “caso”?

(“[...] o Não entre o ente e o Ser”). A respeito, conferir: HEIDEGGER, Martin. *A essência do fundamento*. Lisboa: Ed. 70, 2007. p. 7.

5. BRANDÃO, R. Op. cit., p. 326 e ss.

6. AUSTIN, John L. *How to do things with words*. 2. ed. Massachusetts: Harvard University Press, 1975. p. 2-3.

A pressuposição de existência de “fatos brutos” que sirvam de régua e parâmetro para a apreciação da correspondência entre a proposição e os fatos por ela pressupostos é, ela própria, da ordem do *discurso* e, portanto, se cristaliza também na forma de uma “proposição”.

Ao dizer: “*A blusa de Mauro é verde*”, a determinação do “caso” impõe o reconhecimento de diversos fatores, mas, entre eles, a determinação (a) do que é uma “blusa”, (b) de quem é “Mauro” e (c) de como reconhecer o “verde”.

Toda proposição, portanto, é inserida em uma verdadeira “rede” de outras proposições, cuja relação é fundamental na determinação do sentido. Toda proposição, ao fim e ao cabo, é sustentada por uma rede “antepositiva” determinante.

Se o discurso da “supremacia judicial” não é simplesmente “constativo”, como já destacou Rodrigo Brandão, pode-se afirmar que sua pretensão seria, mais ao certo, *performativa*⁷. O Min. Celso de Mello (citando Rui Barbosa) busca atingir um fim específico na medida em que pretende, ao afirmar o que “dever-ser” como aquilo que “é”, investir eficácia a uma realidade. Por meio desse *abracadabra*, o Ministro busca instituir (ou renovar) uma determinada *relação de poder*.

Há uma *performance*.

Criticável ou não, importa destacar que toda “autoridade” é instaurada e conservada à luz desses *abracadabras*. A dinâmica mística (e *eo ipso* mítica) do direito está exatamente em garantir o “jogo de espelhos” para que um tal discurso possa ser eficaz e distribuir “espaços” e “capacidades” de fala e silêncio. O direito, contudo, definido como a “garantia do exercício das possibilidades”⁸, é ele próprio dispositivo de sua própria garantia. O direito, fosse doença, seria “autoimune” (o que não seria o mesmo que afirmar uma dinâmica de *autopoiese* alucinada).

O discurso do Min. Celso de Mello é, portanto, discurso de autoridade em um nível profundo. Não pretende nem se impor com *violência física* (embora não se possa dizer o mesmo da violência simbólica), nem, em última instância, obter o *convencimento* de quem quer que seja (embora se apresente como tal, enquanto “humilde” pretendente às consciências dos jurisdicionados). Sua função é

7. Ibidem, p. 6.

8. Passim, ANDRADE, Oswald de. O manifesto antropofágico. In: TELES, Gilberto Mendonça. *Vanguarda européia e modernismo brasileiro*: apresentação e crítica dos principais manifestos vanguardistas. 3. ed. Petrópolis: Vozes; Brasília: INL, 1976.

propriamente *autoritativa*, na medida em que não exige adesão expressa, mas somente respeito⁹.

Toda autoridade advém do termo latino *auctoritas*, que, por sua vez, advém do termo também latino *augere* (engrandecer)¹⁰ – os gregos não tiveram experiência concreta de “autoridade”, já que o conceito sequer existia em grego clássico¹¹. A *performance* do discurso de supremacia judicial, portanto, está justamente na pretensão de *engrandecimento* de um discurso ancestral (Rui Barbosa não é citado à toa, como dito).

Como em mais um “jogo de espelhos”, contudo, o Min. Celso de Mello não se reconhece imediatamente como o “autor” do discurso de autoridade, pois o verdadeiro “autor” é Rui Barbosa que, na condição de um dos pais da República brasileira, foi tão somente lembrado com “toda humildade” durante o julgamento.

No caso, está em questão a (*Ur*)*Gründung* da República brasileira. Há uma projeção sobre o passado e um apelo para, com esse passado, formar uma aliança atual. Trata-se de uma *conjuração* (*Verschwörung/Beschwörung*) nas suas múltiplas acepções¹². É esse passado, ou ainda, o *fantasma desse passado*, que pretensamente é “engrandecido” na forma de uma “obediência diferida” (efeito *après-coup* ou *nachträglich*) que se segue, psicanaliticamente, à morte do pai. Tal como Hamlet e a Dinamarca, porém, a podridão exala...

O discurso de autoridade põe em questão, portanto, a “fundação”, mas acaba por lançar tudo no sem-fundo do fundamento. É nesse sentido que se afirma, com Montaigne, o *fundamento místico* de toda “autoridade”. O apelo ao passado e a aliança com a tradição em favor de seu engrandecimento pressupõe, todavia, a “morte” do autor.

9. “Ihr Kennzeichen ist die fraglose Anerkennung seitens derer, denen Gehorsam abverlangt wird: sie bedarf weder Zwanges noch der Überredung” (ARENDDT, Hannah. *Macht und Gewalt*. 10. Aufl. München: Piper, 1995. p. 46 [tradução livre: “Sua marca diferenciadora é o reconhecimento irrestrito daquele, cuja obediência é exigida: não exige nem ameaça, nem convencimento”]).

10. “Le mot auctoritas dérive du verbe augere, ‘augmenter’, et ce que l’autorité ou ceux commandent augmentent constamment: c’est la fondation” (ARENDDT, Hannah. *Lhumaine condition*. Paris: Gallimard, 2012. p. 699 [tradução livre: “A palavra *auctoritas* devém do verbo *augere*, ‘aumentar’, e aquilo que a autoridade ou seus comandos aumentam: é a fundação”]).

11. *Ibidem*, p. 682.

12. Cf.: DERRIDA, Jacques. *Spectres de Marx*. Paris: Galilée, 1993. p. 73 e ss.

A figura (ou melhor, o fantasma) do “autor” é o fundamento *post mortem* da autoridade. Somente na qualidade de fundamento *post mortem* pode ser dito que a autoridade não se processa por violência (física) ou convencimento. O direito depende da transmissão, da tradição e da herança que esse passado como fundamento *post mortem* garante. Ao fim e ao cabo, como num passe de mágica, *le mort saisit le vif*.

O fundamento *post mortem*, porém, é fundamento *abissal* e, portanto, um “*não fundamento*”. Todo o jogo da autoridade (i.e, o seu aspecto “místico”) está na determinação e potencialização dessa eficácia do *não* fundado para que o *não* fundamento não se torne um *antifundamento*. A conjuração tem essa exata função. Esse agenciamento de autoridade, porém, condena os vivos a uma morte lenta, na medida em que todos se encontram desde sempre assimilados e escravizados na reprodução dos discursos passados (mais uma vez, o recurso a Rui Barbosa não foi à toa).

É nesse sentido que Roland Barthes pôde afirmar que a era do “autor” é também a era do “crítico”¹³. Tanto o autor como o crítico correspondem a posições privilegiadas no seio da divisão do trabalho literário, na medida em que possuem um privilégio autoritativo sobre a obra¹⁴. A capacidade para decifrar o sentido da tradição, do texto, da lei (ou melhor, para determinar, ao fim e ao cabo, qual o “caso” da obra) somente pôde ser atribuída, a quem quer que seja, por meio de um privilégio místico.

O problema da tese de Barthes está em que, face à morte do “autor”, considera-se instaurada a “era do leitor”¹⁵. Há um deslocamento importante, conforme reconheceu o francês, pelo que o leitor passa a ser o fundamento de sua própria autoridade sobre a obra, ou sobre o “caso”.

Porém, esse deslocamento não pode ser outra coisa senão aparente, já que as relações de poder não são extintas, mas simplesmente conservadas em outro território. Não há, para se utilizar o termo deleuzeano, *desterritorialização absoluta*,

13. BARTHES, Roland. Der Tod es Autors. In: JANNIDIS, Fortis et alli. *Texte zur Theorie der Autorschaft*. Stuttgart: Reclam, 2000. p. 191.

14. Não se nega a relação entre direito e literatura. Importa perceber, porém, que ninguém falou em “romance em cadeia”. Talvez seja melhor afirmar a existência de uma “estrutura barroca” com suas dobras, pontos cegos e linhas de fuga entre direito e literatura. Essa compreensão permeia este breve ensaio, naquilo que se designa como “hipertextualidade”.

15. BARTHES, R. Op. cit., p. 193.

mas, mais propriamente, uma *reterritorialização* da autoridade¹⁶. O leitor que assume o espaço da autoridade, deixado *vazio* pelo autor, não instaura uma outra relação de poder na medida em que as figuras do “autor” e do “leitor” não são, propriamente, simétricas ou imediatamente opostas, a ponto de constituírem os sujeitos exclusivos de uma mesma revolução.

Primeiramente, “autor” não é o mesmo que “escritor”¹⁷.

A figura da autoria implica uma fenomenologia diferente daquela da escrita, simplesmente, de modo que as duas noções não estão em imediata relação. A autoria é uma posição sempre individual (ainda que possa ser compartilhada por mais de um indivíduo, ou ainda que esse indivíduo não seja “humano”) e de poder.

Barthes tem razão ao relacionar o nascimento do “autor” e a figura do “indivíduo” para dizer que o “problema do autor” é um problema relativamente recente na história da humanidade¹⁸. Basta pensar o caso dos contos infantis, dos mitos populares, das lendas urbanas, da Bíblia, dos *ghostwriters*, enfim, para se perceber que o fenômeno da “escrita” não implica aquele da “autoria”.

*A autoria é uma função, não uma atividade*¹⁹.

-
16. LAPOUJADE, David. *Deleuze et les mouvements aberrants*. Paris: Minuit, 2014. p. 295.
 17. Quando Deleuze e Guattari tratam do analfabetismo do capitalismo e relacionam a “morte da escrita” com a “morte do pai” ou a “morte de Deus” (DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Anti-Œdipe*. Paris: Minuit, 1972. p. 289), acredita-se que os autores estejam falando, na verdade, da “morte do autor”, já que “[...] l’écriture implique un usage du langage en général d’après lequel le graphisme s’aligne sur la voix, mais aussi la surcode et induit une voix fictive des hauteurs fonctionnant comme signifiant” ([tradução livre: “[...] a escritura implica um uso da linguagem em geral, segundo a qual a grafia se alinha sobre a voz, mas também a sobrecodifica e induz uma voz das alturas que funciona como significante”]). Esse uso geral da língua, como alinhamento entre os elementos gráficos e a voz, é proposto pelo dispositivo de autoridade do autor não da escrita na acepção mais geral (essa é a diferença que se pretende ressaltar). A dissolução da “galáxia Gutemberg” e a “morte do livro” não são capazes de implicar a morte da “escrita”, ao menos não no sentido proposto neste estudo. Muito mais próximo dessa perspectiva estão os autores quando afirmam que escrever “[...] n’a rien à voir avec signifier, mais avec arpenter, cartographier, même des contrées à venir” (DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Mille Plateaux*. Paris: 1980. p. 11 [tradução livre: “[...] não possui nada a vez com o significar, mas com o medir, cartografar, mesmo os obstáculos futuros”]).
 18. BARTHES, R. Op. cit., p. 186.
 19. “Folglich könnte man sagen, dass es in einer Kultur wie der unseren eine bestimmten Anzahl von Diskursen gibt, die die Funktion ‚Autor‘ haben, während andere sie nicht

Destarte, o leitor também pode ocupar uma posição de autoria, sem que o espaço do “autor” seja destruído. Pense-se na situação da “obra aberta” de Umberto Eco²⁰, em que o intérprete passa a ser também responsável pela finalização da obra. O intérprete/leitor devém *coautor*, sem com isso quebrar a lógica da autoria. O que define a “obra aberta” de Eco é, ao contrário, uma pretensão revolucionária de “segundo grau”, não a quebra da noção de autoria²¹.

Na obra aberta, o primeiro autor oferece a possibilidade de o próprio leitor assumir uma posição de autoria no exato momento em que a fruição da obra ocorre. Fruição/produção é a chave da “obra aberta” de Eco. Trata-se de uma concessão ou uma espécie de desprendimento democrático, em que o primeiro autor se abre para a possibilidade de distribuição da responsabilidade inerente a sua própria função, permitindo que outros a assumam e perpetuem a função de autoria da obra.

Em questão está a necessidade de manter a obra *em movimento*. Há de se falar, portanto, em uma *pretensão democrática*, sem a qual não haveria essa “abertura

haben. Ein Privatbrief kann einen Schreiber haben, er hat aber keinen Autor; ein Vertrag kann wohl einen Bürgen haben, aber kein Autor. Ein anonymer Text, den man an einer Hauswand liest, wird einen Verfasser haben, aber keinen Autor. Die Funktion Autor ist also charakteristisch für Existenz-, Verbreitungs- und Funktionsweise bestimmter Diskurse in einer Gesellschaft” (FOUCAULT, Michel. Was ist ein Autor? In: JANNIDIS, Fortis et alli. *Texte zur Theorie der Autorschaft*. Stuttgart: Reclam, 2000. p. 211 [tradução livre: “Consequentemente, pode-se afirmar que, em uma cultura como a nossa, existe determinada quantidade de discursos que possuem a função do ‘autor’, enquanto outros não a têm. Uma carta privada pode ter um escritor, mas pode não ter um autor; um contrato pode ter cidadãos, mas pode não ter um autor. Um texto apócrifo, que alguém tem na parede, pode ter um artífice, mas pode não ter um autor. A função do autor é então algo característico da existência, transmissão e modo de funcionamento de determinados discursos em uma sociedade”]).

20. ECO, Umberto. *Opera aperta: forma e interpretazione nelle poetiche contemporanee*. Milano: Tascabili Bompiani, 2006. p. 31 e ss.
21. Ibidem, p. 34. “In tale senso, dunque, un’opera d’arte, forma compiuta e *chiusa* nella sua perfezione di organismo perfettamente calibrato, è altresì aperta, possibilità di essere interpretata in mille modi diversi senza che la sua riproducibile singolarità ne risulti alterata. Ogni fruizione è così una interpretazione ed una *esecuzione*, poiché in ogni fruizione l’opera rivive in una prospettiva originale” (tradução livre: “Nesse sentido, uma obra de arte, forma completa e *fechada* na sua perfeição, enquanto organismo perfeitamente calibrado, é, no entanto, aberta, segundo a possibilidade de ser interpretada em mil modos diversos sem que sua reprodutível singularidade resulte alterada. Cada fruição é assim uma interpretação e uma *execução*, pois em cada fruição a obra revive em uma perspectiva original”).

de segundo grau”. De fato, o leitor não obteria esse reconhecimento, não fosse por autores revolucionários como Joyce, Mallarmé, Valery, Kafka, entre tantos outros citados ao longo do trabalho de Umberto Eco.

Em segundo plano, o “leitor” também não é figura *oposta* ao “escritor”.

Toda filologia é política, pelo que os termos “leitor” e “escritor” são, de certa forma, artefatos de uma longa disputa. Leitura vem, de certa forma, de *λογος* e *λέγειν*²², ao passo que escrita vem de *γράφειν* ou *γράμμα*²³. *O leitor, na medida em que colhe e reúne os diferentes corpos para diferenciar, também inscreve e dissemina na terra os traços de sua atividade humana*. Ambos os personagens são responsáveis por disjunções, articulações, disseminações, enfim. Não são “opostos”, mas possíveis “aliados”. As tarefas de um e outro somente se diferenciam com o surgimento da estética do “autor”, isto é, com a tentativa de controle de *dispersão*.

O horizonte do problema, portanto, não se altera se o autor for oposto ao leitor, ao contrário do que pensou Roland Barthes. À “obra aberta”, em que o leitor assume o espaço vazio (ou o “não lugar”) deixado pelo autor (fundamento *post mortem* da autoridade) não é verdadeira revolução, mas a deposição de um tirano por outro e no máximo pode atingir o patamar de um “despotismo esclarecido”, como se pode interpretar a concessão democrática em Umberto Eco.

22. “*Λογος* significa a palavra, o discurso, e *λέγειν* quer dizer discursar, falar. Diá-logo é o discurso intercambiante (*Wechselrede*), o colóquio, monó-logo é o discurso a sós (*Einzelgespräch*), o solilóquio. No entanto, *λόγος* originariamente não significa discurso, nem dizer. Esta palavra não tem no seu significado qualquer referência imediata à linguagem. *Lego, legein, legere* em latim, é a mesma palavra que a alemã ‘*lesen*’ (‘ler’); ‘*Ähren lesen*’ (colher espigas), ‘*Holz lesen*’ (juntar ou apanha lenha), ‘*die Weinlese*’ (a vindima), ‘*die Auslese*’ (a seleção), ‘*ein Buch lesen*’ (‘ler um livro’) é apenas um derivado de ‘*lesen*’ no seu sentido original. ‘*Lesen*’ significa: pôr uma coisa ao lado de outra, juntá-las num conjunto, em síntese: coligar, compilar, colecionar (*sammeln*); ao fazê-lo, vai-se, ao mesmo tempo, distinguindo uma coisa da outra” (HEDEGGER, Martin. *Introdução à metafísica*. Lisboa: Instituto Piaget, c1987. p. 137). Ler é reunir na diferença ou, para utilizar uma expressão deleuzeana e já subverter a referência heideggeriana, radicalizar as *sin-teses disjuntivas*.

23. A “escritura”, conforme a *Grammatologie* de Derrida, possui uma história diretamente ligada àquela da metafísica. Derrida busca desvincular a noção de escritura à de suplemento e representação, de modo que a escritura seja algo “anterior” à fala (em um tempo antes do tempo) e, portanto, indique um princípio de dispersão e disseminação em contraponto à pretensão *onto-teo-lógica* de assimilação e controle a partir de uma estética da “presença” ou, o que está intimamente relacionado, de um *logocentrismo* (cf. DERRIDA, Jacques. *De la grammatologie*. Paris: Minuit, 1967).

Em terceiro lugar, embora leitor e escritor não sejam figuras necessariamente opostas, deve ser reconhecido que consubstanciam subjetividades certamente diferentes, pois atendem a funcionalidades diferentes.

Interpretar e dar sentido à obra, *atualizá-la* é, de certa forma, uma tarefa diferente daquela de inscrever a memória em um suporte de papel (ou qualquer outro meio disponível), *virtualizando-a*²⁴. Na série *virtualização da memória/atualização do texto* há um *contínuo* em que o leitor e o escritor não se relacionam como opostos, mas como *intensidades* vinculadas a um mesmo *planomeno*²⁵. Desse *plano de consistência* devem linhas determinantes das subjetividades *leitor* e *escritor*, sabendo que, a cada momento, um indivíduo determinado é capaz de deslizar (*glisser*) de uma intensidade a outra, organizando potências de diversas formas.

A *metafísica do autor* é um *dispositivo de controle* dessas intensidades e, em especial, dessa capacidade de deslizamento (*glissement*). Trata-se de uma máquina abstrata, uma tecnologia de organização ou, mais simplesmente, um aplicativo ou *switch*. É somente por meio da instalação desse dispositivo, controlando-se as disseminações de sentidos desde o início a partir do *discurso autoritativo*, como que na determinação divina do firmamento entre águas superiores e inferiores, que leitor e autor são separados e opostos, como o céu à terra. A *diferença intensiva* entre ambas as subjetividades é organizada para se tornar *oposição extensiva*.

Dispositivos são “*máquinas para fazer ver e para fazer falar*”²⁶, mas, acima de tudo, são máquinas que impõem determinados “*regimes de enunciação*”²⁷. O autor, na medida em que assume sua condição, vê e fala como autor... O leitor, vê e fala como leitor... O escritor, vê e fala como escritor... Assim por diante. Divisões contínuas de trabalho, em que todos se constituem como sujeitos *de enunciado*, mas nunca como sujeitos *de enunciação*.

24. LÉVY, Pierre. *O que é o virtual?* 2. ed. 1ª reimp. São Paulo: Editora 34, 2014. p. 35 e ss.

25. LAPOUJADE, D. Op. cit., p. 185 e ss.

26. DELEUZE, Gilles. O que é um dispositivo? In: LAPOUJADE, David (Org.). *Dois regimes de loucos*. São Paulo: Editora 34, 2016 p. 360.

27. “Pois o que conta é a novidade do próprio regime de enunciação, enquanto ele puder compreender enunciados contraditórios. Por exemplo, perguntarão qual regime de enunciados aparece com o dispositivo da Revolução Francesa ou da Revolução bolchevique: é a novidade do regime que conta, e não a originalidade do enunciado. Todo dispositivo se define, assim, por seu teor de novidade e criatividade, que ao mesmo tempo marca sua capacidade de transformar-se, ou de fissurar-se em proveito de um dispositivo do porvir [...]” (ibidem, p. 365).

Enquanto o programa permitir, as subjetivações são sentidas como “jaulas de ferro”, pelo que a tarefa revolucionária está justamente em instituir a novidade de um outro regime de enunciação, partindo dessas mesmas subjetividades. Ora, tais *regimes* são constituídos por multilinearidades de saberes, poderes e subjetivações, sendo que, de todas essas dimensões, “as linhas de subjetivação parecem particularmente capazes de traçar caminhos de criação, que não param de abortar, mas também de ser retomados, modificados, até a ruptura do antigo dispositivo”²⁸.

A possibilidade de uma *literatura menor* (mas também de uma *leitura menor* ou de uma *escrita menor*) corresponde a essa tarefa de ruptura. A subjetividade “K” não é um “sujeito” ou “indivíduo” qualquer, mas um *agenciamento coletivo de enunciação*²⁹ que põe o limite da linguagem na medida em que é, ele próprio, *agenciamento maquínico de desejo*³⁰ e, portanto, não é nada além do que um polo catalisador (ou um “nó”) para onde se lançam potências e exigências do sem-fundo (“K se reconhece nessa mistura incrível: ele é engenheiro ou mecânico seguindo as engrenagens da máquina, ele é jurista e procedimentalista seguindo os enunciados do agenciamento”³¹).

Durante muitos anos, a lógica de poder se fundou na divisão sustentada pela metafísica do autor (ou, como diria Derrida, pelo “logocentrismo” implicado na própria afirmação de uma “autoria”). Esse *switch* determinou, por exemplo, o surgimento de ordens e hierarquias, de estruturas teocráticas e imperiais. Hoje, o recurso à figura do “autor”, assim como o “Estado” ou “Deus”, não funciona senão como fundamento *post mortem* das lógicas axiomáticas de dominação,

28. Idem.

29. “La lettre K ne désigne plus un narrateur ni un personnage, mais un agencement d’autant plus machinique, un agent d’autant plus collectif qu’un individu s’y trouve branché dans sa solitude” (DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Kafka*. Paris: Minuit, 1975. p. 33 [tradução livre: “A letra K não designa mais nem um narrador, nem um personagem, mas um agenciamento tanto mais maquínico, um agente tanto mais coletivo, na medida que um indivíduo se encontre a ele vinculado em sua solidão”]).

30. “Pas d’agencement machinique qui ne soit agencement social de désir, pas d’agencement social de désir qui ne soit agencement collectif d’énonciation” (Ibidem, p. 147 [tradução livre: “Não há agenciamento maquínico que não seja também agenciamento social do desejo, bem como não há agenciamento social do desejo que não seja também um agenciamento coletivo de enunciação”]).

31. Tradução livre. No original: “K se reconnaît à ce mélange étonnant: il est ingénieur ou mécanicien suivant les rouages de la machine, il est juriste et procédurier suivant les énoncés de l’agencement” (ibidem, p. 147).

motivo pelo qual, o recurso que, por exemplo, o discurso jurídico faz das antigas categorias positivistas da vontade do “legislador” ou da “lei” é tanto vazio como corrente³².

3. A ESTRUTURA HIPERTEXTUAL

Pois bem, desde a década de 1960, a teoria literária vem se confrontando com criações e evidências apresentadas por outro ramo científico. A teoria da informação, a matemática, a cibernética, a computação, enfim, todos esses elementos técnicos vêm conformar e alterar radicalmente o modo como são compreendidas as tarefas de escrita, leitura e a própria concepção de autoria.

Em que consiste essa novidade? De fato, ela possui o nome de *hipertextualidade*³³.

O hipertexto é uma estrutura de conexões de dados. Cada complexo de informações (nós) é disposto no universo hipertextual, possibilitando conexões (*link*), as mais livres possíveis, de um nó específico com todos os demais³⁴. Trata-se de uma estrutura propriamente *rizomática*³⁵, pelo que o hipertexto também possui seis características ou princípios abstratos, quais sejam: (a) princípio de metamorfose, (b) princípio de heterogeneidade, (c) princípio de multiplicidade e de encaixe de escalas, (d) princípio de exterioridade, (e) princípio de topologia e (c) princípio de mobilidade dos centros³⁶.

32. Essas categorias, por incrível que pareça, ainda estão presentes no discurso jurídico contemporâneo, embora, hoje em dia, queiram dizer muito pouco ou quase nada. Tal como fósseis, essas referências indicam um modo de vida que não é mais o da atualidade. A despeito dessa constatação, contudo, outra coisa é pensar a “eficácia” desses enunciados.

33. Para uma breve história da hipertextualidade, cf.: SANTAELLA, Lúcia. *Linguagens líquidas na era da mobilidade*. São Paulo: Paulus, 2007. p. 302 e ss.

34. “Em vez de um fluxo linear de texto como é próprio da linguagem verbal impressa, no livro particularmente, o hipertexto quebra essa linearidade em unidades ou módulos de informações, consistindo de partes ou fragmentos de textos. Nós e nexos associativos são os tijolos básicos de sua construção. Os nós são as unidades básicas de informação em um hipertexto. Nós de informação, também chamados de molduras, consistem em geral daquilo que cabe numa tela” (SANTAELLA, Lúcia. *Navegar no ciberespaço: o perfil cognitivo do leitor imersivo*. São Paulo: Paulus, 2004. p. 49).

35. DELEUZE, G.; GUATTARI, F. *Mille...*, cit., p. 36.

36. LÉVY, P. *As técnicas da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática*. 2. ed. 1ª reimp. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 25-26.

O hipertexto representa, portanto, uma estrutura responsável pela radicalização da relação entre escritor e leitor. Se com Pierre Lévy, a leitura atualiza o texto (pois oferece soluções à questão do sentido) e a escritura virtualiza a memória, *a dinâmica hipertextual representa uma virtualização tanto da leitura como da escrita*. Como destaca Pierre Lévy, o “navegador participa assim da redação ou pelo menos da edição do texto que ele ‘lê’, uma vez que determina sua organização final”³⁷.

A leitura de um hipertexto não se opera sem decisões. O leitor não pode mais ser leitor “passivo” (ou leitor “fêmea”, como teria dito Cortázar, para depois se arrepende³⁸), mas deve se tornar “imersivo”³⁹ para devir capaz de reestruturar as cadeias hipertextuais a partir de suas próprias escolhas, conectando um documento a outros, de forma inusitada, assumindo a responsabilidade pessoal pela formação e conformação de sentido, em uma interminável tarefa de edição, na qual as figuras do escritor e do leitor se cruzam na mediação *coletiva* do hipertexto⁴⁰.

O hipertexto, como destacado, propõe o entrecruzamento das atividades de escrita e leitura, na medida em que tanto a leitura como a escrita passam a gozar de estatuto “ativo” e “criador”. A tecnologia hipertextual, como foi o caso com a introdução do livro, vem alterar o modo de pensar da atualidade. A forma de expressão hipertextual vem a exigir a produção de uma correspondente forma de conteúdo hipertextual, sendo necessário reconhecer que essa forma determina tanto a substância da expressão, como a substância do conteúdo⁴¹.

37. LÉVY, P. *O que é...*, cit., p. 45.

38. Conferir a introdução ao livro de Cortázar, escrita por Andrés Amorós: “Varias veces ha pedido disculpas: ‘me di cuenta de que había hecho una tontería. Yo debí poner ‘lector pasivo’ y no ‘lector hembra’, porque la hembra no tiene por qué ser pasiva continuamente; lo es en ciertas circunstancias, pero no en otras, lo mismo que un macho” (AMORÓS, Andrés. *Introducción a Rayuela*. In: CORTÁZAR, Julio. *Rayuela*. Madrid: Cátedra, 2014. 23-24 [tradução livre: “Pedi disculpas várias vezes: ‘me dei conta que havia cometido uma idiotice. Deveria ter posto ‘leitor passivo’ e não ‘leitor fêmea’, pois a fêmea não tem por que ser passiva continuamente; ela é passiva em certas circunstâncias, mas não em outras, assim como o macho”]).

39. SANTAELLA, L. *Navegar...*, cit., p. 182.

40. Sobre a importância dessa forma coletiva de leitura e produção de conteúdo, convém simplesmente fazer referência, neste momento, ao incidente que ocasionou a divulgação da *Carta Aberta ao Wikipedia*, por Philip Roth. O texto pode ser encontrado, no original, em: [www.newyorker.com/books/page-turner/an-open-letter-to-wikipedia].

41. HJELMSLEV, Louis. *Prolegômenos a uma teoria da linguagem*. São Paulo: Perspectiva, 2006. p. 53 e ss.

4. ANÁLISE CONCLUSIVA

É necessário, após essa longa digressão, voltar ao tema inicialmente proposto. O que implica afirmar que o Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua pretensão à “supremacia judicial”, possui o “poder da última palavra”?

O direito se estrutura como discurso jurídico e o discurso jurídico já está passando por severas mudanças. O *hipertexto* como estrutura elementar e os *suportes hipermidiáticos* (texto, imagem, sons, enfim) já são realidades tanto no ensino do direito, como no dia a dia de operadores e leigos. Os acórdãos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (como de outros tribunais também) já estão disponíveis em áudio, vídeo e texto, sendo possível navegar de um para outro, lateralmente, repetidas vezes, sem que haja necessidade de qualquer leitura tradicional ou “linear”.

Uma decisão remete a outras, estas remetem a outras mais e assim por diante. Essa dinâmica não é fechada, como se percebe, motivo pelo qual as interpretações daquilo que o STF disse são replicadas nos mais diferentes fóruns de debate (oficiais ou não, leigos ou não, adequados ou não). Uma decisão é citada em informativos formulados por *ghostwriters* “chapa branca” e comentários às decisões são apresentados em sites mais ou menos especializados, mais ou menos “interessados”. Essas decisões (mais ou menos autoritativas), com todas as suas idiosincrasias, são criadas, recriadas e reprocessadas continuamente. Se assim é, como pode o Ministro Celso de Mello pretender o “direito de errar por último”?

Falar em “*ratio decidendi*” parece um anacronismo.

Afirmar um “romance em cadeia”, assemelha-se a um discurso alucinado.

A temporalidade hipertextual é tudo menos linear.

É possível pensar o “precedente” do futuro? Na estrutura de “rede”, os jurisdicionados são eles próprios enredados à posição de intérpretes ativos e conformadores do sistema. Não importa o quanto o Supremo Tribunal Federal se arrogue a posição privilegiada de “errar por último”. A argumentação jurídica se conforma cada vez mais como “errância” (com suas exigências de traduções e *contratraduções*) e como destacou Deleuze, em entrevista a Antonio Negri, a jurisprudência, efetivamente criadora do direito, “*não deveria ser confiada aos juízes*”⁴².

A autoria, como dito, é uma *função* que não se confunde com as atividades de escrita, ou com a de leitura. O hipertexto não vem para decretar a morte do autor.

42. DELEUZE, Gilles. *Conversações*. 7ª reimp. São Paulo: Editora 34, 2008. p. 209.

Inobstante, o hipertexto é uma *máquina de guerra nômade* capaz de introduzir um novo regime de enunciação na tradicional mística da autoria. Regime de enunciação em uma *velocidade absoluta*.

O primeiro indício nesse sentido está em que o hipertexto não tem a guerra como função primeira, mas é assim apropriado pelo Estado (fundamento *post mortem* da axiomática capitalista) em favor de toda uma tecnologia de controle na qual a figura do “inimigo” se pulveriza na totalidade do *socius* para se tornar não importa quem⁴³, conforme as exigências de uma “sociedade de controle”⁴⁴. O hipertexto, portanto, é tanto máquina de guerra *nômade*, como devém máquina de guerra *capturada* (e aqui ele assume uma função própria na “guerra”, nem que seja para enfrentar a já não tão recente “crise dos números”).

Seja como for, no entanto, a afirmação de uma “última palavra” não parece ter sentido no seio de uma estrutura hipertextual, em que a produção e reprodução de sentidos é processada *em rede e em paralelo* (antes que em uma sequência linear e ordenada), pelos próprios *usuários* (antes que por “um comitê de sábios, comitê moral e pseudocompetente”⁴⁵).

É necessário processar, enfim, a passagem definitiva do *direito à política*, da *moral à ética*, do *arbóreo ao rizomático*, enfim, para assim permitir novas alianças e novas cartografias, de modo a medir os campos de possibilidades das minoridades sem voz, sempre capazes de obstaculizar a pretensão por uma “última palavra” por meio de um *grito surdo-mudo* perante o qual resta descobrir/criar a sintaxe de sua desterritorialização absoluta⁴⁶.

REFERÊNCIAS

AMORÓS, Andrés. Introduction a Rayuela. In: CORTÁZAR, Julio. *Rayuela*. Madrid: Cátedra, 2014.

43. LAPOUJADE, D. *Deleuze...*, cit., p. 236.

44. “São as sociedades de controle que estão substituindo as sociedades disciplinares. ‘Controle’ é o nome que Burroughs propõe para designar o novo monstro, e que Foucault reconhece como nosso futuro próximo. Paul Virilio também analisa sem parar as formas ultrarrápidas de controle ao ar livre, que substituem as antigas disciplinas que operavam na duração de um sistema fechado” (DELEUZE, G. *Conversações...*, cit., p. 220).

45. *Ibidem*, p. 210.

46. DELEUZE, G. *Kafka...*, cit., p. 48.

- ANDRADE, Oswald de. O manifesto antropofágico. In: TELES, Gilberto Mendonça. *Vanguarda européia e modernismo brasileiro: apresentação e crítica dos principais manifestos vanguardistas*. 3. ed. Petrópolis: Vozes; Brasília: INL, 1976.
- ARENDDT, Hannah. *Macht und Gewalt*. 10. Aufl. München: Piper, 1995. ARENDT, Hannah. *L'humaine condition*. Paris: Gallimard, 2012.
- AUSTIN, John L. *How to do things with words*. 2. ed. Massachusetts: Harvard University Press, 1975.
- BARTHES, Roland. Der Tod des Autors. In: JANNIDIS, Fotis et alli. *Texte zur Theorie der Autorschaft*. Stuttgart: Reclam, 2000.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- DELEUZE, Gilles. O que é um dispositivo? In: LAPOUJADE, David (Org.). *Dois regimes de loucos*. São Paulo: Editora 34, 2016.
- DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *L'anti-Édipe*. Paris: Minuit, 1967.
- DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Kafka: pour une littérature mineure*. Paris: Minuit, 1975.
- DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Milles plateaux*. Paris: Minuit, 1980.
- DELEUZE, Gilles. *Conversações*. 7ª reimp. São Paulo: Editora 34, 2008.
- DERRIDA, Jacques. *De la grammatologie*. Paris: Minuit, 1967.
- DERRIDA, Jacques. *Spectres de Marx*. Paris: Galilée, 1993.
- ECO, Umberto. *Opera Aperta: forma e interpretazione nelle poetiche contemporanee*. Milano: Tascabili Bompiani, 2006.
- FOUCAULT, Michel. Was ist ein Autor? In: JANNIDIS, Fotis et alli. *Texte zur Theorie der Autorschaft*. Stuttgart: Reclam, 2000.
- HEIDEGGER, Martin. *Introdução à metafísica*. Lisboa: Instituto Piaget, 1987.
- HEIDEGGER, Martin. *A essência do fundamento*. Lisboa: Ed. 70, 2007.
- HJELMSLEV, Louis. *Prolegômenos a uma teoria da linguagem*. São Paulo: Perspectiva, 2006.
- LAPOUJADE, David. *Deleuze, les mouvements aberrants*. Paris: Minuit, 2014.
- LÉVY, Pierre. *As técnicas da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática*. 2. ed. 1ª reimp. São Paulo: Editora 34, 2011.
- LÉVY, Pierre. *O que é o virtual?* 2. ed. 1ª reimp. São Paulo: Editora 34, 2014.
- ROTH, Philip. *An open letter to Wikipedia*. Disponível em: [<http://www.newyorker.com/books/page-turner/an-open-letter-to-wikipedia>]. Acesso em: 07.03.2018.

SANTAELLA, Lucia. *Navegar no ciberespaço: o perfil cognitivo do leitor imersivo*. São Paulo: Paulus, 2004.

SANTAELLA, Lucia. *Linguagens líquidas na era da mobilidade*. São Paulo: Paulus, 2007.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Judicialização da política: a disputa entre Judiciário e Legislativo pelo monopólio da última palavra, de Eduardo Cambi e Alencar Frederico Margraf – *RTSul* 3/67-85 (DTR\2014\9465);
- Os diálogos institucionais como ferramenta de garantia do equilíbrio entre os poderes estatais: o risco de uma postura ativista do Supremo Tribunal, de Bruna Pereira Aquino e Américo Bedê Freire Júnior – *RDCI* 107/35-59 (DTR\2018\15581);
- Ativismo judicial e decisões por princípio: uma proposta de fixação dos limites da atuação do Poder Judiciário, de Francisco José Borges Motta e Clarissa Tassinari – *RePro* 283/481-499 (DTR\2018\18445); e
- Judicialização, ativismo e efetivação de direitos fundamentais, de Ivete Maria de Oliveira Alves – *RDBras* 2/95-119 (DTR\2012\44621).

The background features a series of overlapping, semi-transparent circles and curved lines in shades of light gray, creating a dynamic, geometric pattern. The lines are thin and closely spaced, giving a sense of movement and depth.

Controle da Constitucionalidade



ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: DA EXPERIÊNCIA COLOMBIANA À APLICAÇÃO PELO STF NA ADPF 347

UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS: FROM COLOMBIAN EXPERIENCE TO APPLICATION BY THE STF IN ADPF 347

MARCIO SCARPIM DE SOUZA

Especialista em Direito Constitucional. Advogado da União.
marcio.scarpim@agu.gov.br; marcioscarpim@gmail.com

ÁREA DO DIREITO: Constitucional

RESUMO: Trata-se de um estudo sobre o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) no direito comparado colombiano, na jurisprudência do STF e na doutrina brasileira, a fim de se alcançar uma adequada delimitação teórica de seu conceito, pressupostos e efeitos. A pesquisa teve por marco inicial a jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia, bem como o julgamento da medida cautelar na ADPF 347, tendo o STF reconhecido que o sistema penitenciário brasileiro vive um Estado de Coisas Inconstitucional. Para os defensores dessa teoria, trata-se de moderna técnica decisória para superação de graves violações de direitos fundamentais transindividuais em decorrência de crises institucionais. Para os críticos, o conceito de ECI é um equívoco jurídico que desequilibra a separação e harmonia entre os Poderes da República.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucional – Controle de constitucionalidade – Omissão inconstitucional – Estado de coisas inconstitucional – Ativismo judicial estrutural.

ABSTRACT: It is a study on the Unconstitutional State of Affairs in Colombian comparative law, in the STF jurisprudence and Brazilian doctrine, in order to achieve a suitable theoretical delimitation of its concept, assumptions and effects. The investigation was based on the jurisprudence of the Constitutional Court of Colombia, as well as the judgment of the precautionary measure in ADPF 347, when STF declared that Brazilian penitentiary system is in Unconstitutional State of Affairs. For defenders of that theory, it is a modern decision-making technique to overcome serious violations of transindividual fundamental rights as a result of institutional crises. For critics, the concept of ECI is a legal misconception that unbalances the separation and harmony between Republican Powers.

KEYWORDS: Constitutional – Constitutionality control – Unconstitutional omission – Unconstitutional state of affairs – Structural judicial activism.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1. Evolução conceitual do ECI na jurisprudência da CCC. 2.2. Técnica decisória do ECI na jurisprudência do STF. 2.3. Visão da doutrina brasileira sobre o ECI. 3. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta um estudo sobre o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) no direito comparado colombiano, na jurisprudência do STF e na doutrina brasileira, a fim de se alcançar uma adequada delimitação teórica de seu conceito, seus pressupostos e efeitos. A doutrina do ECI foi desenvolvida originalmente pela Corte Constitucional da Colômbia (CCC), a fim de justificar “decisões estruturais”, por meio das quais o Poder Judiciário, ao enfrentar situações de graves e massivas violações de direitos fundamentais, decorrente da omissão inconstitucional generalizada das autoridades públicas, interfere de forma ampla nas funções executiva e legislativa dos demais Poderes.

O reconhecimento do ECI legitima, em tese, o ativismo judicial estrutural, por meio do qual são proferidas sentenças de alto impacto nas políticas públicas, veiculando obrigações que alcançam não apenas os réus e determinado processo judicial, mas todos os atores políticos aos quais são exigíveis as providências necessárias para a superação do ECI. Dessa forma, o Poder Judiciário, ao adotar a técnica decisória¹ do ECI, busca superar bloqueios institucionais e retirar da inércia os poderes e órgãos do Estado.

A delimitação da pesquisa abrange julgados da Corte Constitucional colombiana (CCC) aplicando o conceito de ECI, em especial, a *Sentencia de Unificación* – SU 559, de 06.11.1997, a *Sentencia de Tutela* (T) – 153, de 28.04.1998 e a *Sentencia de Tutela* (T) – 025, de 22.01.2004, e precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o ativismo judicial mediante intervenção em políticas públicas, com enfoque especial na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, da relatoria do Min. Marco Aurélio, cujo pedido de medida cautelar foi julgado parcialmente procedente em 09.09.2015. Nessa ocasião, o Pretório Excelso reconheceu, em cognição sumária, que o sistema penitenciário brasileiro vive um Estado de Coisas Inconstitucional.

Serão apresentados, ainda, os principais argumentos favoráveis e contrários trabalhados pela doutrina pátria acerca do ECI. Para os defensores da aplicação prática do conceito de ECI, trata-se de moderna técnica decisória para superação

1. Para Campos e Sarmiento, o ECI tem natureza jurídica de técnica decisória em controle concentrado abstrato de constitucionalidade. A nosso ver, entretanto, parece mais adequado compreender o ECI como uma doutrina legitimadora do ativismo judicial estrutural.

de graves violações de direitos fundamentais transindividuais em decorrência de crises institucionais, sendo inviável o enfrentamento desses litígios estruturais sob a tradicional dogmática processual dos limites subjetivos e objetivos da coisa julgada. Para os críticos, trata-se um equívoco jurídico que desequilibra a separação e harmonia entre os Poderes republicanos, sendo incompatível com as disposições da nossa Constituição.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. *Evolução conceitual do ECI na jurisprudência da CCC*

A doutrina do Estado de Coisas Inconstitucional tem origem jurisprudencial, tendo sido desenvolvida ao longo de uma série de acórdãos da Corte Constitucional Colombiana. A primeira decisão em que a CCC declarou o ECI foi a *Sentencia de Unificación* SU-559, proferida em 1997. O caso sob julgamento versava sobre 45 professores cujos direitos previdenciários não estavam sendo respeitados pelos municípios de Zambrano e María La Baja. Ao verificar as razões pelas quais os governos não estavam observando os direitos pleiteados pelos autores, a CCC descobriu que havia uma omissão generalizada dos municípios. A violação dos direitos previdenciários se dava em desfavor não apenas dos professores autores da ação, mas de uma quantidade indeterminada e bastante abrangente de professores. Foi constatado, ainda, que o problema decorria de uma “falha estrutural”, uma vez que não era decorrente da omissão de um órgão estatal específico, mas de uma ineficiência sistêmica. A repartição de subsídios para educação entre as entidades locais vinha sendo executada de formal desigual pelo governo central, acarretando uma generalizada falha na política educacional daquele país.

Tendo em vista a grave situação verificada no caso, que extrapolava os interesses dos autores da ação perante os respectivos fundos de previdência, a decisão proferida pela CCC buscou tutelar os direitos fundamentais violados tanto na dimensão subjetiva quanto na objetiva, produzindo efeitos *ultra partes*, ou seja, não se limitando às partes da demanda. A CCC declarou que a situação sob julgamento configurava um ECI, determinando que todos os municípios em que aquele problema estivesse ocorrendo – não apenas os réus do processo – deveriam, em razoável prazo, tomar as providências para sanar a omissão inconstitucional. Determinou, ainda, que fosse dada ciência do teor da decisão aos ministérios do Crédito Público, da Fazenda e da Educação, bem como aos governadores e respectivas assembleias legislativas, aos prefeitos e respectivos conselhos municipais e ao Departamento Nacional de Planejamento, determinando

que fossem tomadas as medidas orçamentárias e implementadas as políticas públicas necessárias ao cumprimento daquela *sentencia*.

No ano seguinte, a CCC proferiu outras decisões importantes aplicando a doutrina do ECI relativamente a diversos temas em que configuradas omissões inconstitucionais que superavam o interesse subjetivo das partes na demanda, e resultavam da ineficiência ou inércia de uma pluralidade de órgãos e poderes estatais. Na *Sentencia* T-068, de 05.03.1998, a CCC determinou à *Caja Nacional de Prevision Social* que tomasse as providências para reduzir o atraso nas respostas aos requerimentos de recálculos e complementações de benefícios previdenciários. Na *sentencia* SU-250, de 26.05.1998, diante do ECI causado pela omissão estatal generalizada em promover concursos públicos para notários, a CCC determinou a realização dos certames em todo o país. Na *sentencia* T-590, de 20.10.1998, o reconhecimento do ECI resultou na condenação do Estado a promover políticas públicas para a proteção efetiva de militantes na defesa dos direitos humanos na Colômbia. Vale mencionar, ainda, a *Sentencia* T-525, de 23.07.1999, na qual a CCC proferiu decisão que, amparada na doutrina do ECI, ordenou a entidades territoriais a tomada de providências necessárias à eliminação da mora contumaz no pagamento de benefícios devidos aos aposentados.

Os julgados supramencionados têm em comum o fato de que as decisões da CCC abrangeram não apenas as partes da demanda, beneficiando outras pessoas prejudicadas pela omissão estatal, bem como condenando outras pessoas jurídicas de direito público e seus órgãos a tomar as providências necessárias para a superação do problema. Tais decisões foram construídas a partir da constatação de omissão ou incapacidade reiterada de diversas autoridades e instituições públicas (denominadas “falhas estruturais”), resultando na vulneração de direitos de uma pluralidade de pessoas. Com fundamento na declaração do ECI, a CCC impôs obrigações de fazer a todas as pessoas e órgãos públicos responsáveis por tomar as devidas providências para a solução dos problemas sistêmicos enfrentados. Tais *sentencias* beneficiaram todas as pessoas cujos direitos estavam sendo lesados, independentemente de serem partes demandantes ou substituídas nos processos sob análise por aquela corte constitucional.

Conforme lição de Campos², os dois casos mais importantes da jurisprudência da CCC acerca da aplicação da doutrina do ECI são o do sistema penitenciário,

2. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 01.09.2015. Disponível em: [http://www.

decidido na *Sentencia* T-153, de 28.04.1998, e o do deslocamento forçado de pessoas decorrente do contexto de violência interna, julgado na *Sentencia* T – 025, de 22.01.2004.

Na *sentencia* T-153, a CCC reconheceu a existência de uma ECI decorrente da superlotação do sistema carcerário de toda a Colômbia, a partir de um julgamento envolvendo as péssimas condições de tratamento dos detentos nas Penitenciárias de Bellavista de Medellín e Bogotá. Dessa forma, a Corte, em vez de apreciar tão somente as condições de superlotação nos mencionados estabelecimentos prisionais, declarou que as condições desumanas a que eram submetidos os presos estavam presentes em todas as penitenciárias da Colômbia, a partir de dados estatísticos e levantamentos empíricos. Assim, a CCC conferiu caráter nacional aos problemas da superlotação e da violação de direitos fundamentais dos presos das penitenciárias especificamente mencionadas na ação proposta, afirmando que tal situação decorria da omissão inconstitucional de uma pluralidade de agentes e órgãos públicos.

Conforme decidido pela CCC, a situação de “tragédia diária dos cárceres”³ em todo o sistema penitenciário da Colômbia configurava um ECI, resultante de uma vulneração massiva da dignidade humana dos detentos, consubstanciada na inobservância de uma ampla gama de direitos fundamentais titularizados pela população carcerária como um todo, e não apenas os presos de Bellavista de Medellín e Bogotá.

Dessa forma, em face da inexistência de políticas de governo direcionadas a solucionar ou amenizar o problema, a CCC proferiu sentença determinando que o governo colombiano elaborasse um plano de edificação de novas penitenciárias e de reforma das existentes, obrigando o governo a alocar os recursos orçamentários necessários. Determinou aos governadores a criação e manutenção de presídios em suas respectivas províncias e enviou ao Presidente da Colômbia um requerimento de tomada de providências para a promoção efetiva dos direitos fundamentais da população carcerária daquele país. Entretanto, conforme salienta Ariza⁴, as obrigações de fazer impostas pela CCC nesse caso não resultaram em

conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural]. Acesso em: 12.07.2016.

3. Expressão utilizada por aquela corte constitucional.

4. ARIZA, Libardo José. *The economic and social rights of prisoners and constitutional court intervention in the penitentiary system in Colombia*. In: MALDONADO, Daniel Bonilla.

efetivas melhorias do sistema penitenciário colombiano, tendo em vista não ter havido fiscalização, por parte daquela Corte, das autoridades e instituições públicas responsáveis pela execução das medidas determinadas na *sentencia* T-153. De fato, a decisão prolatada pela CCC nesse caso, ainda que fundamentada no reconhecimento do ECI, teve importância mais simbólica do que prática⁵.

O caso mais relevante no qual a CCC aplicou a doutrina do ECI foi decidido na *Sentencia* T-025, de 22.01.2004, acerca do problema do deslocamento compulsório de cidadãos em virtude de crises de violência no país. Trata-se de uma espécie de migração interna forçada de grupos populacionais, devido a cenários de violência civil não reprimida pelo Estado. Os habitantes de determinadas localidades acabam sendo obrigados a deixar suas residências e empregos, devido a opressões de grupos políticos armados – a exemplo das FARC⁶ – que tornam inviável a permanência daquelas pessoas em suas vilas de origem. Contudo, ao longo de muitos anos, esse problema social de alta gravidade não era devidamente enfrentado pelas instituições do governo colombiano, que se omitia quanto aos deveres de combate à criminalidade e de assistência às famílias que eram submetidas a esses deslocamentos forçados que geravam consequências sociais e econômicas devastadoras.

O caso enfrentado pela CCC na *Sentencia* T-025 abrangeu 108 pedidos de 1.150 famílias que tiveram de migrar forçadamente para outras partes da Colômbia. A gravidade da situação era maior em virtude das condições de vulnerabilidade dessas famílias, havendo muitos idosos, mulheres e crianças. Essas pessoas se viram totalmente privadas de direitos sociais básicos, tais como saúde, moradia, trabalho e educação, o que violava, em última análise, as condições mínimas de sobrevivência com dignidade. Ao apreciar a causa, a CCC verificou que havia uma omissão generalizada de diversos órgãos estatais em tratar as causas e os efeitos daquele problema, resultando em uma gravíssima lesão de natureza transindividual nos direitos sociais de um número indeterminado de pessoas, não somente das famílias a que aludiu o caso em apreciação. Dessa forma, reconhecendo também que o enfrentamento eficiente da situação demandava a atuação harmônica de uma pluralidade de autoridades e órgãos públicos – e não apenas os réus daquele processo –, a CCC declarou o ECI naquele caso.

Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 129-159.

5. *Idem.*

6. Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia.

A sentença proferida pela CCC buscou proteger não apenas os direitos das 1.150 famílias demandantes na ação, determinando a diversos órgãos estatais medidas para a proteção de todas as famílias que vivenciavam o mesmo problema do deslocamento forçado. A intervenção promovida pela Corte na concepção, execução e controle de políticas públicas foi ampla, embora não tivesse exercido diretamente funções típicas dos poderes executivo e legislativo. A condenação veiculada na *Sentencia* T-025 incluiu obrigações de fazer no âmbito do orçamento público e na atividade legislativa para a efetiva tutela dos direitos fundamentais, em sua dimensão objetiva, relativos ao problema do deslocamento forçado.

Conforme destaca Campos⁷, esse caso se diferencia dos anteriores quanto aos resultados efetivos promovidos pela sentença estrutural proferida, uma vez que a execução das providências determinadas aos órgãos públicos foi acompanhada de perto pela CCC, em uma espécie de fase de cumprimento de sentença. Nos casos anteriores, não houve o devido monitoramento pela Corte, facilitando o descaso por parte das autoridades que deveriam superar o ECI naqueles casos. Segundo aquele ilustre autor, a constância da atividade jurisdicional da CCC, tanto na fase de conhecimento quanto na execução da decisão, foi fundamental para o sucesso da aplicação da doutrina do ECI.

Conforme salienta Huaroto⁸, a CCC monitorou a execução das medidas exigindo o envio de relatórios periódicos, elaborados pelos órgãos públicos destinatários das ordens da Corte. Também foram realizadas audiências públicas, com a presença de entidades civis representativas da sociedade, a fim de que fossem prestadas, por parte do governo, informações sobre o andamento das providências determinadas pela CCC. Tais medidas de acompanhamento e controle promoveram um diálogo transparente e profícuo entre a sociedade e os órgãos públicos responsáveis por cumprir as determinações da Corte, resultando em maior eficácia e legitimidade democrática daquela intervenção judicial nas políticas públicas.

7. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.
8. HUAROTO, Beatriz Mayling Ramirez. El “estado de cosas inconstitucional” y sus posibilidades como herramienta para el litigio estratégico de derecho público. Una mirada en la jurisprudencia colombiana y peruana. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Peru, Lima, 2013.

Conforme sistematização proposta por Campos⁹, a análise da jurisprudência da CCC permite a identificação de quatro requisitos essenciais para a utilização do ECI como técnica decisória por uma Corte constitucional. Inicialmente, deve estar configurada uma situação de grave vulneração de direitos de estatura fundamental de uma grande quantidade de pessoas, não se configurando o ECI quando se tratar de uma omissão estatal de menor intensidade e abrangência. Deve haver um contexto de lesão grave, prolongada e sistemática, extrapolando a esfera jurídica dos demandantes em um processo específico e afetando muitas pessoas em situação semelhante. Nesse sentido, a decisão da Corte constitucional não poderia proteger apenas os autores da ação proposta, devendo também tutelar os direitos fundamentais invocados em sua dimensão objetiva, de modo a beneficiar outras vítimas do ECI declarado.

O segundo requisito para o reconhecimento do ECI que se extrai da jurisprudência da CCC é a evidência de uma prolongada e acentuada omissão das instituições públicas no exercício de suas atribuições, que seriam necessárias à proteção e defesa dos direitos fundamentais lesados no caso concreto. Há uma generalizada “falha estrutural”, ou seja, uma profunda falta de coordenação administrativa, orçamentária e legislativa entre órgãos públicos e os poderes estatais, acarretando um cenário de sistêmica, intensa e prolongada lesão aos direitos das vítimas. Nesse sentido, a omissão e a ineficiência se verificam no Estado como um todo, não resultando da irresponsabilidade de um órgão público ou autoridade específica. A inércia dos órgãos, poderes e autoridades estatais repercute negativamente não apenas na formação do ECI, mas também inviabiliza a superação do problema, pois não há vontade política tampouco coordenação eficiente de esforços do Poder Público como um todo no sentido de restabelecer a ordem constitucional em concreto.

O terceiro requisito exigido pela CCC para a declaração do ECI no caso concreto se verifica quando a solução depender da atuação coordenada de um amplo conjunto de autoridades e órgãos do Estado. Vale dizer, não é possível a superação do ECI condenando-se apenas a(s) parte(s) rés no processo em julgamento, uma vez que a complexidade do problema enfrentado demanda providências de diversas instituições públicas, as quais somente poderão ser obrigadas ao seu cumprimento mediante uma “sentença estrutural” que, em caráter excepcional, declara o ECI naquele caso e promove uma ampla intervenção em políticas

9. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”, cit., p. 134-138.

públicas, na administração orçamentária e, se necessário, até na função legislativa. Assim, o mesmo caráter estrutural do desrespeito agudo e prolongado aos direitos fundamentais, em um cenário de ECI, também se verifica nos desafios a serem equacionados para o restabelecimento da normalidade constitucional naquela realidade social em crise.

Por fim, o quarto pressuposto identificado pelo ilustre autor brasileiro, ao analisar a jurisprudência da CCC, é o risco potencial de sobrecarga de demandas dirigidas ao Poder Judiciário em decorrência da gravíssima situação de crise que caracteriza um ECI, considerada a hipótese de todas as vítimas postularem individualmente a defesa de seus direitos fundamentais lesados. Tal pressuposto reforça a necessidade de que a sentença declarada para superação do ECI tem caráter estrutural, protegendo os direitos em sua dimensão objetiva e obrigando todos os órgãos públicos e autoridades que devem atuar de forma coordenada para cumprir a tutela jurisdicional deferida no caso concreto. Assim, a possibilidade de efeito multiplicador de demandas individuais ou mesmo coletivas em torno daquele mesmo tema exige o reconhecimento de um “litígio estrutural” envolvendo o ECI, legitimando o ativismo judicial estrutural.

Por ocasião da *Sentencia* T-025, acerca do deslocamento forçado de pessoas na Colômbia, a CCC reafirmou em síntese os pressupostos para o reconhecimento ECI, conforme trecho reproduzido a seguir:

Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.¹⁰

10. *Sentencia* de Tutela T-025, de 2004.

Atendidos os requisitos supramencionados, busca-se justificar, portanto, a adoção dessa técnica decisória que rompe com a dogmática processual tradicional, impondo aos poderes e órgãos estatais a tomada de providências não apenas no âmbito do caso concreto, ou seja, não apenas em observância aos direitos subjetivos violados das vítimas demandantes, mas buscando tutelar os direitos fundamentais em sua dimensão objetiva, obrigando a adoção de determinadas políticas públicas, dotações orçamentárias, reorganização de estruturas administrativas etc.

Para a CCC e os doutrinadores defensores da teoria do ECI, o Poder Judiciário, ao empregar essa técnica decisória, faz para remediar situações de crises de forma proporcional à gravidade, à amplitude, à generalidade e à persistência do problema enfrentado, bem como de forma conectada com o extremo grau de omissão inconstitucional estrutural que marca tais cenários de quase falência do Estado na promoção dos direitos fundamentais de seus cidadãos.

2.2. Técnica decisória do ECI na jurisprudência do STF

A intervenção judicial na implementação de políticas públicas é admitida há certo tempo pelo STF e pelo STJ. Não obstante, a jurisprudência de nossos Tribunais Superiores estabelece condicionantes ao controle jurisdicional de políticas públicas, que deve possuir caráter excepcional em face do postulado da independência e harmonia entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (art. 2º da CF/1988). Nesse sentido, a 1ª Turma do STF decidiu, no RE 440.028/SP, julgado em 29.10.2013, que o ativismo judicial sobre políticas públicas é legítimo quando presentes três requisitos: (a) a natureza constitucional da política pública reclamada; (b) a existência de correlação entre ela e os direitos fundamentais; (c) a prova de que haveria omissão ou prestação deficiente pela Administração Pública, inexistindo justificativa razoável para esse comportamento.

O STJ, por sua vez, acolhendo a tese da possibilidade excepcional de judicialização das políticas públicas, acrescenta aos requisitos elencados pelo STF uma quarta exigência, qual seja, a não comprovação objetiva da impossibilidade econômico-financeira do ente estatal, conforme decidido no AgRg no REsp 1.107.511/RS, julgado em 21.11.2013. Dessa forma, para aquele Tribunal Superior, a escassez de justificada e cabalmente demonstrada, associada à não essencialidade do direito reclamado, afastaria a sindicabilidade judicial das políticas públicas, conforme ementa a seguir:

Administrativo. Controle judicial de políticas públicas. Possibilidade em casos excepcionais – direito à saúde. Fornecimento de medicamentos. Manifesta

necessidade. Obrigação solidária de todos os entes do Poder Público. Não oponibilidade da reserva do possível ao mínimo existencial. Não há ofensa à Súmula 126 do STJ.

1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes.

2. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. [...] (AgRg no REsp 1.107.511/RS, rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 21.11.2013, DJe 06.12.2013).

É importante observar, todavia, que a questão da (in)aplicabilidade da teoria do ECI no Brasil não foi enfrentada com a devida profundidade na jurisprudência do STF e do STJ sobre controle jurisdicional de políticas públicas. Trata-se, na verdade, de uma discussão ainda incipiente, que começou a ser travada no âmbito do STF em 2015, por ocasião do julgamento de medida cautelar na ADPF 347, que se encontra pendente de conclusão. Em 09.09.2015, o Pretório Excelso deferiu parcialmente a medida cautelar pleiteada, reconhecendo que o sistema penitenciário brasileiro vive um ECI.

Não obstante, encontram-se referências *obter dictum* a elementos da teoria do ECI em julgados anteriores do STF. Ao julgar Questão de Ordem nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.357 e 4.425, a respeito dos índices aplicáveis à correção monetária dos precatórios, o Ministro Roberto Barroso asseverou que o sistema de pagamentos oriundos de condenações judiciais contra a Fazenda Pública padecia de um “estado inconstitucional”, embora não adotando explicitamente a técnica decisória do ECI.

A ADPF 347 foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), cujo pedido abrangia profundas medidas estruturais para a “promoção da melhoria das condições carcerárias do país e à contenção e reversão do processo de hiperencarceramento que o Brasil vivencia”, buscando afastar as apontadas gravíssimas lesões a preceitos fundamentais da Constituição “decorrentes de condutas comissivas e omissivas dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal [...] no tratamento da questão prisional no país.” O seu deferimento dependeria do

reconhecimento do ECI pelo STF, o que foi explicitamente postulado pelo autor da ADPF. A jurisprudência da CCC foi utilizada no trabalho de convencimento dos ministros, buscando demonstrar que os três requisitos para o reconhecimento do ECI se encontravam presentes no sistema penitenciário brasileiro.

O pedido liminar almejava que o STF obrigasse os tribunais e juízes de todo o Brasil a tomar as seguintes providências:

a) lançar, em casos de decretação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não se aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no art. 319 do CPP;

b) que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contadas do momento da prisão;

c) considerar, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal;

d) estabelecer, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo;

e) abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção; e

f) abater da pena o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal.

Requeria-se, ainda, no pedido liminar, que o Pretório Excelso determinasse:

g) ao CNJ que coordenasse mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal, em curso no País, que envolvessem a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas “e” e “f”; e

h) à União que liberasse as verbas do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

Preliminarmente, o STF reconheceu o preenchimento dos requisitos para a adequação da ADPF como via processual de ataque a atos do Poder Público no

caso enfrentado, quais sejam: (a) ameaça ou efetiva lesão a preceito fundamental; (b) atos comissivos ou omissões do Poder Público, seja de natureza administrativa, normativa ou judicial (art. 1º da Lei 9.882/1999); e (c) inexistência de outra via processual eficaz para sanar a lesão ou evitar a concretização da ameaça, conhecida como princípio da subsidiariedade¹¹ (art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999).

Os preceitos fundamentais, apesar da falta de definição explícita na CF/1988 e na Lei 9.882/1999, abrangem inequivocamente os fundamentos (art. 1º) e objetivos fundamentais (art. 3º) da República, bem como os catálogos de direitos fundamentais dos arts. 5º a 7º da CF/1988, conforme entendimento consolidado na doutrina e na jurisprudência¹². Em boa síntese, Bulos¹³ assevera que “qualificam-se de fundamentais os grandes preceitos que informam o sistema constitucional, que estabelecem comandos basilares e imprescindíveis à defesa dos pilares da manifestação constituinte originária”. Para o autor da ADPF em comento, ao demonstrar em sua petição inicial o cabimento dessa ação de controle concentrado,

a situação calamitosa dos presídios nacionais afronta gravemente não apenas o mais elevado princípio da ordem jurídica brasileira – o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) – como também inúmeros outros direitos fundamentais, como a vedação de tortura e de tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a proibição de sanções cruéis (art. 5º, XLVII, e), a garantia de respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX), o direito de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV), o devido processo legal (art. 5º, LIV e LV), a presunção de inocência (art. 5º, LVII) e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança (art. 6º).¹⁴

A exigência de que a lesão aos preceitos fundamentais apontados decorra de atos comissivos ou omissivos do Poder Público também restou acolhida pelos eminentes ministros do STF. Foi reconhecida a responsabilidade por comissão e omissão tanto da União quanto dos Estados-membros, manifestada nas searas administrativa, legislativa e judiciária.

11. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1270.

12. *Ibidem*, p. 1290.

13. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 334.

14. ADPF 347/DF, petição inicial, p. 16. Disponível em: [<http://s.conjur.com.br/dl/adpf-situacao-sistema-carcerario-voto.pdf>]. Acesso em: 18.10.2016.

Na esfera administrativa, os preceitos constitucionais que regem o tratamento da população são explícita e sistematicamente violados pelos entes federados, de diversas formas, tais como o hiperencarceramento, a aplicação de penalidades disciplinares sem o devido processo legal, a omissão na assistência à saúde dos detentos, a falta de prevenção e repressão de conflitos entre facções rivais dentro dos estabelecimentos carcerários etc. Destaca-se, ainda, o contingenciamento reiterado de recursos do Fundo Penitenciário Nacional, frustrando os repasses aos Estados, o que representa um grave óbice financeiro à humanização do sistema prisional brasileiro.

No âmbito do Poder Judiciário federal e estadual, também foi reconhecida sua responsabilidade pela crise do sistema penitenciário brasileiro, tanto por atos omissivos e comissivos quanto por interpretações jurídicas tidas por inconstitucionais. Uma das omissões apontadas é a inobservância pelos juízes do direito dos presos à audiência de custódia, o que tem agravado significativamente o problema da superlotação das prisões. Trata-se de norma de natureza processual que exige a condução de qualquer pessoa presa em flagrante à presença do juiz, a fim de se avaliar a necessidade e legalidade da manutenção da prisão. A audiência de custódia está prevista nos arts. 9.3¹⁵ do Pacto de Direitos Civis e Políticos (PIDCP)¹⁶ e 7.5¹⁷ da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)¹⁸, os quais são autoaplicáveis por veicularem normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, §§ 1º e 2º, CF/1988). Foi apontada ainda, entre as omissões

-
15. “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença”.
 16. O PIDCP foi celebrado em 16 de dezembro de 1966 e promulgado no Brasil pelo Decreto 592, de 60 de julho de 1992.
 17. “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”.
 18. A CADH também é conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, celebrado em 22 de novembro de 1969 e promulgado no Brasil pelo Decreto 678, de 06 de novembro de 1992.

inconstitucionais por parte do Poder Judiciário brasileiro, a não conversão, sem a devida motivação, de prisões cautelares em medidas cautelares alternativas à prisão, bem como a indevida interpretação judicial das normas que regulam a execução penal sem considerar as condições desumanas das prisões brasileiras, as quais demandam temperamentos na execução penal. O Supremo reconheceu ainda, a carência de Varas de Execuções Penais e de Defensores Públicos como um fator agravante para a superlotação nos presídios.

Com relação ao Poder Legislativo, o STF também acolheu a tese de que a ineficiência reiterada e profunda do Legislador brasileiro concorre para o gravíssimo quadro enfrentado no sistema penitenciário. O Estado brasileiro tem produzido normas processuais penais informadas por políticas criminais indiferentes às condições indignas de tratamento da população carcerária no Brasil. A situação de superlotação prisional no Brasil também decorre da veloz produção de normas penais “simbólicas”, ou seja, normas que não aumentam a efetividade do direito penal como meio de prevenção e repressão da criminalidade. Trata-se de mero populismo penal para transmitir à sociedade uma falsa sensação de segurança, especialmente em situações de comoção nacional e pressão da mídia diante de episódios aterrorizantes de violência, corrupção etc.¹⁹

Em bela síntese apresentada pelo Min. Marco Aurélio, relator da ADPF 347, verifica-se que:

A responsabilidade do Poder Público é sistêmica, revelado amplo espectro de deficiência nas ações estatais. Tem-se a denominada “falha estatal estrutural”. As leis existentes, porque não observadas, deixam de conduzir à proteção aos direitos fundamentais dos presos. Executivo e Legislativo, titulares do condomínio legislativo sobre as matérias relacionadas, não se comunicam. As políticas públicas em vigor mostram-se incapazes de reverter o quadro de inconstitucionalidades. O Judiciário, ao implementar número excessivo de prisões provisórias, coloca em prática a “cultura do encarceramento”, que, repita-se, agravou a superlotação carcerária e não diminuiu a insegurança social nas cidades e zonas rurais.

O atendimento ao requisito da subsidiariedade também foi reconhecido pelo STF, tendo em vista não haver, no âmbito do direito constitucional brasileiro,

19. MENDES, Gilmar Ferreira. *Segurança pública e justiça criminal*, p. 1. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-abr-04/observatorio-constitucional-seguranca-publica-justica-criminal]. Acesso em: 18.10.2016.

outra via processual apta a solucionar o ECI com a devida amplitude, generalidade e imediatividade. No caso do sistema penitenciário brasileiro, não se busca a declaração de (in)constitucionalidade de norma jurídica que haja entrado em vigor após a promulgação da CF/1988, bem como não se cuida de remediar uma omissão inconstitucional legislativa específica.

Quanto ao exame do mérito da medida liminar, a maioria dos ministros do STF decidiu concedê-la parcialmente, deferindo os pedidos das alíneas *b* (audiência de custódia) e *h* (liberação das verbas do FUNPEN). Embora em juízo de cognição não exauriente, o Pretório Excelso reconheceu o ECI no caso, decorrente de uma falha estrutural no sistema penitenciário brasileiro. A inexistência ou ineficácia de providências administrativas, orçamentárias e legislativas por parte dos três Poderes, contexto presente em todas as unidades da federação, guarda evidente nexo de causalidade com as profundas, constantes violações sistêmicas do núcleo essencial dos direitos fundamentais da população carcerária no Brasil.

O Ministro relator assentou em seu voto que o STF seria o único ator estatal apto a promover, em sede de ADPF, uma mudança de paradigma na gravíssima situação do sistema penitenciário brasileiro:

[...] apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. Isso é o que se aguarda deste Tribunal e não se pode exigir que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais políticos se apresentem obstruídos, sob pena de chegar-se a um somatório de inércias injustificadas.²⁰

Dessa forma, os ministros assentaram que o STF possui legitimidade constitucional para impulsionar os demais poderes a tomarem as providências necessárias, sob a coordenação e monitoramento daquela Suprema Corte, com a finalidade de superar o ECI constatado no sistema penitenciário brasileiro. Constatada a incapacidade ou inércia reiterada das entidades administrativas e legislativas, o caso demandaria a intervenção judicial sobre as políticas públicas necessárias para o restabelecimento da ordem constitucional das coisas.

20. ADPF-MC 347, rel. Min. Marco Aurélio, j. 09.09.2015. p. 13.

Entretanto, os ministros também asseveraram que não cabe ao STF usurpar as funções constitucionais típicas dos Poderes Executivo e Legislativo, ainda que sob a pretensa justificativa de remediar um ECI. O Poder Judiciário deve obrigar os demais atores estatais no sentido de apenas destravar o bloqueio institucional estrutural, intervindo na medida estritamente necessária para que os demais atores estatais se movam no sentido da concepção e execução das políticas públicas dirigidas à promoção, proteção e defesa dos direitos fundamentais massivamente violados no contexto do ECI.

Dessa forma, na busca por soluções para o ECI, o STF indicou preferência pelo denominado ativismo judicial estrutural dialógico, conforme defendido pela doutrina colombiana.²¹ O Poder Judiciário não determina o conteúdo ou o modo de execução das políticas públicas a serem adotadas pelos demais poderes, mas atua em constante diálogo com estes e a sociedade, de modo a coordenar as ações e monitorar os resultados alcançados para a tutela dos direitos fundamentais violados no contexto do ECI. São respeitadas as prerrogativas institucionais dos demais poderes, sendo-lhes oferecidos tão somente objetivos, parâmetros e incentivos necessários para a superação da crise. O detalhamento das providências administrativas e legislativas não é ditado pelo Poder Judiciário aos demais atores estatais.

Com base nessas considerações, o STF procurou preservar o equilíbrio institucional. Foram indeferidos os pedidos liminares das alíneas *e* (abrandamento dos requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos) e *f* (abatimento do tempo cumprido de prisão da pena a ser cumprida). Também foram indeferidos os pedidos das alíneas *a*, *c* e *d*, uma vez que, segundo entendimento do STF, tais obrigações já são constitucional e legalmente exigíveis dos juízes e tribunais brasileiros, sendo despicando uma condenação nesse sentido, a qual possuiria valor de mera declaração geral e abstrata de que ordenamento jurídico deve ser cumprido.

Oportuno colacionar trecho do voto do relator, Min. Marco Aurélio, em que fica evidente a tendência do Pretório Excelso em adotar o ativismo judicial dialógico ao exercer a tutela jurisdicional estrutural em cenários de ECI:

Esse é, enfim, o papel que deve desempenhar o tribunal em favor da superação do quadro de inconstitucionalidades do sistema prisional: retirar as

21. BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito constitucional. Tomo I: teoria da Constituição*. 6. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

SOUZA, Marcio Scarpim de. Estado de coisas inconstitucional: da experiência colombiana à aplicação pelo STF na ADPF 347. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 111. ano 27. p. 117-147. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2019.

autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando, assim, a efetividade prática das soluções propostas. Ordens flexíveis sob monitoramento previnem a supremacia judicial e, ao mesmo tempo, promovem a integração institucional cogitada pelo Min. Gilmar Mendes, formuladas que são no marco de um constitucionalismo cooperativo.²²

Em 07.12.2018, a Advogada-Geral da União manifestou-se²³ pela prejudicialidade da arguição quanto aos pedidos relacionados à União, “em razão da superveniência do Plano Nacional de Segurança Pública [PNSP], divulgado pelo Governo Federal em 05 de fevereiro de 2017”²⁴. Segundo a AGU, o PNSP “tem como um de seus principais objetivos a modernização e a racionalização do sistema penitenciário”. Subsidiariamente, requereu a improcedência da ação.

Atualmente, o Relator da ADPF 347 aguarda o recebimento de parecer da Procuradoria-Geral da República sobre o mérito da causa.

Não obstante, segundo aponta o Autor da arguição, em petição de 21.02.2018, fatos supervenientes ao julgamento da medida cautelar em 2015 indicam o agravamento da crise e a necessidade de que a ação seja incluída em pauta para julgamento definitivo:

3. Nesse contexto, *destaca-se que o país vem se deparando com uma série de rebeliões e de bárbaros massacres*, acontecidos principalmente nas regiões Norte e Nordeste, em unidades marcadas pela superlotação, pelo excesso de presos provisórios e pelo domínio de facções criminosas. A título ilustrativo, tem-se que, logo nos primeiros dias do ano passado, pelo menos 131 presos foram assassinados em motins. Os episódios mais violentos ocorreram nos Estados do Amazonas, Roraima e Rio Grande do Norte, onde mais de 120 presos morreram tragicamente em decorrência de rebeliões. 4. Tal cenário de violência é tão intenso que, no início deste ano de 2018, a Exma. Presidente desta Casa,

22. ADPF-MC 347, rel. Min. Marco Aurélio, j. 09.09.2015. p. 19.

23. ADPF 347/DF, petição 80865/2018 da Advocacia-Geral da União. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/estvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560]. Acesso em: 27.12.2018.

24. Embora a petição tenha juntado um arquivo de apresentação do PNSP datado de 27.01.2017, este somente entrou em vigor em 27.12.2018, por meio do Decreto 9.630, sob a denominação de Plano Nacional de Segurança Pública e Defesa Social, com prazo de duração de 10 anos.

por motivos de segurança, viu-se obrigada a desmarcar visitas previamente agendadas a estabelecimentos prisionais que eram palcos de motins. 5. Sob perspectiva semelhante, também salta aos olhos que, nos últimos anos, os números oficiais demonstram um aprofundamento cada vez maior da crise dos presídios brasileiros, decorrente, em especial, de sua superlotação. 6. Com efeito, em dezembro do ano passado, o Departamento Penitenciário Nacional publicou o mais recente Levantamento de Informações Penitenciárias – INFOPEN. De acordo com esse relatório, em junho de 2016, a população prisional brasileira chegou a 726.712. Em comparação com as estatísticas disponíveis à época do ajuizamento da presente Arguição, constata-se um aumento de cerca de 160.000 pessoas encarceradas [...].²⁵

Dessa forma, o cenário fático reforça a tendência de que o Supremo, ao julgar o mérito da ADPF 347, ratifique a medida cautelar deferida em 2015, adotando o ativismo judicial dialógico para a recuperação do sistema penitenciário brasileiro.

2.3. *Visão da doutrina brasileira sobre o ECI*

Os maiores expoentes da doutrina brasileira favoráveis ao ECI no Brasil são os Professores Daniel Antonio de Moraes Sarmento e Carlos Alexandre de Azevedo Campos. O primeiro grande estudo sobre o ECI no Brasil foi trazido pelo Prof. Campos, por ocasião de sua tese de doutorado²⁶, defendida na UERJ em 2015, sob orientação do Prof. Sarmento, que, por sua vez, subscreveu a petição inicial proposta pelo PSOL na ADPF 347.

Para os defensores dessa doutrina do ECI importada da Colômbia, trata-se de moderna técnica decisória para superação de graves violações transindividuais de direitos fundamentais em decorrência de crises institucionais, sendo inviável o enfrentamento desses litígios estruturais sob a tradicional dogmática processual dos limites subjetivos e objetivos da coisa julgada. Sobre o potencial do ECI como instrumento de controle abstrato de constitucionalidade, SARMENTO destaca que:

25. ADPF 347/DF; petição 7709/2018 do Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Disponível em: [<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>]. Acesso em: 27.12.2018.

26. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de coisas inconstitucional”*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

é uma arma superimportante e superpoderosa que tem que ser usada com parcimônia para casos realmente extraordinários. Não é um instituto banal. Até porque, para esse instituto funcionar, o Supremo deve estabelecer diálogo com os outros poderes e depois acompanhar a efetivação das medidas eventualmente adotadas.²⁷

Para o eminente constitucionalista, a técnica do ECI amplia as possibilidades de intervenção judicial por meio do controle não apenas de atos normativos, incidindo essencialmente sobre situações de grave e massiva lesão a direitos fundamentais, cuja superação não se alcança pela mera declaração de inconstitucionalidade de alguma lei ou outro ato normativo.

Por sua vez, o Prof. Campos aprofunda a fundamentação jurídica legitimadora do ECI em sua tese de doutorado, bem como no livro posteriormente publicado sobre o assunto²⁸ e em diversos artigos jurídicos sobre o tema.²⁹⁻³⁰ Para o eminente jurista, em cenários de gravíssimas crises institucionais, a superação da inércia institucional generalizada e da falta de diálogo entre os atores estatais depende de um ativismo judicial não tradicional, o qual deve ser munido de remédios judiciais estruturais para coerção, estimulação, coordenação e acompanhamento das ações administrativas, orçamentárias e legislativas a serem tomadas pela pluralidade de órgãos e Poderes Públicos responsáveis. Conforme salienta o autor:

Nesse cenário de falhas estruturais e omissões legislativas e administrativas, a atuação ativista das cortes acaba sendo o único meio, ainda que longe do ideal em uma democracia, para superar os desacordos políticos

-
27. RECONDO, Felipe. O impacto da importação pelo STF do estado de coisas inconstitucional. *JOTA*, Brasília, 18.09.2015. Disponível em: [<http://jota.info/o-impacto-da-importacao-pelo-stf-do-estado-de-coisas-inconstitucional>]. Acesso em: 12.10.2016.
 28. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.
 29. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Devemos temer o “estado de coisas inconstitucional”? *Consultor Jurídico*, São Paulo, 15.10.2015. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional]. Acesso em: 25.03.2016.
 30. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 01.09.2015. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural]. Acesso em: 12.07.2016.

e institucionais, a falta de coordenação entre órgãos públicos, temores de custos políticos, *legislative blindspots*, sub-representação de grupos sociais minoritários ou marginalizados.³¹

Nesse sentido, a adoção de sentenças estruturais heterodoxas, na visão de Campos, é legítima e exigível diante da necessidade de superação de quadros excepcionalmente graves e sistêmicos de inconstitucionalidades, por meio da readequação das fases de concepção, planejamento e implementação de políticas públicas.

Para o emitente autor e os demais defensores da doutrina do ECI, não se sustenta a alegação de ilegitimidade democrática e institucional do juiz constitucional para interferir de forma estrutural nas funções executiva e legislativa. De fato, o ativismo judicial estrutural se apresenta como o último mecanismo de concretização da vontade constitucional em cenários de absoluta incapacidade ou desinteresse do legislador e do administrador público em promover e defender direitos fundamentais em sua dimensão objetiva e na perspectiva do núcleo essencial que assegura o mínimo existencial para a dignidade humana das vítimas no contexto de um ECI.

A doutrina favorável ao ECI sustenta, ainda, que o reconhecimento do ECI exige do juiz constitucional uma postura de estímulo ao diálogo institucional, a fim de reforçar – em vez de usurpar – as funções típicas e atribuições constitucionais privativas dos demais poderes. Não deve o Poder Judiciário buscar a superação do ECI por meio do esvaziamento dos demais poderes independentes, seja pela falta de desproporcionalidade da conduta, seja pela incapacidade técnica de exercer as funções legislativa e executiva de forma plena e autônoma. Conforme alerta Campos:

[...] as cortes devem ser cientes das próprias limitações. Devem saber que não podem resolver o quadro atuando isoladamente, e que de nada adiantará proferirem decisões impossíveis de serem cumpridas. Cortes devem adotar ordens flexíveis e monitorar a sua execução, em vez de adotar ordens rígidas e se afastar da fase de implementação das medidas. Em vez de supremacia judicial, as cortes devem abrir e manter o diálogo com as demais instituições em torno das melhores soluções. O ativismo judicial é estrutural, mas pode e deve ser dialógico.

31. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural, cit.

Entretanto, importantes doutrinadores brasileiros também formulam profundas críticas à possibilidade de reconhecimento do ECI pelo STF e do consequente ativismo judicial estrutural. A petição inicial da ADPF 347 e a obra de Campos apontam duas objeções³² ao reconhecimento do ECI e ao ativismo judicial estrutural, quais sejam: (a) objeção democrática; e (b) incapacidade institucional. Podem ser elencadas, ainda, a partir da contribuição ao debate por outros doutrinadores brasileiros, as seguintes críticas de maior relevância: (c) objeção montesquiana; (d) indefinição semântica; e (e) objeção pragmática.

A objeção democrática consiste no fato de que os magistrados, apesar de membros do Poder Judiciário, não foram eleitos pelo povo brasileiro, não possuindo legitimidade representativa quando comparados com os ocupantes de mandatos eletivos nos Poderes Legislativo e Executivo. A grande maioria dos juízes brasileiros ingressa na carreira por meio de concurso público de provas e títulos, havendo ainda magistrados que, por exceção constitucional, são apenas nomeados pelo chefe do Poder Executivo. Assim, o Poder Judiciário não estaria legitimado a substituir amplamente as decisões políticas discricionárias que estão a cargo dos ocupantes de cargos eletivos nos outros poderes. A vontade popular é exercida de forma direta pelos agentes políticos eleitos, só podendo os juízes interferir nas políticas públicas quando não se tratar do exercício legítimo do poder discricionário.

Não se almeja aqui ressuscitar a superada tese de que políticas públicas discricionárias seriam absolutamente insindicáveis pelo Poder Judiciário, mas alertar que o ativismo judicial estrutural representa uma desarrazada violação da legitimidade dos representantes eleitos democraticamente para materializar a vontade popular por meio da lei e da execução de políticas públicas. Por mais ineficientes que sejam os demais poderes, não cabe ao Poder Judiciário usurpar dos representantes do povo, de forma estrutural, a atribuição conferida pelo voto para tomar decisões de natureza legislativa, executiva e orçamentária.

A incapacidade institucional se refere à falta de conhecimentos multidisciplinares dos magistrados para conceber e executar as políticas públicas necessárias para a superação do ECI. Para De Giorgi, Faria e Campilongo, que se opõem à tese de constitucionalidade da técnica decisória do ECI, sua declaração pelo juiz constitucional não levaria em consideração a carência de estrutura, meios e

32. Tais objeções são levantadas apenas retoricamente por aqueles autores, os quais almejam, de fato, rejeitá-las.

órgãos especializados para resolver os problemas por meio de decisões judiciais³³. A atuação do Juiz-Legislador-Administrador estaria imune a limites e ao controle externo pelos demais poderes. Todavia, a Constituição-Cidadã não outorgou ao STF o papel de Poder moderador do Legislativo e do Executivo. Por mais grave que seja a crise, há que se respeitar o espaço mínimo de atribuições constitucionais de cada poder. Indagam os Professores De Giorgi, Faria e Campilongo: “qual é a competência de uma Suprema Corte para ‘compensar a incompetência’ do sistema político?”. Em seguida, concluem: “Pobre da Corte que tem a pretensão de fabricar poder político sob a fantasia da normatividade jurídica.” Na verdade, a ineficiência estatal na promoção e defesa dos direitos fundamentais não vinculada necessariamente à incapacidade do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, de modo que a atuação direta do Poder Judiciário na concepção e implementação de políticas públicas não implicará necessariamente a melhor gestão da coisa pública, tampouco a superação do ECI.

Por sua vez, a objeção montesquiana diz respeito à preciosa contribuição do Barão de Montesquieu³⁴ na formulação do postulado da separação dos poderes. Para De Giorgi, Faria e Campilongo, trata-se de “mais uma faceta do fenômeno da judicialização da Administração Pública”³⁵. Não pode o Poder Judiciário romper as balizas constitucionais de sua atuação, imiscuindo-se nas funções próprias do Executivo e do Legislativo, ainda que para remediar situações de graves crises de violações massivas de direitos fundamentais em decorrência da inércia estatal generalizada e persistente. A independência e harmonia entre os três poderes da república constituem princípios fundamentais (art. 2º da CF/1988) e inserem-se nas cláusulas pétreas, que não podem sequer figurar como objeto de proposta de emenda à Constituição tendente à sua abolição, conforme art. 60, § 4º, inciso IV, da CF/1988. Streck também acusa a doutrina do ECI de ameaçar conduzir à violação da separação dos poderes por parte do Judiciário³⁶.

33. DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. *Opinião: Estado de coisas inconstitucional*. *Estadão*, São Paulo, 19.09.2015. Disponível em: [<http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>]. Acesso em: 17.07.2016.

34. MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O espírito das leis*. São Paulo: Marins Fontes, 1993. p. 181.

35. DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. *Op. cit.*

36. STRECK, Lenio Luiz. Estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 24.10.2015. Disponível em: [<http://www.conjur.com>].

Nesse sentido, se o Poder Constituinte de Reforma não pode legitimar, por meio de Emenda à Constituição, o ativismo judicial estrutural, muito menos legitimidade goza o Poder Judiciário para decretar o ECI para assumir a titularidade plena das funções executiva e legislativa, esvaziando a força normativa de princípios fundamentais petrificados na Constituição. As possibilidades excepcionais de relativização da independência e harmonia de um poder em relação aos demais, reconhecidas pelo STF, não podem ser alargadas a ponto de violar o núcleo essencial de tais princípios, sob pena de usurpação da vontade popular soberana manifestada pelo Poder Constituinte originário.

A indefinição semântica é outra dura crítica à doutrina do ECI, em razão do elevado grau de vagueza, generalidade e imprecisão conceitual, não se podendo alcançar uma delimitação segura para o seu reconhecimento. Para Streck, “a partir de um juízo político ou moral (ou econômico), o que não é inconstitucional em nosso País? O problema reside nos efeitos colaterais. O risco de uma decisão desse porte.”³⁷ É juridicamente inadequado referir-se à declaração de inconstitucionalidade de “coisas”, ainda que empregando expressões do tipo “estado de” ou “das coisas”, uma vez que não é possível determinar com razoável segurança o que seria um “estado dessas coisas” supostamente contrário à Constituição em meio a inúmeras outras situações inconstitucionais. Admitir tamanha indefinição semântica implicaria a possibilidade de se declarar o ECI da desigualdade social, do sistema econômico, da educação de determinado ente federativo, do sistema único de saúde etc.³⁸ A própria crise financeira enfrentada atualmente pelo Estado do Rio de Janeiro, no tocante ao parcelamento dos salários do funcionalismo público, poderia ser enquadrada como um ECI. Conforme alertam De Giorgi, Faria e Campilongo, o ECI estabelece um grave paradoxo, visto que

invocar o ECI pode causar mais dificuldades à eficácia da Constituição do que se imagina. Basta fazer um exercício lógico, empregando o conceito de ECI a ele mesmo. Se assim estão as “coisas” – e, por isso, a ordem jurídica é ineficaz e

br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo]. Acesso em: 25.03.2016.

37. STRECK, Lenio Luiz. Senso incomum: o que é preciso para (não) se conseguir um *habeas corpus* no Brasil. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 24.09.2015. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incomum-preciso-nao-obter-hc-brasil]. Acesso em: 25.03.2016.

38. STRECK, Lenio Luiz. Estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo, cit.

o acesso à Justiça não se concretiza –, por que não decretar a inconstitucionalidade da Constituição e determinar o fechamento dos tribunais?³⁹

Streck alerta, ainda, para o equívoco de ser construir um conceito de ECI tendo como objeto de controle a realidade empírica, enxergada de forma cindida das normas jurídicas. Para o eminente professor, é significativo o risco de banalização do emprego do ECI pelo Judiciário diante das crises sociais e políticas que se apresentarem:

Tenho receio de um retorno a uma espécie de jusnaturalismo ou uma ontologia (clássica) que permita ao judiciário aceder a uma espécie de “essência” daquilo que é inconstitucional pela sua própria natureza-em-um-país-periférico. Uma espécie de realismo moral.⁴⁰

Outras questões permanecem em aberto nesse processo de conceituação do ECI e delimitação do alcance do ativismo judicial estrutural. Por exemplo, seria possível a declaração do ECI pelo Tribunal de Justiça no âmbito do respectivo Estado-membro ou em um de seus municípios? Seria possível a declaração incidental do ECI em sede de controle difuso de inconstitucionalidade?

Como se verifica, o conceito de ECI carece de melhor definição, a fim de que funcione efetivamente nos casos em que for reconhecido, de modo a não representar uma ameaça aos direitos fundamentais, mas um instrumento de efetivação. Devem ser estabelecidos limites e mecanismos de controle do ativismo judicial estrutural.

Por fim, a última crítica de maior relevância ao ECI é a objeção pragmática. Para os críticos do ativismo judicial estrutural, a análise da jurisprudência da CCC sobre o reconhecimento do ECI evidencia que a experiência colombiana não foi bem-sucedida, não surtindo os efeitos desejados. Uma análise pragmática dos riscos e oportunidades leva à conclusão de que não se justifica a importação do ativismo judicial estrutural praticado na Colômbia. Não houve uma efetiva melhoria das condições do sistema penitenciário colombiano pelo fato de a CCC ter declarado o ECI. Quanto ao problema do deslocamento forçado de pessoas, objeto da *Sentencia* T-025 de 2004, apontado pelos defensores do ECI como um caso

39. DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. *Opinião: Estado de coisas inconstitucional*. Op. cit.

40. STRECK, Lenio Luiz. Estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo, cit.

remediado efetivamente pelo ativismo judicial dialógico, levantamentos recentes da Agência da ONU para Refugiados (ACNUR) indicam que o ECI declarado em 2004 está longe de ser efetivamente superado, ainda que os poderes e órgãos estatais estejam atuando sob a coordenação administrativa do Poder Judiciário. Segundo a ACNUR, a Colômbia, que vive um longo conflito interno entre o governo central e as FARC, possuía em 2014 mais de 6 milhões de refugiados internos. Em 2015, o relatório anual da ACNUR aponta a Colômbia como o país com a maior quantidade de deslocados internos do mundo – 6,9 milhões, superando a Síria – 6,6 milhões de deslocados internos – e o Iraque – 4,4 milhões⁴¹. Dessa forma, os dados recentes da ONU indicam que, passada mais de uma década desde a declaração do ECI pela CCC, o ativismo judicial estrutural dialógico não superou aquela crise, tampouco evitou que a Colômbia ocupasse em 2015 o topo da lista de países com mais vítimas de deslocamento interno forçado no mundo.

Não obstante, Campos, talvez o maior entusiasta brasileiro da aplicação da doutrina do ECI entre nós, reconhece que “a Colômbia ainda possui o maior número de pessoas deslocadas do mundo, haja vista o contexto de violência urbana ainda não ter sido superado pelo Poder Executivo nacional.”⁴² O ilustre autor pondera que, desde a atuação da CCC no caso, apesar do problema não ter sido superado, ao menos a maior parte da população deslocada não está mais sujeita a graves e massivas violações de direitos fundamentais, mas não apresenta dados concretos para fortalecer o argumento. Citando Gravito e Franco, conclui o autor que, a partir da declaração do ECI e do acompanhamento contínuo da CCC, a efetividade da “macro sentença”⁴³ foi assegurada no sentido que o problema do deslocamento forçado passou a ser combatido pelo Poder Público, não sendo mais totalmente ignorado.

Oportuno citar crítica trazida por Streck, que alerta para os riscos de importação para o Brasil da doutrina colombiana do ECI sem que haja sido verificada na prática a sua efetividade como técnica decisória em controle de constitucionalidade:

41. UNHCR: The UN Refugee Agency. *Global Trends Forced Displacement in 2015 Report*. Disponível em: [www.unhcr.org/576408cd7]. Acesso em: 04.11.2016. p. 30.

42. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural, cit.

43. GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: cómo la corte constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia, 2010. p. 14.

[...] ao que se pode depreender da tese do ECI e da decisão do STF, fica-se em face de *uma espécie de substabelecimento auditado pelo Judiciário*. A questão é: por que a Teoria do Direito tem de girar em torno do ativismo? Para além de criar alibis extrajurídicos para que o Judiciário atue de modo extrajurídico, porque não perguntar quais direitos e procedimentos jurídicos e políticos (bem demarcadas uma coisa e outra) a Constituição estabelece? Aparentemente, a solução sempre é buscada pela via judicial, mas fora do direito, *apelando em algum momento para a discricionariedade dos juízes e/ou o seu olhar político e moral sobre a sociedade*. Só que isso, paradoxalmente, fragiliza o direito em sua autonomia. Mais do que isso, a decisão judicial não é escolha, e de nada adianta motivação, diálogo e procedimentalização se forem feitas de modo *ad hoc*.⁴⁴

Em posição moderada, Vieira e Bezerra consideram positiva a jurisprudência da CCC acerca do Estado de Coisas Inconstitucional. Todavia, criticam a forma como o STF aplicou a doutrina do ECI no julgamento da medida liminar na ADPF 347, por considerarem que a Suprema Corte teria adotado uma postura conservadora, proferindo uma decisão liminar de caráter essencialmente monológico e mandatário, ignorando a necessidade de estruturação de uma sentença estrutural com ênfase na supervisão dos atores públicos obrigados⁴⁵. Para os ilustres autores, mesmo em sede de cognição sumária cautelar, o STF deveria ter definido com maior objetividade os mecanismos de acompanhamento e controle das ações determinadas na liminar. Tal indefinição demonstraria uma incorporação incompleta pelo STF do ativismo estrutural dialógico que havia sido praticado pela CCC no caso do deslocamento interno forçado de pessoas na Colômbia. Essa falta de dialeticidade na jurisdição decorrente do reconhecimento do ECI poderia comprometer a efetividade da transformação da situação caótica existente no sistema penitenciário brasileiro.

3. CONCLUSÃO

Foi apresentado no presente artigo um estudo sobre o Estado de Coisas Inconstitucional no direito comparado colombiano, na jurisprudência do STF e na

44. STRECK, Lenio Luiz. Estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo, cit.

45. VIEIRA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. Estado de coisas fora do lugar (?). *JOTA*, Brasília, 05.10.2015. Disponível em: [<http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>]. Acesso em: 25.03.2016.

doutrina brasileira, a fim de se alcançar uma adequada delimitação teórica de seu conceito, pressupostos e efeitos.

A análise da jurisprudência da Corte constitucional da Colômbia permite a identificação de quatro requisitos essenciais para a utilização do ECI como técnica decisória por uma Corte constitucional: (a) situação de grave vulneração de direitos de estatura fundamental de uma grande quantidade de pessoas; (b) evidência de uma prolongada e acentuada omissão das instituições públicas no exercício de suas atribuições que seriam necessárias à proteção e defesa dos direitos fundamentais lesados no caso concreto (a chamada “falha estrutural”); (c) quando a solução para a crise depender da atuação coordenada de um amplo conjunto de autoridades e órgãos do Estado; e (d) risco potencial de sobrecarga de demandas dirigidas ao Poder Judiciário em decorrência da gravíssima situação de crise que caracteriza um ECI, considerada a hipótese de todas as vítimas postularem individualmente a defesa de seus direitos fundamentais lesados.

Apesar do esforço da CCC em superar gravíssimas violações de direitos humanos na Colômbia, a aplicação da doutrina do ECI não foi efetiva na superação dos problemas. Mesmo no caso do deslocamento interno forçado de pessoas naquele País, a Colômbia permanece até os dias atuais como a nação com o maior número de refugiados internos do mundo.

A experiência brasileira revela semelhante ineficácia do emprego da teoria do ECI como técnica decisória no controle concentrado de omissões inconstitucionais. Apesar de o STF ter concedido, em 2015, medida cautelar na ADPF 347, reconhecendo que o sistema penitenciário brasileiro vive um ECI, essa decisão não impediu o agravamento da violação massiva de direitos humanos dos presos. No início de 2017, as rebeliões em diversos presídios do País resultaram em uma carnificina entre facções rivais. O caso mais grave, ocorrido em 1º de janeiro no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, em Manaus, culminou no massacre de 56 presos, superando a tragédia do Carandiru, ocorrida em 1992 em São Paulo.

Para os defensores da teoria do ECI, o ativismo judicial estrutural se apresenta como o último mecanismo de concretização da vontade constitucional em cenários de absoluta incapacidade ou desinteresse do legislador e do administrador público em promover e defender direitos fundamentais em sua dimensão objetiva e na perspectiva do núcleo essencial que assegura o mínimo existencial para a dignidade humana das vítimas no contexto de um ECI. Entretanto, importantes doutrinadores brasileiros também formulam profundas críticas à possibilidade de reconhecimento do ECI pelo STF e do consequente ativismo judicial estrutural.

A petição inicial da ADPF 347 e a obra de Campos apontam duas objeções ao reconhecimento do ECI e ao ativismo judicial estrutural, quais sejam: (a) objeção democrática; e (b) incapacidade institucional. Podem ser elencadas, ainda, a partir da contribuição ao debate por outros doutrinadores brasileiros, as seguintes críticas de maior relevância: (c) objeção montesquiana; (d) indefinição semântica; e (e) objeção pragmática.

Conclui-se que a aplicação do ECI como técnica decisória para controle de omissões inconstitucionais, ante as diversas críticas formuladas pela doutrina brasileira, deve ser objeto de maior aprofundamento teórico, especialmente no diz respeito às balizas firmadas pela Constituição Brasileira que podem inviabilizar a aplicação do ativismo judicial estrutural em nossa República Federativa.

REFERÊNCIAS

- ARIZA, Libardo José. *The economic and social rights of prisoners and constitutional court intervention in the penitentiary system in Colombia*. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia*. New York: Cambridge University Press, 2013.
- BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito constitucional. Tomo I: teoria da Constituição*. 6. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Opinião: Estado de coisas inconstitucional. *JOTA*, São Paulo, 04.05.2015. Disponível em: [<http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>]. Acesso em: 25.03.2016.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 01.09.2015. Disponível em: [<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>]. Acesso em: 12.07.2016.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Devemos temer o “estado de coisas inconstitucional”? *Consultor Jurídico*, São Paulo, 15.10.2015. Disponível em:

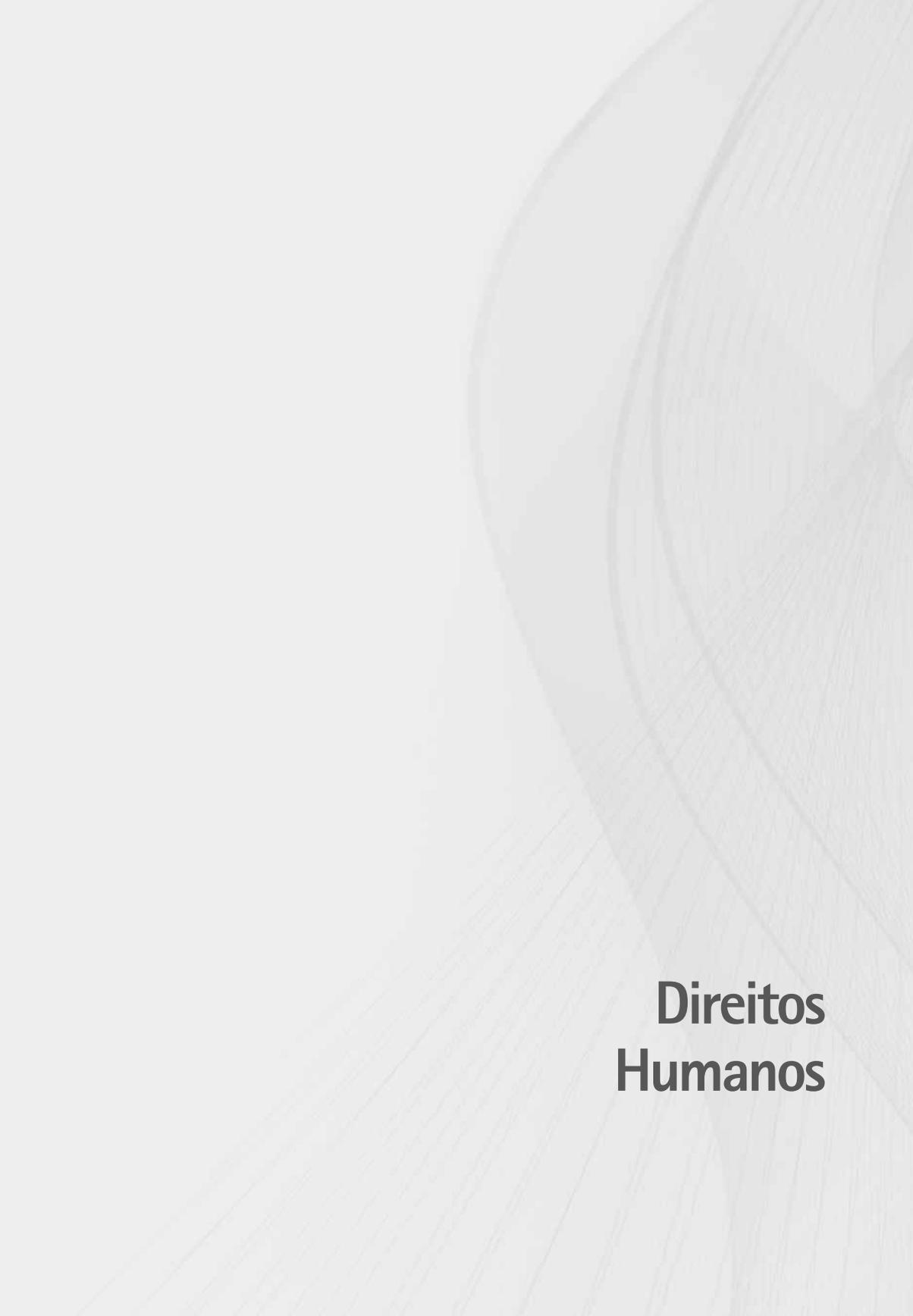
- [www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional]. Acesso em: 25.03.2016.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. O estado de coisas inconstitucional como garantia de direitos fundamentais. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 21, n. 4634, mar. 2016. Disponível em: [<https://jus.com.br/artigos/47193>]. Acesso em: 25.03.2016.
- DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. *Opinião: Estado de coisas inconstitucional*. Estadão, São Paulo, 19.09.2015. Disponível em: [<http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisasinconstitucional,10000000043>]. Acesso em: 17.07.2016.
- HUAROTO, Beatriz Mayling Ramirez. *El “estado de cosas inconstitucional” y sus posibilidades como herramienta para el litigio estratégico de derecho público: una mirada en la jurisprudencia colombiana y peruana*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontificia Universidade Católica do Peru, Lima, 2013.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Segurança pública e justiça criminal*, p. 1. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-abr-04/observatorio-constitucional-seguranca-publica-justica-criminal]. Acesso em: 18.10.2016.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O espírito das leis*. São Paulo: Marins Fontes, 1993.
- RECONDO, Felipe. O impacto da importação pelo STF do estado de coisas inconstitucional. *JOTA*, Brasília, 18.09.2015. Disponível em: [<http://jota.info/o-impacto-da-importacao-pelo-stf-do-estado-de-coisas-inconstitucional>]. Acesso em: 12.10.2016.
- RODRIGUES, José Rodrigo. Estado de coisas surreal. *JOTA*, São Paulo, 25.09.2015. Disponível em: [<http://jota.info/estado-de-coisas-surreal>]. Acesso em: 25.03.2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

- SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. Senso incomum: o que é preciso para (não) se conseguir um *habeas corpus* no Brasil. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 24.09.2015. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incomum-preciso-nao-obter-hc-brasil]. Acesso em: 25.03.2016.
- STRECK, Lenio Luiz. Estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 24.10.2015. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo]. Acesso em: 25.03.2016.
- UNHCR: The UN Refugee Agency. *Global Trends Forced Displacement in 2015 Report*. Disponível em: [http://www.unhcr.org/576408cd7]. Acesso em: 04.11.2016. p. 30.
- VIEIRA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. Estado de coisas fora do lugar (?). *JOTA*, Brasília, 05.10.2015. Disponível em: [http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional]. Acesso em: 25.03.2016.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Estado de coisas inconstitucional diante das inovações da jurisdição constitucional, de Diogo Lopes Cavalcante – *RDCI* 104/37-63 (DTR\2017\6851);
- Ativismo judicial, discricionariedade e controle, de Nagibe de Melo Jorge Neto – *RTNE* 3/131-152 (DTR\2014\2129);
- Estado de coisas inconstitucional: da sedução à implementação, de Leovanir Losso Lisboa – *RDCI* 103/97-120 (DTR\2017\6378); e
- Judicialização, ativismo e efetivação de direitos fundamentais, de Ivete Maria de Oliveira Alves – *RDBras* 2/95-119 (DTR\2012\44621).

The background features a series of overlapping, semi-transparent circles and curved lines in shades of light gray, creating a sense of depth and movement. The lines are thin and densely packed in some areas, while other areas are more open.

Direitos Humanos



O ASPECTO DA MORAL E DA LIBERDADE NOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: ANÁLISE SEGUNDO A FILOSOFIA PRÁTICA EM IMMANUEL KANT

*THE APPEARANCE OF MORAL AND FREEDOM
IN THE RIGHTS OF THE DISABLED PERSON: ANALYSIS
ACCORDING TO PRACTICAL PHILOSOPHY IN IMMANUEL KANT*

THIAGO HENRIQUE BRANDÃO

Especialista em Direito Processual Civil. Mestrando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) – bolsista CAPES. Advogado. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.
thyagobranddao@gmail.com

ÁREAS DO DIREITO: Direitos Humanos; Filosofia

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo referenciar a moral e a liberdade segundo a filosofia de Immanuel Kant, implícitas na Lei 13.146/2015, Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. A importância dessa referência filosófica se dá pelo papel fundamental que o instituto abarca na proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, os quais são inalienáveis e irrenunciáveis e que toda a coletividade, em seu respeito e cumprimento, deve observar. A Lei 13.146, também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) traz, além de uma imposição normativa, um importante instrumento de valorização à liberdade e à moral na relação com o outro.

PALAVRAS-CHAVE: Immanuel Kant – Direitos humanos – Moral – Legalidade – Liberdade.

ABSTRACT: The present work aims to refer to moral and freedom according to the philosophy of Immanuel Kant, implicit in the Law 13,146/2015, which establishes the Brazilian Law of Inclusion of Persons with Disabilities. The importance of this philosophical reference is due to the fundamental role that the Institute includes in the protection of the fundamental rights of the human person, which are inalienable and inalienable, and which the whole community, in its respect and compliance, must observe. Law 13,146, also known as the "Statute of the Person with Disabilities" (EPD) brings, in addition to a normative imposition, an important instrument for valuing freedom and morals in relation to the other.

KEYWORDS: Immanuel Kant – Human rights – Moral – Legality – Freedom.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Dos direitos básicos e naturais do ser humano, segundo Immanuel Kant. 2. Legalidade como dever e moralidade como liberdade. 2.1. Legalidade como dever. 2.2. Moralidade como liberdade. 3. Liberdade externa como manifestação do Estado na aplicação da lei. 4. O Estatuto do Deficiente como ordem moral. 5. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Ter contato com pessoas que possuem algum tipo de deficiência é um fato que não podemos ignorar. Na verdade, melhor dizendo, estar submetido à algum impedimento de longo ou curto prazo de condição física, mental, intelectual ou sensorial é uma vulnerabilidade intrínseca ao homem, desde seu momento fetal até o último momento do seu respiro.

Registros de estudos históricos apontam que desde o início da humanidade pessoas com deficiência recebem tratamentos diferentes decorrentes das transformações sociais e vivenciam comportamentos decorrentes da construção dos direitos humanos, compreendidas, segundo a Prof. Flávia Piovesan¹, em quatro fases históricas, que são: (a) a intolerância às pessoas com deficiência, (b) invisibilidade das pessoas com deficiência, (c) assistencialismo e (d) sujeitos de direitos.

Diante da reflexão de que anomalias, deformações, amputações, doenças graves são antigas e originárias do próprio início da humanidade, a exclusão para esses grupos chamados hoje de *minorias*, associado aos fatores sociais, sempre existiu. Ainda nas palavras da Prof. Flávia Piovesan:

deficiência e pobreza são termos inter-relacionados. As pessoas mais pobres têm uma chance significativa de adquirir uma deficiência ao longo de suas vidas, sendo que a deficiência pode resultar em pobreza, considerando que as pessoas com deficiência sofrem discriminação e marginalização. A deficiência é associada com analfabetismo, nutrição precária, falta de acesso à água potável, baixo grau de imunidade, doenças e condições de trabalho perigosas e insalubres.

A humanidade vem passando por mudanças e adaptações diante das novas necessidades das organizações e (in)dependências humanas. Cabe à sociedade civil, diante da sua função jurídico-política, assumir um importante papel na função de administrar o direito de forma universal.

1. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2009. p. 216-217.

Entre outros fundamentos do Estado Democrático, a dignidade da pessoa humana traz uma conceituação diferente ao deficiente. Não por sua diferença, mas sim por suas condições. O deficiente necessita ser incluído na sociedade que nem sequer, muitas vezes, o percebe. Torna-se fundamental o reconhecimento da diversidade humana e as necessidades específicas dos variados grupos.

O estatuto do deficiente traz, além de uma imposição normativa, um importante instrumento de valorização moral e de liberdade na relação com o outro.

1. DOS DIREITOS BÁSICOS E NATURAIS DO SER HUMANO, SEGUNDO IMMANUEL KANT

Partindo da ideia de Kant, que o homem é aquilo que a educação faz dele, que os costumes ampliam a ação do homem como seres livres, e que as leis da natureza é que regulam a vida, os direitos a igualdade e a liberdade surgem na legislação para equilibrar implicitamente a moral e os direitos das pessoas com deficiência.

Diversos protocolos, tratados, convenções e acordos internacionais foram e são firmados em prol ao respeito e cumprimento dos conjuntos de valores interligados à dignidade da pessoa humana. Trata-se, segundo Immanuel Kant, de direitos básicos e naturais do ser humano, e é com base nesse entendimento que discutiremos os direitos da pessoa com deficiência.

A proteção à liberdade, como instituto de igualdade e deveres aplicados segundo a filosofia de Immanuel Kant em prol do deficiente, deve ser conceituada como racional puro, oriunda da efetivação de escolhas e não deve ser condicionada a relações empíricas.

Segundo Kant, a lei cria uma ordem moral tornando, assim, a consciência como uma liberdade. Respeitar o outro diante da lei, que é sujeito de direitos e reconhecido em sua liberdade, é uma submissão à luta pelo reconhecimento numa relação de desiguais (pessoa e leis).

A Lei 13.146/2015 desdobra a proteção jurídica do deficiente como consequência da proteção dos direitos humanos, instrumento esse que poderá vir a demonstrar uma superação de modelo individualista face a sua relevância social e diante da proteção daqueles, como outros, que estão sobrevivendo à margem dos direitos fundamentais² sociais.

2. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5: “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em

Kant sustenta a ideia de que os seres humanos têm dignidade, a qual os faz estarem acima de qualquer preço ou valor. Esse raciocínio parte da fórmula “age de tal maneira que tomes a humanidade, tanto em tua pessoa, quanto na pessoa de qualquer outro, sempre ao mesmo tempo como fim, nunca meramente como meio”.

A dignidade humana é valor considerado fundamento e fim último da ordem política, reconhecendo que pessoas são portadoras de direitos e créditos, não podendo seu valor individual ser sacrificado em prol de uma ideia de racionalidade humana.

Partindo da teoria da valoração da moral e da ética, construída por Kant no campo filosófico da razão prática a qual o homem é o fim em si mesmo, partimos para uma reflexão nas configurações sobre o dever e sobre a moralidade à luz do estatuto do deficiente. Uma análise limitada aos conceitos fundamentais de moral e liberdade em Kant, usando como discussão a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, vemos que a busca da dignidade não deve ser limitada aos aspectos materiais em que a construção social nos levou, e sim, essa busca, deve abranger também uma inclusão moral e íntima ao respeito e a valoração individual, ou seja, apreciar e atribuir significado à pessoa como indivíduo, cidadão e como próximo como assim são, e como todos somos.

2. LEGALIDADE COMO DEVER E MORALIDADE COMO LIBERDADE

Ao analisarmos legalidade e moral distinguimos também o que é chamado de ação interna e de ação externa, ou seja, uma contraposição entre legalidade e moralidade.

As leis de liberdade chamam-se morais, distinguindo-se das leis da natureza. Já, ao falarmos de ações em conformidade com a lei, estamos falando de legalidade.

Falarmos de legalidade e moralidade é falarmos de contrapontos, pois diante de uma simples concordância em relação à moral e à legalidade levantamos uma ação de dever e, ao mesmo tempo, o dever de um impulso. Ou seja, Kant, segundo o Prof. Paulo Nader³, assim coloca:

certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.

3. NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 36. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 65.

uma conduta se põe de acordo com a Moral, quando tem por motivação, unicamente, o respeito ao dever, o amor ao bem. Quanto ao Direito, este não tem de se preocupar com os motivos que determinam a conduta, senão com os seus aspectos exteriores.

Já em Norberto Bobbio, também citando Kant, as distinções coincidem-se em como é feita entre moralidade e legalidade, e entre interioridade e exterioridade.

2.1. *Legalidade como dever*

No âmbito da conduta humana, importante distinguirmos as ações de legalidade e as ações de moralidade segundo Immanuel Kant.

A ação de legalidade ou dito também como uma ação de dever, é o agir conforme um dever racional. É o “estar” em conformidade com a ação de uma lei, empreendendo ações que sigam os trâmites de uma determinada imposição, as quais a razão aconselha o cumprimento. Não são dever contrários às ações que a razão não aconselha nem proíbe. Como exemplo, pode-se citar o não escovar os dentes, o não pentear os cabelos etc. É uma ação cumprida unicamente em vista de lei.

Agir com dever é atuar em atenção aos trâmites de uma determinada lei. Portanto, dever é a realização de uma ação em respeito à lei civil ou moral, após ter respondido a questão “o que posso saber?”

2.2. *Moralidade como liberdade*

Segundo Kant, a conduta humana é regulada por leis morais.

Conforme o *Dicionário Básico de Filosofia*, em um sentido amplo, moral define-se com um sinônimo de ética de caráter normativo ou prescritivo. Em um sentido mais restrito, moral diz respeito aos costumes, valores e normas de conduta específicos de uma sociedade ou cultura. Já a ética parte de uma ação humana do ponto de vista valorativo e normativo, unindo o sentido abstrato com o mais genérico. A lei moral é representada como um imperativo categórico, necessária, objetiva e universalmente válida. Trata-se da realização de uma ação em respeito à lei, questionando-se “o que devemos fazer?” A moralidade só nos serve, e deve valer para todos, enquanto seres racionais.

Segundo Kant, a conduta humana é regulada por leis morais vinculadas a uma ação feita por dever. Em um fundamento categórico: “Age de tal forma que a norma de tua conduta possa ser tomada como lei”.

São requisitos fundamentais da ação moral:

1. Ação moral apenas para obedecer a lei do dever;
2. Ação que é cumprida apenas pela máxima que a determina;
3. Ação que não é movida por outra inclinação, a não ser pelo respeito de lei.

É uma ação realizada por seu próprio valor, não dependendo da realidade do objeto da ação, mas somente ao seu princípio da vontade: “procede exteriormente de tal modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com o arbítrio dos demais, segundo uma lei universal de liberdade”, o direito repousa na liberdade.

A distinção entre legalidade e moralidade não é a lei em si, mas a maneira pela qual o indivíduo está conforme a lei, no primeiro caso por respeito às virtudes, no segundo, por interesse ao cumprimento do direito.

3. LIBERDADE EXTERNA COMO MANIFESTAÇÃO DO ESTADO NA APLICAÇÃO DA LEI

A liberdade interna é, segundo Immanuel Kant, a faculdade de adequação às leis que a nossa razão dá a nós mesmos. A liberdade externa, diferentemente, é o agir no mundo material, não sendo privado pelas liberdades dos demais seres humanos que, como tais, nesse entendimento, são livres como *eu*, interna e externamente.

No entanto, para Kant, a liberdade poderá ser perdida em favor do Estado, para que este a guarde e a permita em conformidade com as medidas coercitivas, atuando, assim, a legislação não apenas no aspecto da moralidade, mas sim à disciplina do homem frente à sociedade.

Cabe ao direito a garantia à igualdade, seja nas relações entre indivíduos, seja na relação entre indivíduo e Estado, cabendo, para a concretização de uma justiça, a proteção aos fracos dos fortes, aos pobres dos ricos, estabelecendo medidas impeditivas e de respeito às diferenças igualitárias.

A manifestação da liberdade externa é a expressão máxima da própria personalidade do homem e a qual a coercibilidade do Estado, por meio das normas conjuntas, deve garantir, impedindo a violação por parte do outro.

Assim, a liberdade externa deve ser manifestada amplamente em respeito os membros da sociedade para que todos usufruam, em faculdade de agir, não obstaculizando a dignidade do outro.

A liberdade e a igualdade como direitos são “originário a cada homem segundo sua própria humanidade”.

4. O ESTATUTO DO DEFICIENTE COMO ORDEM MORAL

Embates podem trazer com êxito ou não a queda de poder pessoal, ruína de um poder absoluto, a opressão de um poder econômico intenso e outras formas de conflitos, porém, conforme a história da humanidade, fato é que mesmo diante de tais realizações conflitantes uma mudança de caráter moral surgirá apenas com novos preconceitos. Tal entendimento é uma condução aos destituídos de pensamentos amplos e humanitários.

Em um aspecto moral, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência terá uma efetividade quando a pessoa, tida aqui como a população, der verdadeiro ânimo de humanidade ao seu próximo, e o poder legislador, utilizando do seu poder representativo, o entendimento e atendimento real das necessidades exteriorizadas da sociedade. Tal concepção é uma forma idealizada de progresso do gênero humano e uma reivindicação de um futuro melhor.

A Lei que institui o Estatuto do Deficiente consigna a promoção dos direitos de igualdade, cidadania e inclusão social como liberdades fundamentais, cabendo ao Estado, à sociedade e à família assegurar à pessoa com deficiência, a efetivação dos direitos referentes à vida digna e com garantia ao bem-estar pessoal, social e econômico da pessoa com deficiência.

O artigo 4º da Lei 13.146/2015 traz como definição de igualdade o tratamento não discriminatório às oportunidades equiparadas, viabilizando acessos e rompendo barreiras sociais, físicas e morais. A concepção de uma comunidade moral, de acordo com o qual todos os homens “devem ser considerados moralmente iguais”, abarca o afastamento das barreiras morais quanto às condições de caridade, garantindo o exercício e a promoção de direitos humanos com base na moral como liberdade, no dever como liberdade e na igualdade como justiça.

Buscamos no direito o cumprimento de um dever, o respeito a um princípio efetivo e, quando não o temos, vamos ao Estado requerer medidas coercitivas que tal direito se torne para o outro uma obrigação, sob pena de medidas coercitivas. A ação coercitiva é a força do homem julgando outro homem.

Separar a pessoa humana, que é sujeito de direitos, da deficiência que possui é o primeiro passo na valorização do *ser*, pois, dentro de uma concepção moral, “todo homem deve ser considerado moralmente igual”, e como tal, o deficiente tem o direito de exercer seus direitos independentemente de suas limitações, mas apenas observando o ambiente que essa está inserida.

O Estatuto do Deficiente institui um novo paradigma, baseando-se em novos modelos sociais, o qual o ambiente tem influência direta na liberdade da pessoa

com limitação, e não mais em razão de suas características pessoais. Assim, conforme a lei, substitui-se a normalidade biomédica para, sob a ótica de direitos humanos, prevalecer a abordagem biopsicossocial, reconhecendo o deficiente como titular de direitos e dignidade humana inerente, cujo papel do Estado e da sociedade deve se tornar mais efetivo.

5. CONCLUSÃO

O problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, mas sim o dever que nos incumbe o seu cumprimento, quando não respeitado ao menos a condição moral.

Tratar o próximo com respeito é fator congruente com a dignidade humana, sendo um valor supremo de equidade para a difusão de direitos e valores descritos como faculdades morais.

A priori, devemos, a respeito da moral ensinada por Kant, envolver-nos na cooperação com o próximo, auxiliando no desenvolvimento das condições sociais e primando pelas pessoas vistas a partir de seres humanos, independentemente de concepções normativas, valorizando o cidadão como ser livre e igual de vida plena.

Tratar o próximo com a máxima de dever não significa tratar o outro com moralidade, mas sim como condição de legalidade diante de um suposto reconhecimento social. O comportamento moral é intrínseco a uma vontade sem interesses externos, é o praticar apenas por reconhecimento próprio.

Quiçá, o Estatuto da Pessoa com Deficiência deve em seu bojo trazer uma consciência além da legalidade, ou seja, despertar o respeito e as considerações além do mínimo existencial. Proporcionar os meios dignos e necessários para se prover uma vida honrada e frutos saudáveis à conscientização e valorização humana.

O tratamento para com o outro, igualdade aos iguais e desigualdade aos desiguais, fica submetido aos novos paradigmas que o Estatuto da Pessoa com Deficiência consigna, no qual passa a assegurar ao deficiente o direito ao exercício de sua capacidade legal em condição de igualdade às demais pessoas.

O Estatuto traz mudanças diferenciadas necessárias no comportamento social e nas obrigações em que o Estado, sociedade e família são incumbidos a cumprir.

Sob o aspecto da moral e da liberdade Kantiana, fica claro a conscientização que o Estatuto traz sob uma visão de novos paradigmas.

Importante refletirmos que não basta uma lei criar novas normas de condução para o comportamento com o próximo, conduzindo as nossas liberdades, se não despertarmos para uma razão que vai além da legalidade. Razão essa que materialmente se observa, mas que não se conscientiza como comportamento intrínseco à essência humana. O respeito ao próximo.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: Ed. UnB, 1969.
- FARIAS, Cristiano Chaves; SANCHES, Rogério; BATISTA, Ronaldo. *Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da (Coord.). *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MASCARO, Allyson Leandro. *Filosofia do direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 36. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- RALWS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Org. por Erin Kelly. Trad. Cláudia Berliner. Rev. técnica e trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Justiça e Direito.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A incapacidade e a sistemática geral do direito civil sob a égide do novo Estatuto das Pessoas com Deficiência (Lei 13.146/2015), de Hugo Cremonez Sirena – *RDPriv* 70/135-150 (DTR\2016\24174);
- Democracia e minorias: uma leitura crítica sobre a forma de governo no Brasil, de Tatiana Moretz-Sohn Fernandes – *RDCI* 96/15-37 (DTR\2016\22130); e
- A dignidade da pessoa humana como princípio universal, de Célia Rosenthal Zisman – *RDCI* 96/129-152 (DTR\2016\22134).

O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA COMO DIREITO HUMANO E A INCONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR

*THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HOUSING AS HUMAN RIGHTS AND
THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE GUARANTOR'S FAMILY PROPERTY*

CLAUDIA REGINA DE OLIVEIRA MAGALHÃES DA SILVA LOUREIRO

Pós-Doutora em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre e Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora de Direito Internacional, membro do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Universidade de São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional.
crrmloureiro@gmail.com

ÁREAS DO DIREITO: Constitucional; Civil; Direitos Humanos

RESUMO: O artigo discute a inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador à luz dos direitos humanos e da Teoria dos Direitos Fundamentais. Para fundamentar a tese defendida, o trabalho analisa a interpretação da legislação infraconstitucional em consonância com a Constituição e com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, concluindo pela inconstitucionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito humano – Direito fundamental – Moradia – Inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador.

ABSTRACT: The article discusses the unconstitutionality of the pledge of the guarantor's family property in the light of human rights and the Fundamental Rights Theory. In order to base the thesis defended, the paper analyzes the interpretation of the infraconstitutional legislation in consonance with the Constitution and with the International Law of the Human Rights, concluding by the unconstitutionality.

KEYWORDS: Human right – Fundamental right – Housing – Unconstitutionality of the pledge of the property of the guarantor's family.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Repensando o direito civil brasileiro à luz dos direitos fundamentais. 3. Previsão legal do direito fundamental à moradia. 3.1. Tratados Internacionais. 3.2. Constituição Federal de 1988. 4. Direito à moradia. 5. O direito à moradia e a relação entre os direitos fundamentais e os direitos humanos. 6. Fiança locatícia e o bem de família legal do fiador – a relação com o princípio da isonomia e com a função social dos contratos. 7. Considerações finais. 8. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O trabalho analisa a relação entre o Direito Civil e a teoria dos direitos fundamentais a partir do estudo da penhora do bem de família do fiador no contrato de locação e no de fiança.

O objetivo do trabalho é demonstrar a necessidade de releitura dos institutos jurídicos de Direito Civil brasileiro à luz dos direitos fundamentais, bem como a partir de um olhar existencialista e não patrimonialista.

A importância do tema se deve principalmente ao fato de a doutrina e a jurisprudência nacionais ainda estarem pautadas na interpretação patrimonialista e individualista do Direito Civil brasileiro, o que demonstra a necessidade de mudança do paradigma para a consideração do ser humano como centro das preocupações do ordenamento jurídico brasileiro.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento do trabalho foi a análise doutrinária e jurisprudencial.

O trabalho tem início com a explanação a respeito da necessidade de se repensar o Direito Civil brasileiro à luz dos direitos fundamentais, com a consideração do ser humano como centro das preocupações do ordenamento jurídico brasileiro e como um fim em si mesmo.

O estudo propõe, portanto, a mudança de paradigma do Direito Civil brasileiro de patrimonialista para existencialista, a fim de que o ser humano seja considerado um fim em si mesmo e não um instrumento para servir ao caráter patrimonialista do Direito Civil brasileiro.

O trabalho analisa o direito à moradia e sua regulamentação legal internacional e nacional, bem como sua classificação como direito humano fundamental.

O princípio da isonomia também é abordado no trabalho, pois a possibilidade de penhora do bem de família do fiador, sujeito da relação acessória, sem que tal sanção também seja imposta ao devedor da obrigação principal, acarreta um desequilíbrio na relação jurídica, com grave ofensa aos princípios da igualdade e da dignidade humana.

Finalmente, o trabalho analisa a necessidade de se fazer uma interpretação sistemática do Direito Civil brasileiro no que tange ao objeto do estudo, a fim de que a aplicação da lei esteja em consonância com as normas de direitos humanos e de direitos fundamentais previstas no ordenamento jurídico internacional e nacional, levando-se em consideração a supremacia do direito internacional dos direitos humanos sobre o ordenamento jurídico interno.

A conclusão se dá no sentido da inconstitucionalidade da penhora do bem de família legal do fiador por ofensa ao direito à moradia, como direito humano e fundamental.

2. REPENSANDO O DIREITO CIVIL BRASILEIRO À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A impenhorabilidade do bem de família do fiador é um tema relevante em razão da jurisprudência majoritária dos tribunais permitir a penhora do bem de família legal do fiador.

A posição apresentada no trabalho é a da impenhorabilidade do bem de família legal do fiador, devido à prevalência do direito fundamental à moradia, declarado em norma de eficácia plena, direta e imediata, que independe de norma infraconstitucional regulamentadora para gerar efeitos.

O direito à moradia também está previsto nos tratados internacionais de direitos humanos, tendo, portanto, *status* de direito humano fundamental.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, em seu artigo 6º, prevê o direito à moradia entre outros direitos sociais. Há quem entenda que, como direito social, o direito à moradia deve ser classificado como norma programática, que deve ser cumprida pelo estado de forma gradativa, de acordo com a disponibilidade dos recursos necessários. Com todo respeito aos doutrinadores que defendem referida posição, o trabalho defende com veemência e entusiasmo a ideia de que o direito à moradia é um direito social, humano e fundamental que não está sujeito ao princípio da reserva do possível e não é norma programática, pois o Brasil é um Estado Democrático de Direito, Estado Social, que tem o objetivo precípua de promover o bem-estar social dos cidadãos, garantindo-lhes o acesso aos direitos fundamentais.

Por muito tempo a jurisprudência brasileira foi pacífica no sentido de que os direitos sociais eram normas programáticas e, como tal, estavam sujeitas ao princípio da reserva do possível, o que poderia justificar a inobservância do direito fundamental por falta de recursos financeiros. Diante de tal entendimento, o Estado não se preocupou em adotar políticas públicas necessárias para elevar o grau de acesso do cidadão brasileiro aos direitos fundamentais.

No contorno de uma sociedade elitizada que quer garantir a concentração de riqueza nas mãos de poucos, foi editada a Lei 8.245/1991, com o objetivo de atender aos interesses de uma pequena parcela da população brasileira. Assim, era

necessário garantir o direito de o locador receber o que lhe era devido pela exploração de sua propriedade imobiliária, tendo sido criada a garantia da fiança locatícia, obrigação fidejussória, com “efeitos reais”, afirmação que será melhor desenvolvida no decorrer da exposição.

O que se quer demonstrar é que a Lei de Locação foi promulgada na vigência de uma sociedade e de uma cultura marcada pelo Código Civil de 1916, patrimonialista e individualista, que adotava o critério patrimonialista para conferir *status* de sujeito de direito ao cidadão, desconsiderando o ser humano como um fim em si mesmo. Por um longo período, o direito civil brasileiro foi concebido a partir da consideração patrimonialista do sujeito de direitos e deveres.

Por isso, o direito civil brasileiro necessita de uma releitura, pois, o que mais se percebe, é a constante repetição de conceitos e entendimentos que não se coadunam mais com o direito civil contemporâneo. A proposta do trabalho é repensar o direito civil em consonância com os direitos fundamentais, por entender que é o ramo do direito que tem como objetivo principal a regulamentação das pessoas naturais com a importância que o tema merece ter em qualquer sociedade que se diz pertencer a um Estado Democrático de Direito.

Pensar e ensinar o direito civil a partir do ser humano como um fim em si mesmo, demonstrando como se constrói um raciocínio jurídico interdisciplinar, sem a mera repetição de artigos de lei é a necessidade premente do Direito Civil Contemporâneo, que não é uma disciplina enciclopédica, compreendida apenas a partir da interpretação literal da lei (KANT, 2007).

Ao contrário, aprende-se realmente o direito civil a partir da análise do princípio da dignidade humana, considerando-se o ser humano como um fim em si mesmo, independentemente do aspecto patrimonialista.

A visão individualista do Direito Civil brasileiro tem sua origem no Código Civil francês, notadamente marcado pelas ideias da Revolução Francesa que, buscando frear o poder absoluto do soberano, exacerbou os direitos individuais. Entretanto, referido ideal deixou de ser condizente com as demandas modernas da sociedade de inclusão do ser humano na coletividade que deve exercer seus direitos individuais em consonância com os direitos sociais, ou seja, nos limites e no contexto da função social.

O ser humano deve ser considerado sujeito de direitos e deveres em função de sua condição humana e não a partir da consideração patrimonialista, visão que levou à concentração de riqueza, o que é rechaçado pelo Estado Social.

A despatrimonialização do direito civil acarretou a necessidade de interpretá-lo de acordo com a hermenêutica tradicional e constitucional, uma vez que o Direito Civil é muito mais do que patrimônio, é, antes de mais nada, ser humano.

Diante das considerações até então feitas, fica muito difícil, senão impossível, defender a possibilidade de penhora do bem de família legal do fiador, o que precisa ser retirado do ordenamento jurídico brasileiro.

Para que o Brasil efetive o Estado Social de direito, é preciso que, de forma igualitária e universal, haja a oferta de direitos fundamentais aos cidadãos, e o direito à moradia está entre eles.

Reafirmando as posturas até então adotadas e, antes de passar para a segunda parte do artigo, é necessário ressaltar que o ser humano é sujeito de direitos, um fim em si mesmo, não pode ser concebido apenas a partir de seu patrimônio, mas sim a partir do que é inerente à sua condição humana. O direito civil deve passar por uma releitura de seus institutos jurídicos a partir do ser humano como elemento principal e não como instrumento.

Prevalece no Brasil a tese de que o bem de família do fiador é penhorável, mas há julgados isolados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal decidindo pela impenhorabilidade.

Os julgados dos tribunais superiores demonstram a tese majoritária da possibilidade de penhora do bem de família do fiador, mas há julgados em sentido contrário, tais como os seguintes, que serão explicados na sequência: STF, RE 352.940/SP, rel. Min. Carlos Velloso, j. 25.04.2005; Proc. 789.652.0/6, rel. Des. Lino Machado, decisão de 2005 – TJSP; STJ, AgRg no Ag 597.243/GO, rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, 03.02.2005, DJ 07.03.2005, p. 265.

O Recurso Extraordinário com decisão monocrática do Min. Carlos Velloso foi o *leading case* que deu início à discussão no Supremo Tribunal Federal, embora por maioria de votos o plenário tenha julgado a penhora constitucional, o que anuncia a possibilidade de a discussão ser aperfeiçoada (RE 352.940/SP).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu que não pode haver a penhora do bem de família do fiador para fiança prestada em locação não residencial, o que também é uma esperança para a ampla discussão a respeito do tema.

A 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça reformou decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que determinava a penhora de um único bem de família para pagamento de uma dívida fiscal. Embora o caso não seja idêntico ao do

estudado no artigo, demonstra a construção jurisprudencial crescente no sentido de preservar o bem de família legal.

Recentemente, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário 605.709, em 12.06.2018, entendeu que a penhora do bem de família do fiador na locação é inconstitucional.¹

1. RE 605.709 ainda não tinha acórdão publicado até o fechamento do artigo. “Em sessão realizada na terça-feira (12), a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que não é possível penhorar o bem de família do fiador na locação comercial. Por maioria dos votos, os ministros proveram o Recurso Extraordinário (RE) 605.709, no qual o recorrente alegava ser nula a arrematação de sua casa – localizada em Campo Belo (SP) – em leilão ocorrido no ano de 2002. Segundo o recorrente, o imóvel seria impenhorável por ser sua única propriedade, sendo ele o responsável pelo sustento da família. Assim, alegou que, na hipótese, cabe a proteção do direito fundamental e social à moradia. O julgamento teve início em outubro de 2014, quando o Min. Dias Toffoli (relator) – então componente da 1ª Turma – votou pelo desprovimento do RE, entendendo que a penhorabilidade do bem de família é possível tanto na locação residencial como na comercial – na ocasião, o julgamento foi suspenso pelo pedido de vista do Min. Luís Roberto Barroso. Nesta terça-feira (12), ele apresentou voto acompanhando o relator. De acordo com Barroso, o Supremo tem entendimento pacífico sobre a constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador por débitos decorrentes do contrato de locação residencial.

Para o Ministro, a lógica do precedente é válida também para os contratos de locação comercial na medida em que, embora não envolva direito à moradia dos locatários, compreende o seu direito à livre iniciativa que também tem fundamento constitucional. Segundo ele, a possibilidade de penhora do bem de família do fiador que, voluntariamente oferece seu patrimônio como garantia do débito, impulsiona o empreendedorismo ao viabilizar a celebração de contratos de locação empresarial em termos mais favoráveis. No entanto, a ministra Rosa Weber abriu divergência ao acolher o parecer do Ministério Público Federal (MPF), que se manifestou pelo provimento do recurso extraordinário, entendimento seguido pela maioria dos ministros. A Ministra fez considerações no sentido de que não se pode penhorar o bem de família na locação comercial. Do mesmo modo votou o Min. Marco Aurélio, segundo o qual deve haver manifestação de vontade do fiador na locação residencial ou comercial, acrescentando que, quanto à impenhorabilidade, a lei não distingue o tipo de locação. Para ele, não se pode potencializar a livre iniciativa em detrimento de um direito fundamental que é o direito à moradia, tendo em vista que o afastamento da penhora visa a beneficiar a família. Também votou com a divergência o Min. Luiz Fux, no sentido da impenhorabilidade” (1ª Turma afasta penhorabilidade de bem de família do fiador na locação comercial. Notícias STF, 15.12.2018. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=381644].

3. PREVISÃO LEGAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

3.1. *Tratados Internacionais*

O direito à moradia é um direito humano fundamental previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 em seu artigo XXV, 1.²

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), considerado como instrumento central para a proteção do direito à moradia adequada, nos mesmos moldes da Declaração Universal dos Direitos Humanos, refere-se ao direito de todos a um padrão de vida adequado para si e sua família, incluindo alimentação, vestuário e habitação, com a melhoria contínua das condições de vida.³

O Comitê para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais adotou vários comentários gerais sobre o direito à moradia nas disposições do PIDESC, que servem como orientações à interpretação do Pacto.

Em 1978, a Organização das Nações Unidas criou a agência Habitat, responsável por assentamentos humanos a fim de promover as cidades social e ambientalmente sustentáveis, com o objetivo de prover abrigo adequado para todos.

O direito à moradia, portanto, está previsto nos seguintes documentos internacionais: artigo 17 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) e no artigo 11 do PIDESC.

3.2. *Constituição Federal de 1988*

A Constituição Federal regula o direito à moradia em diversos dispositivos⁴ e, especificamente no artigo 6º, prevê o direito à moradia como um direito social.

O artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 declara que todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe

-
2. Artigo XXV,1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”.
 3. Art. 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC).
 4. Constituição Federal, artigo 5ª, *caput*.

saúde e bem-estar, o que inclui alimentação, vestuário e educação, entre outros direitos.

O direito à moradia é um direito natural, inerente à condição humana, que foi constitucionalizado pelo artigo 6º da Constituição de 1988. Além disso, é um direito fundamental imprescindível para que a pessoa tenha uma vida digna, ou seja, com o mínimo necessário, o mínimo ético irredutível.

A Constituição brasileira de 1988 não afastou de sua abrangência os Tratados e Declarações Internacionais sobre direitos humanos, ao não excluir os princípios preconizados pelos documentos internacionais, o que ficou consagrado e conhecido como “bloco de constitucionalidade”. Assim, segundo o artigo 5º, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas internacionais com conteúdo de direitos humanos são normas materialmente constitucionais, o que leva à afirmação de sua eficácia plena e aplicabilidade imediata, por serem normas de direitos fundamentais.

Por isso, o direito à moradia é um direito social que não pode ser afastado pela alegação do princípio da reserva do possível, uma vez que é um direito fundamental, pois reflete o mínimo necessário para que o ser humano viva dignamente; tendo imediata aplicação de acordo com a máxima efetividade da Constituição brasileira de 1988.

A máxima efetividade da Constituição é um princípio da hermenêutica constitucional que Luís Roberto Barroso explica na vertente do neoconstitucionalismo, uma vez que a nova fase do constitucionalismo moderno impõe a concretização dos direitos sociais, da máxima efetividade e do efeito concreto da Constituição, composta por normas que se dividem entre regras e princípios (BARROSO, 1996).

Assim, uma Constituição não será simbólica se for efetivamente concretizada, adquirindo eficácia e influenciando positivamente a existência do cidadão, o que ocorre com mecanismos que possam compelir o Estado a cumprir com o mister de gerar o bem-estar social, o que, no caso do direito à moradia, um direito fundamental, não comporta a alegação da reserva do possível.

4. DIREITO À MORADIA

O conceito de moradia pode ser retirado da Cartilha da Secretaria de Direitos Humanos para moradia:

Refletindo sobre o que é o direito à moradia adequada, podemos afirmar que uma série de condições devem ser atendidas antes que formas particulares de

abrigo possam ser consideradas como moradia adequada. Para que o direito à moradia adequada seja satisfeito, há alguns critérios que devem ser atendidos. Tais critérios são tão importantes quanto a própria disponibilidade de habitação. O Comentário n. 4 do Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais define o que considera uma moradia adequada.⁵

Os critérios que devem ser atendidos para que o direito à moradia seja concretizado dizem respeito à segurança da posse, à disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura, à economicidade, à habitabilidade, à acessibilidade, à localização, e à adequação cultural.

O direito à moradia é um direito social, previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, diploma que também consagra o princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CF/1988) e o princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, CF/1988) (HABERMAS, 2012).

É um direito fundamental, regulado por uma norma autoaplicável e não programática, que visa manter o bem-estar do cidadão e que deve ser ofertado pelo Estado no contexto do mínimo necessário para que o cidadão viva dignamente e não depende de norma infraconstitucional para gerar efeitos.

Não é uma norma programática, que permite que o direito seja consolidado gradativamente, de acordo com os recursos angariados com as políticas públicas implementadas. Por não ser norma programática, não está sujeito à alegação do princípio da reserva do possível, não se admitindo que o estado se furte ao seu cumprimento, alegando falta de recursos.

É um direito social destinado a concretizar o princípio da dignidade humana com previsão constitucional, tendo a característica de norma-princípio, devendo ser cumprida e executada como norma, e não somente como norte de interpretação.

A propósito do tema, esclarecedora é a obra de Robert Alexy, para quem a Constituição é composta de normas, que se dividem em regras e princípios, sendo estas normas que devem ser cumpridas na maior medida possível, como mandados de otimização (ALEXY, 2012).

O direito à moradia é um direito fundamental que visa concretizar a igualdade material, refletindo o direito ao mínimo necessário que deve ser ofertado ao

5. Cartilha da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República sobre “Moradia adequada”, p. 39-40.

cidadão para que ele viva dentro de uma sociedade igualitária e esteja apto a participar da vida em sociedade (RIOS, 2014).

Pode-se afirmar, ainda, que é um direito humano, pois considerado indispensável e essencial à vida humana, bem como por estar previsto nos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos (RAMOS, 2014). Além disso, também é um direito fundamental, pois está positivado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como um direito social, em seu artigo 6º.

Embora não haja uniformidade na utilização das expressões direitos humanos e direitos fundamentais, o trabalho adota a expressão direito humano fundamental para se referir ao direito à moradia, por ser um direito previsto em Tratados Internacionais e na Constituição de 1988, e por haver intrínseca relação entre o direito interno e o internacional dos direitos humanos.

Além de ser um direito humano fundamental, o direito à moradia é um direito da personalidade fundamental, pois visa o desenvolvimento pleno do ser humano como indivíduo apto a exercer a cidadania (CANOTILHO, 1998). John Rawls defende, em sua obra, que todo ser humano deve ter os mesmos direitos básicos para se desenvolver de forma a estar apto a participar da sociedade em igualdade com os demais. O direito à moradia corrobora essa teoria, pois é essencial para o desenvolvimento da personalidade do indivíduo (RAWLS, 2008).

5. O DIREITO À MORADIA E A RELAÇÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS DIREITOS HUMANOS

Como foi explicado anteriormente, o direito à moradia assume dupla acepção, podendo ser considerado um direito humano e um direito fundamental, por isso, o trabalho adotou a expressão direito humano fundamental para se referir ao direito à moradia.

É um direito do homem por ser um direito natural, decorrente de sua condição humana; é um direito humano, por estar previsto nos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos; e é um direito fundamental, pois está previsto na Constituição brasileira de 1988.

Assim, é possível a utilização da expressão direitos humanos fundamentais para o direito à moradia, por ser um direito indispensável para a manutenção da dignidade humana, bem como por ser um direito destinado a fazer com que a pessoa alcance sua autonomia, sua autodeterminação e desenvolva sua personalidade de forma plena.

A adoção da expressão ainda pode ser explicada através da teoria do diálogo das fontes, de Erik Jayme, que afirma que as diversas ordens jurídicas estão em constante relação e diálogo (MARQUES, 2012). No caso, as ordens jurídicas nacional e internacional estão em relação de troca, principalmente pelo fato de a Constituição Federal brasileira de 1988, em seu artigo 5º, § 2º, não afastar outros direitos e princípios oriundos de tratados internacionais de direitos humanos.

Assim, é possível afirmar que os direitos humanos previstos em tratados internacionais também fazem parte do direito interno positivado, pois são normas materialmente constitucionais e, em alguns casos, também são fundamentais. Além disso, os ordenamentos jurídicos interno e o internacional fazem parte da mesma ordem jurídica e, mesmo que fossem distintas, pela teoria do diálogo das fontes, estariam em constante troca.

Logo, para efeito deste artigo, que defende a impenhorabilidade do bem de família legal do fiador, a nomenclatura utilizada, pelas razões expostas, é a dos direitos humanos fundamentais.

Os direitos fundamentais podem ser analisados pela vertente da eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais. A eficácia vertical dos direitos fundamentais refere-se à obrigação de o Estado respeitá-los, bem como de fazer com que os particulares observem os direitos fundamentais. No contexto da eficácia horizontal, exige-se que os particulares respeitem e observem os direitos fundamentais nas relações privadas, o que se aplica, portanto, ao contrato de fiança locatícia para a finalidade de impedir que o bem de família do fiador seja penhorado e que o direito fundamental à moradia seja mitigado (SARLET, 2012).

Além da eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais, ainda é possível se falar em eficácia direta e imediata e indireta e mediata. A eficácia indireta e mediata permitiria a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, caso não houvesse regras específicas no direito privado para a aplicação dos direitos fundamentais. Entretanto, há aplicação direta e imediata do direito fundamental à moradia às relações jurídicas privadas celebradas, pois não há a necessidade de lei infraconstitucional para que gere efeitos, de acordo com o § 1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

No caso do trabalho, verifica-se a aplicação direta e imediata do direito fundamental à moradia ao contrato de locação e ao de fiança, reciprocamente considerados. Desse modo, a aplicação direta e imediata do direito fundamental à moradia aos contratos em apreço, possibilitaria, no contexto *inter partes*, a defesa do fiador ou a declaração de sua inconstitucionalidade, no controle difuso e, no

contexto *erga omnes*, a declaração de sua inconstitucionalidade, no controle concentrado (SARLET, 2012).

Logo, o direito fundamental à moradia é um direito humano fundamental de eficácia vertical e horizontal com aplicação direta e imediata às relações privadas (SARMENTO, 2004).

6. FIANÇA LOCATÍCIA E O BEM DE FAMÍLIA LEGAL DO FIADOR – A RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E COM A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

A penhora do bem de família do fiador fere o princípio da isonomia, pois trata de forma desigual pessoas que estão na mesma situação. Além disso, é uma ofensa aos direitos fundamentais e a sua eficácia horizontal e aplicação direta e imediata.

A fiança é um contrato acessório ao contrato principal de locação, pois visa garantir o cumprimento da obrigação principal. O direito obrigacional estabelece a regra de que o acessório segue a sorte do principal (VENOSA, 2016).

Como contrato acessório, é inaceitável que a obrigação acessória seja mais onerosa do que a obrigação principal, pois, haveria ofensa ao princípio geral de direito de que o acessório segue o principal. Se o devedor principal não pode ter seu bem de família penhorado, o devedor da obrigação acessória também não poderia, sob pena de quebra do princípio geral de direito de que o acessório segue o principal, bem como do princípio da isonomia, previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 18).

A penhora do bem de família do fiador estabelece uma injusta desequiparação entre a obrigação principal e a acessória, onerando demasiadamente esta.

Ainda é preciso ressaltar que a fiança é uma obrigação fidejussória ou pessoal que decorre de uma relação jurídica de direito obrigacional que, entretanto, no caso da penhora do bem de família legal do fiador, acarreta uma consequência equivalente a uma obrigação de direito real, ou seja, uma garantia fidejussória com os efeitos jurídicos de uma garantia real, com a efetiva excussão do bem de família, destinado a prover a moradia do fiador.

Logo, é gritante a discrepância e a falta de equivalência das obrigações principal e acessória, o que reflete ofensa grave ao princípio da isonomia. Definitivamente, uma garantia instituída para privilegiar o proprietário, a parte mais forte da relação jurídica, o que corrobora a afirmação de que o direito civil tem suas bases fundadas no sujeito titular de um patrimônio e não no sujeito como um fim em si mesmo.

Na linha do direito civil dos direitos humanos, busca-se a despatrimonialização do direito privado com a colocação do sujeito como um fim em si mesmo, no centro das relações jurídicas, como elemento principal.

Sobre essa questão, é salutar trazer à tona a teoria dos contratos existenciais, desenvolvida por Antonio Junqueira de Azevedo, que defende a recolocação do ser humano como elemento principal das relações obrigacionais, sem que o objetivo principal seja a obtenção de lucro exacerbado (MARTINS; FERREIRA, 2011, p. 265-308). Seguindo-se a tese dos contratos existenciais, pode-se afirmar que a finalidade patrimonial não pode se sobrepor aos direitos fundamentais.

A Lei 8.009/1990, que institui o bem de família legal destina-se a corroborar o princípio da igualdade, na vertente material e está intrinsecamente ligada à tese dos contratos existenciais, pois visa garantir o mínimo necessário ao indivíduo, para que esteja protegido da indevida excussão do patrimônio que se destina a manter sua moradia e de sua família em sentido amplo.

No cotejo entre os dois diplomas legais, as Leis 8.009/1990 e 8.245/1991, com suas alterações, é necessário estabelecer qual delas deve prevalecer: a que permite a penhora do bem de família legal do fiador ou a que protege o bem de família legal. Pelo critério da técnica da ponderação, na esteira da razoabilidade e da proporcionalidade, um deles deverá se sobrepor. Na tese apresentada neste trabalho, a lei que protege a impenhorabilidade do bem de família é mais condizente com a concretização do princípio da dignidade humana, pois resguarda um direito fundamental, a moradia, que se destina a propagar o princípio da dignidade humana.

Por isso, defende-se, no trabalho, a irradiação dos direitos fundamentais às relações privadas, a fim de evitar desequilíbrios nas relações jurídicas.

A compreensão da tese da impenhorabilidade do bem de família do fiador só pode se dar no âmbito da hermenêutica constitucional, que norteia a solução que implica máxima efetividade e que reflete a força normativa e o efeito integrador da Constituição.

Por isso, afirma-se que a fiança-locatícia, no caso do bem de família do fiador, é uma garantia ultrapassada e inconstitucional, podendo o magistrado, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, declarar sua inconstitucionalidade. Eventual decisão, ao chegar o Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, poderia receber o efeito *erga omnes*, conforme jurisprudência da Corte Suprema. Além disso há a possibilidade de viabilizar ação de descumprimento de preceito fundamental por parte do fiador prejudicado com eventual penhora.

Em entendimento diverso da tese ora apresentada, o princípio da autonomia da vontade aparece como principal justificativa à referida penhora, mas o artigo defende a tese de que o *pacta sunt servanda* não se sobrepõe, nesse caso, de acordo com a razoabilidade a proporcionalidade ao direito fundamental à moradia.

É preciso deixar claro que o objetivo do trabalho não é fazer a apologia ao inadimplemento da obrigação locatícia, que poderá e deverá ser cumprida e executada, pois é totalmente lícito o direito de o locador receber o que lhe é devido. O que se defende é apenas a inconstitucionalidade da penhora do bem de família legal do fiador, pelos fundamentos já expostos.

A propósito, o Enunciado 33 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal estabeleceu que a função social do contrato positivada no artigo 421 do Código Civil brasileiro reduz o alcance da autonomia contratual quando presente a dignidade humana.

Os efeitos do contrato de fiança são observados internamente na relação entre as partes do contrato e, externamente dentro do contexto da socialidade do Código Civil brasileiro. Nesse sentido, uma relação jurídica privada não interessa apenas às partes contratantes, mas também a toda coletividade, que tem interesse na observância da função social dos contratos e no respeito ao princípio da boa-fé objetiva.

Assim, presente a função social dos contratos, o princípio da autonomia da vontade fica mitigado e flexibilizado, o que torna possível a revisão do contrato pelo Poder Judiciário.

É no plano da hermenêutica constitucional que se resolve a aparente dicotomia entre a função social dos contratos e a autonomia da vontade, pelo sopesamento dos princípios dentro dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade. Por isso, a defesa da tese da impenhorabilidade do bem de família precisa ser analisada através do estudo da hermenêutica constitucional, dos princípios que a informam e pela técnica da ponderação (BARROSO, 1996).

Os princípios aplicáveis à interpretação da tese ora defendida são os da isonomia, dignidade humana, autonomia da vontade e função social dos contratos. Nesse contexto, é preciso encontrar a interpretação que explique qual deles deve prevalecer no caso concreto, de modo que não são princípios excludentes, mas que devem conviver harmonicamente segundo a técnica da ponderação, realizada para otimizar e concretizar o princípio da dignidade humana.

Por isso, é preciso esclarecer que não há hierarquia entre os princípios constitucionais, mas, em alguns casos, um deles deve prevalecer e, no caso analisado,

no cotejo entre autonomia da vontade, dignidade humana, função social dos contratos e igualdade, os três últimos prevalecem em relação ao primeiro, de acordo com a razoabilidade e proporcionalidade.

A prevalência de referidos princípios, no caso apresentado no trabalho, tem a finalidade de concretizar o princípio da dignidade humana, o que não vem ocorrendo com a possibilidade de penhora do bem de família do fiador.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A impenhorabilidade do bem de família do fiador é a concretização do direito fundamental à moradia, decorrente do princípio da solidariedade social, função social dos contratos e dos contratos existenciais.

A interpretação do direito civil brasileiro de acordo com os princípios norteadores dos direitos fundamentais deve ser realizada conforme o entendimento de que o ser humano é o fim do ordenamento jurídico brasileiro e não o patrimônio. O princípio e a fonte de tudo é o ser humano, sua condição humana e sua dignidade humana. Relativizar um direito fundamental para se garantir um direito patrimonial, coisifica o ser humano, tornando-o objeto e não sujeito de direito, entendimento que não pode prevalecer, de acordo com a tese dos direitos humanos fundamentais.

Por isso, o trabalho conclui pela inconstitucionalidade dos dispositivos legais que permitem a penhora do bem de família do fiador, obrigação acessória, para se garantir a obrigação principal, despida de referida consequência jurídica, com evidente quebra do princípio da isonomia.

O direito fundamental à moradia deve prevalecer sobre o direito patrimonial, devido à eficácia horizontal e à aplicação direta e imediata do direito fundamental às relações privadas.

Assim, a consideração do indivíduo como um fim em si mesmo importa na inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador.

8. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 23. tir. São Paulo: Saraiva, 2014.

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Direito à moradia adequada. Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013. Disponível em: [www.urbanismo.mppr.mp.br/arquivos/File/DH_moradia_final_internet.pdf]. Acesso em: 10.08.2018.
- CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. *Sobre a Constituição da Europa*. Trad. Denilson Luis Werle, Luiz Repp e Rúrion Melo. São Paulo: UNESP, 2012.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista USP*. Disponível em: [www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67536/70146]. Acesso em: 23.09.2016.
- KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70 [s.d.].
- KANT, Immanuel. *A paz perpétua*. Trad. Artur Morão. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008. Coleção Textos Clássicos de Filosofia.
- MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 20, v. 79, p. 265-308, jul.-set. 2011.
- RAUPP RIOS, Jorge Raupp Rios. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual*. São Paulo: Ed. RT, 2000.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- VENOSA, Silvio. *Direito civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Exclusão do imóvel do fiador da penhora e o direito à moradia: diferenças ontológicas de fiança e caução na Lei 8.245/1991, de Sergio Iglesias Nunes de Souza – *RT* 957/37-84 (DTR\2015\9540); e
- O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia, de Ingo Wolfgang Sarlet – *RDC* 46/193-244 e *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 3/677-735 (DTR\2003\818).



Direito Internacional



A [IN]EFICÁCIA DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE [IN]EFFECTIVENESS OF THE DECISIONS OF THE INTER-AMERICAN COURT ON BRAZILIAN LEGAL ORDINANCE

GIULIANA MAYARA SILVA DE OLIVEIRA

Servidora do TRT da 4ª Região. Pós-graduada em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público FMP. Pós-graduada em Direito Tributário Aplicado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Conhecimento aplicado na área de Direito com ênfase em Direito Público e Direito Material e Processual do Trabalho.
giulianamayara@gmail.com

ÁREAS DO DIREITO: Constitucional; Internacional; Processual; Direitos Humanos

RESUMO: O presente artigo tem o desiderato de analisar a eficácia das decisões internacionais exaradas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro, face a inexistência de lei regulamentadora acerca do procedimento de execução de tais julgados e considerando a crescente submissão do Brasil perante a jurisdição do órgão supremo do sistema interamericano. Serão objeto de análise as possíveis formas de execução e efetivação dos julgados advindos da Corte, utilizando-se para tanto os procedimentos já existentes no sistema jurídico brasileiro, com o objetivo de identificar qual seria mais eficaz, dado o caráter urgente dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Eficácia – Decisão internacional – Sistema Interamericano de Direitos Humanos – Execução.

ABSTRACT: This article has the purpose of analyzing the effectiveness of the international decisions issued by the Inter-American Court of Human Rights in the Brazilian legal system, in view of the lack of a regulatory law regarding the procedure for the execution of such judgments and considering Brazil's growing submissio to the Jurisdiction of the supreme organ of the inter-American system. The possible forms of execution and effectiveness of the judgments of the Court will be analyzed, using the already existing procedures in the Brazilian legal system for the purpose of identifying which would be most effective, given the urgent nature of human rights.

KEYWORDS: Effectiveness – International decision – Inter-American System of Human Rights – Execution.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A eficácia das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. 3. Da [in]existência de meio executório próprio: possibilidade de inconstitucionalidade por omissão ou responsabilização. 4. A eficácia das decisões da corte no direito comparado e estudo de casos. 4.1. Brasil *versus* Direitos humanos. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Com a crescente submissão do Estado brasileiro à Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, conforme estatística fornecida pela própria Corte¹, e diante do cenário internacional de descumprimento das decisões por ela exaradas, é de suma importância analisar a eficácia das sentenças internacionais, buscando identificar o meio mais eficaz para suas execuções, diante da ausência de lei específica no sistema jurídico brasileiro, que regulamente tal cumprimento.

Em atenção ao direito da vítima, já massacrada pela morosidade do sistema recursal brasileiro, que inclusive a levou a submeter a contenda à Corte, e primando evitar que ela fique à deriva da vontade do governante estatal para alcançar o direito já consagrado pela sentença internacional, faz-se necessária a análise das possíveis formas de cumprimento da decisão proferida pela Corte, utilizando analogicamente os institutos já existentes no direito interno.

A celeuma, portanto, instala-se na forma eficaz de execução de tais julgados, considerando a urgência exprimida pelos direitos humanos já violados pelo algoz Estado. Para tanto, é indispensável analisar a natureza das decisões internacionais, se necessária sua homologação ou não, como ocorre com as sentenças estrangeiras através do *exequatur*, e se o rito dos precatórios seria o ideal a ser utilizado, senão, qual a forma atualmente existente seria mais adequada na efetivação das sentenças internacionais e dos direitos humanos.

Na mesma toada, é preciso ponderar a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade do Decreto que aceitou a jurisdição da Corte, uma vez que ainda ausente a previsão do meio executório, enquanto que a Convenção prevê a adoção do mecanismo interno para o cumprimento das decisões prolatadas pela Corte. Não menos importante, será feita breve apreciação do direito comparado, observando as leis existentes em países que também aceitaram a jurisdição da Corte.

1. Foram 99 petições recebidas em 2015, contra 76 recebidas no ano de 2010 e 66 em 2006. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Regulamento de La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/regulamento.cfm]. Acesso em: 10.11.2016.

Por fim, serão analisadas duas condenações brasileiras perante a Corte e as formas adotadas na execução do julgado, sendo que ainda pendente de cumprimento o caso da Guerrilha do Araguaia, que gerará grande discussão doutrinária caso o Brasil venha abster-se de cumprir espontaneamente a decisão, fulcro na decisão do Supremo Tribunal Federal que entendeu recepcionada a Lei de Anistia.

2. A EFICÁCIA DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos tem como desiderato a proteção dos direitos humanos na órbita regionalizada. Para tanto, possui órgãos de controle e fiscalização² das violações por parte dos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos – OEA, sendo que, naqueles que aceitaram a jurisdição da Corte Interamericana, deverão ser observadas as decisões proferidas, sem que isso caracterize violação da soberania estatal.

Quando o Estado-membro é condenado pela Corte por violar determinado direito humano, pode a decisão condenatória determinar tanto obrigação de fazer, como também condenar o Estado ao pagamento de indenização. Consigna-se que inexistem meios coercitivos para obrigar o Estado ao cumprimento da decisão exarada, em que pese as determinações contidas nas sentenças condenatórias da Corte serem condições para a efetividade do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

Pela leitura do artigo 68 da Convenção é possível depreender que ao Estado caberá o cumprimento das decisões prolatadas pela Corte, não havendo, entretanto, previsão expressa da forma como se dará esse cumprimento, permitindo a discussão doutrinária acerca da forma mais correta, atentando para a urgência impressa pelos direitos humanos.

Quando a condenação envolve obrigação de fazer ou não fazer, não existem maiores discussões, pois caberia ao beneficiário se valer da ação constitucional de mandado de segurança, senão poderia ele utilizar o procedimento previsto no artigo 497 do Código de Processo Civil³, para efetivar a decisão internacional.

2. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos é formado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.
3. “Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que

Ademais, sendo a condenação diz respeito a uma obrigação de fazer, a Corte exercerá a função fiscalizadora, requerendo a emissão de informes periódicos pelo Estado-membro, através dos quais terá a percepção do fiel cumprimento das determinações. Destaca-se que o processo não é terminado enquanto não é dado cabal cumprimento das determinações, permitindo a interpretação de que o ilícito apenas chega ao fim com a execução integral do julgado prolatado pela Corte⁴.

A previsão de emissão dos informes está contida no artigo 69 do atual regulamento da Corte, aprovado em seu LXXXV Período Ordinário de Sessões, no ano de 2009, cabendo referir que as vítimas e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos terão disponibilidade no acesso de tais informes, para que possam analisar e remeter observações acerca do fiel cumprimento do julgado⁵.

Convêm apontar que, em havendo descumprimento das determinações feitas pelo Estado, haverá a intervenção de um órgão político, qual seja, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, nos termos do artigo 65 da Convenção, já que em cada período ordinário de sessões é referido o parecer das atividades do ano anterior. A submissão à Assembleia Geral não significa meio coercitivo previsto, nem constitui forma de impelir o Estado a promover o cumprimento das determinações.

Nota-se que o objetivo da exposição perante a Assembleia Geral é tão somente o constrangimento político, que exerce pressão política perante os demais membros da comunidade internacional com os quais o Estado violador exerce atividades econômicas⁶. Essa foi a técnica encontrada para que os Estados-membros cumpram com as obrigações internacionais a que se submeteram, como ato de soberania, já que ausente previsão de execução forçada.

assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”. BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm]. Acesso em: 10.03.2017.

4. ANDRADE, Isabela Piaccentini. A execução das sentenças da Corte Interamericana. *Revista Brasileiro de Direito Internacional*, Curitiba, v. 3, n. 3, jan.-jun. 2006. p. 154.
5. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Regulamento de La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/regulamento.cfm]. Acesso em: 10.11.2016.
6. LEDESMA, Héctor Faúndez. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*. 3. ed. rev. e atual. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004. p. 923.

Em se tratando de sentença condenatória⁷, o artigo 68(2) da Convenção Americana de Direitos Humanos, por sua vez, expressamente prevê a execução do julgado através do processo interno vigente para execução de sentença contra o Estado, não podendo, de forma alguma, ser invocado o direito interno para justificar o inadimplemento. Malgrado a previsão, verifica-se que no ordenamento interno brasileiro inexistente previsão expressa de meio executório próprio para o cumprimento do julgado internacional, sendo relevante referir que o procedimento de execução contra a Fazenda constitui meio moroso face o caráter urgente advindo dos direitos humanos.

Nas palavras de Antônio Trindade Cançado⁸ urge que os Estados promovam a adequação da sua ordem interna para dar fiel cumprimento às decisões proferidas pela Corte Interamericana, à luz do artigo 68(1) da Convenção. A despeito da inexistência de previsão legal, surgem estudos sobre qual seria a melhor forma de execução dos julgados da Corte.

A primeira discussão paira sobre a necessidade de homologação da sentença pelo Superior Tribunal de Justiça. Contudo, entende-se que é desnecessária a homologação de sentença internacional por ser ela distinta das sentenças estrangeiras, prolatadas por outro Estado soberano. As sentenças internacionais não estão previstas no artigo 961 do Código de Processo Civil (que dispõe acerca da homologação de sentenças estrangeiras), eis que proferidas por tribunais internacionais, não vinculados a nenhum Estado soberano, tendo, ao contrário, jurisdição sobre o próprio Estado⁹. Logo, não existe razão para a homologação das sentenças internacionais.

Aparentemente fulminada a discussão, pelas razões expostas, subsiste a dúvida sobre qual procedimento utilizar quando da execução dos julgados condenatórios; qual a norma do direito interno será aplicada para cumprimento da decisão exarada, considerando que não existem normas específicas para a execução dessas demandas.

-
7. Oportuno alertar, face à pertinência, que apenas as decisões condenatórias que fixam indenização podem formar título executivo judicial, nos termos do artigo 68(2) da Convenção.
 8. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999. p. 182.
 9. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. As sentenças proferidas por Tribunal Internacional devem ser homologadas pelo Supremo Tribunal Federal? *Meridiano 47 – Journal of Global Studies*, v. 3, n. 28-29, 2002. p. 22. Disponível em: [<http://periodicos.unb.br/index.php/MED/article/view/4428/3705>]. Acesso em: 11.04.2017.

Cabe lembrar que o Brasil ainda não descumpriu nenhum julgado a que tenha sido condenado, cumprindo espontaneamente a decisão. No entanto, não é compatível com a efetivação dos direitos humanos deixar a cargo da vontade política do Estado o cumprimento ou não das decisões em que for condenado, de modo que é imprescindível definir as premissas da forma de execução dos julgados.

De acordo com Cançado Trindade seria necessária lei interna regulando a forma de execução dos julgados, no entanto, o que se pugna é a primazia de normas mais favoráveis às vítimas, seja ela interna ou internacional, e na falta de uma, a outra deve suprir a omissão:

Não mais há pretensão de primazia de um ou outro, como na polêmica clássica e superada entre monistas e dualistas. No presente domínio de proteção, a primazia é da norma mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. Este e aquele aqui interagem em benefício dos seres protegidos. É a solução expressamente consagrada e diversos tratados de direitos humanos, da maior relevância por suas implicações práticas. Merecedora da maior atenção, tem curiosamente passado quase despercebida na doutrina contemporânea. Concentremo-nos, pois, no que dispõem os tratados de direitos humanos a respeito¹⁰.

Feito o adendo, verifica-se que pela análise perfunctória dos dispositivos legais aplicáveis ao caso, tender-se-ia a afirmar que para execução das sentenças internacionais aplicariam as regras de execução contra a Fazenda Pública, como forma de adaptar o ordenamento interno à previsão do artigo 68(2) da Convenção, considerando as sentenças da Corte como títulos executivos judiciais, na forma prevista no artigo 515 do Código de Processo Civil¹¹.

No entanto, causa estranheza a aplicação de tal artigo, uma vez que não dispõe, entre seus incisos, sobre a previsão de sentença internacional como título executivo. Porém, na lição de Nelson Nery e Rosa Maria Nery¹² as hipóteses enu-

10. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San José: IIDH, 1996.

11. LEITE, Rodrigo de Almeida. As sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a execução no Brasil. *Revista da ESMARN*, Mossoró, v. 8, n. 1, jan.-jun. 2008. p. 455. Disponível em: [www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/34/26]. Acesso em: 20.01.2017.

12. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado (livro eletrônico)*. 2. ed. em e-book baseada na 16. ed. impressa. São Paulo: Ed. RT, 2016.

meradas no artigo 515 não são taxativas, ante a existência de outros títulos executivos judiciais além daqueles expressamente previstos.

Sob essa óptica, consideradas as decisões internacionais como título executivo, seguiriam o rito de execução contra Fazenda Pública. Para Mazzuoli¹³, o pagamento das condenações deveria seguir o rito dos precatórios, sem privilégio algum, tal qual uma sentença nacional proferida de mesma natureza, o que significa dizer que seguirá a ordem cronológica dos precatórios. Segundo o autor, as sentenças internacionais já gozam de eficácia plena e têm aplicação imediata, bastando a observância do sistema interno de execução de sentenças.

Em contraposição, Maria Teresa de Cárcomo¹⁴ defende também a execução das sentenças internacionais pelo rito das execuções contra a Fazenda Pública, porém acredita ser necessária a criação de um procedimento próprio, obviamente, com ordem cronológica própria, sem seguir a ordem dos precatórios, em se tratando de indenização de cunho alimentar.

Insta consignar que válida é a equiparação dos créditos decorrentes de indenizações concedidas pelas sentenças internacionais com os créditos de natureza alimentar, conferindo as prerrogativas previstas no artigo 100 da Constituição Federal, pois do contrário seria evidente o desequilíbrio entre as partes, já que o procedimento de execução contra a Fazenda é demasiadamente moroso, haja vista a concessão de determinados privilégios à Fazenda¹⁵.

Já a hipótese de haver um novo processo interno, agora para executar as determinações da Corte, acabaria por contrariar a aceitação do Brasil à jurisdição da Corte, com infração direta o artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que prevê o apoio pelo Brasil de um tribunal internacional de proteção dos direitos humanos, contrapondo-se ainda ao princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais¹⁶.

13. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. As sentenças proferidas por Tribunal Internacional devem ser homologadas pelo Supremo Tribunal Federal? *Meridiano 47 – Journal of Global Studies*, v. 3, n. 28-29, 2002. p. 22-23. Disponível em: [<http://periodicos.unb.br/index.php/MED/article/view/4428/3705>]. Acesso em: 11.04.2017. p. 23.
14. LOBO, Maria Teresa de Cárcomo. Execução de decisões judiciais de cortes internacionais contra Estados soberanos. *Série Cadernos do CEJ*, v. 23, 2003. Disponível em: [www.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo17.pdf]. Acesso em: 21.10.2016.
15. SALVADOR, Jane. Implementação da sentença da Corte Interamericana no Brasil. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 649.
16. OLIVEIRA, Diogo Pignataro de Oliveira. Aplicação das sentenças de Cortes Internacionais no Brasil: a busca pela efetividade das decisões da Corte Interamericana de Direitos

Então, em defesa da celeridade na execução das sentenças internacionais, Antônio de Maia Pádua sugere que a execução de tais condenações não deveria passar pelo crivo das execuções contra Fazenda, uma vez que a submissão àquele procedimento atentaria contra o caráter impresso nos direitos humanos violados, infringindo ainda com a condenação imposta pela Corte. Para ele, deveria ser criado mecanismo próprio na esfera administrativa, possibilitando o pagamento direto das condenações pelo Poder Executivo, sem que o Poder Judiciário possa imiscui-se no cumprimento das determinações. E ressalta:

É evidente que, mesmo sendo a Corte uma autoridade judicial, suas decisões não estão submetidas ao regime do precatório. Cogitar o contrário, além de ser perda de tempo, contraria a lógica daquele sistema de pagamento que se contrapõe à penhora, mecanismo completamente desconhecido pela jurídica internacional. Não havendo o risco de ser comprometida a racionalidade de seu patrimônio, torna-se inútil o art. 100 da Constituição¹⁷.

Para tanto, seria necessária a criação de órgão executivo próprio e autônomo, com dotação orçamentária exclusiva, além de atribuições administrativas plenas para executar e promover o cumprimento das decisões internacionais. Destaca-se que o Decreto 4.433/2002 criou a Comissão de Tutela dos Direitos Humanos com o intuito de implementar as condenações, contudo, o órgão não tem autonomia, sendo vinculado à Secretaria Especial de Direitos Humanos, tão pouco detém competência para o imediato cumprimento das decisões internacionais¹⁸.

Não obstante ter reconhecido anteriormente pela correta utilização da via executória contra a Fazenda Pública, nos termos do art. 535 do Código de

Humanos. *Revista Constituição e Garantia de Direitos*, Natal, v. 4, n. 2, fev.-ago. 2011. p. 7. Disponível em: [www.ccsa.ufrn.br/ojs/index.php/PPGD/article/download/110/318]. Acesso em: 15.01.2017.

17. PÁDUA, Antônio de Maia e. Supervisão e cumprimento das sentenças interamericanas. *Cuestiones Constitucionales*, México, n. 15, jul.-dez. 2006. p. 185. Disponível em: [www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/15/ard/ard7.pdf]. Acesso em: 01.12.2016.

18. PÁDUA, Antônio de Maia e. Supervisão e cumprimento das sentenças interamericanas. *Cuestiones Constitucionales*, México, n. 15, jul.-dez. 2006. p. 185. Disponível em: [http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/15/ard/ard7.pdf]. Acesso: 01.12.2016.

Processo Civil, André de Carvalho Ramos¹⁹ propagou novo entendimento, afirmando que está superada a forma de pagamento por meio de precatórios ou mesmo por lei específica a partir do momento que o Governo brasileiro passou a prever dotação orçamentária específica para o pagamento das vítimas de violação dos direitos humanos, nos termos de decisões internacionais.

Ademais, equiparando as sentenças internacionais àquelas prolatadas pelos juízes nacionais, deveriam ser elas cumpridas nos limites da proporcionalidade e da razoabilidade, urgindo reforçar que a eficácia do sistema interamericano de direitos humanos depende do êxito das execuções de suas decisões²⁰.

Seria de bom alvitre a concepção de um mecanismo próprio de execução direta dos julgados da Corte Interamericana, que, dispensado de custas, possibilite a execução fácil das decisões internacionais perante os juízes nacionais, concedendo à vítima, já massacrada pela violação dos direitos humanos, prerrogativas como inexigibilidade do *exequatur*, a não previsão de embargos à execução, ou qualquer outro entrave processual, a fim de solucionar de forma célere a decisão emanada pela Corte.

Sheyla Barreto Braga de Queiroz vai mais além, pugnando para que Corte:

[...] se tornasse um órgão permanente (em vez de atuar por meio de reduzidas sessões ordinárias e extraordinárias), com maior aporte orçamentário-financeiro pelos Estados americanos, expansão da estrutura técnico-administrativa, pudesse propiciar o fortalecimento imediato do sistema contencioso de proteção dos direitos humanos previstos na Convenção Americana e em outros tratados de âmbito regional e a contínua evolução jurisprudencial, sem cair no mito iluminista do progresso da humanidade e da possibilidade de resolução de todos os problemas do mundo²¹.

19. RAMOS, André de Carvalho. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai*. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 174-225.
20. LASCALA, Maria Carolina Florentino; FREITAS, Riva Sobrado de. O Brasil e a cooperação jurídica internacional com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, ano 6, n. 18, jan.-mar. 2012. p. 109.
21. QUEIROZ, Sheyla Barreto Braga. A Corte Interamericana e a proteção de direitos humanos. *Prima Facie International Journal*, João Pessoa, v. 4, n. 7, jul.-dez. 2005. p. 73. Disponível em:

Ao depois, a evidente morosidade do sistema de precatório, ainda que reconhecida a juridicidade dos seus propósitos, somada aos entraves burocráticos quando da obtenção do pagamento, tornam vulnerável novamente a vítima, já abatida pela violação do direito em si, constituindo nova transgressão pelo Estado-membro, oportunizando que seja ele outra vez condenado pela não garantia dos direitos humanos conquistados.

Imprescindível, portanto, a adoção de meio para efetivar a sentença exarada pela Corte, haja vista ser ela obrigação de resultado, cabendo ao infrator a escolha dos meios para seu cumprimento²². Desse modo, o estabelecimento de meio próprio além de constitui segurança às vítimas, institui um ideal de justiça, ante a possibilidade de manobras jurídica por si tratar de um campo fértil e dependente da condução pelo governante na época da condenação.

Observa-se que na prática é possível a sanção comercial entre os Estados-membros para obrigar outro coligado a cumprir decisões internacionais, por meio de coação política, com a exposição e o estrangimento do Estado perante seus pares da comunidade internacional, em que pese tais decisões terem caráter obrigatório, mas não executório. Ainda, com o intuito de constranger o Estado-membro que não observou decisão, a Corte Internacional expediu a Resolução 29/2005, segundo a qual será cessado o envio das solicitações de informação ao desobediente, continuando ele a ser incluído anualmente no Informe da Assembleia Geral, enquanto não cumprida a determinação²³.

É fato notório, portanto, que o Brasil não adotou legislação específica, denominada *enabling legislation*, consubstanciando modo de cumprimento das sentenças internacionais, como o fez a Colômbia e o Peru. De outro modo, verifica-se que já houve tentativa de criação de lei que previsse a forma de execução das sentenças internacionais, no entanto, um dos projetos foi arquivado e o outro ainda está tramitando, desde 2004, permanecendo a omissão legislativa no sistema jurídico brasileiro.

A calhar, então, a análise se a omissão legislativa seria caso de declaração de inconstitucionalidade ou de responsabilidade do Estado-membro, sem que isso caracterize *bis in idem*.

[<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/4559/3430>]. Acesso em: 16.01.2017.

22. RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 296.

23. ANDRADE, Isabela Piaccentini. A execução das sentenças da Corte Interamericana. *Revista Brasileiro de Direito Internacional*, Curitiba, v. 3, n. 3, jan.-jun. 2006. p. 156-157.

3. DA [IN]EXISTÊNCIA DE MEIO EXECUTÓRIO PRÓPRIO: POSSIBILIDADE DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO OU RESPONSABILIZAÇÃO

Os fundamentos anteriormente exarados permitem concluir pela inexistência de lei que regulamente a forma de execução dos julgados da Corte Interamericana no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que seria necessária a utilização de interpretação analógica para o cumprimento das decisões que eventualmente o Governo brasileiro deixe de cumprir espontaneamente. Não obstante, cumpre referir que o Brasil, quando condenado no caso *Damião Lopes*²⁴, prontificou-se a cumprir as determinações nos prazos previstos, sem que houvesse embates. A exaltação jurídica paira no que tange ao cumprimento de eventual execução do julgado referente ao Caso da Guerrilha do Araguaia, uma vez que dissonante ao julgamento proferido pela STF quando da ADPF 153.

Num primeiro momento, urge analisar se a omissão legislativa de não ter instituído os parâmetros para execução dos julgados da Corte constitui motivo para a declaração de inconstitucionalidade por omissão.

A ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, prevista no art. 103, § 2º, da Constituição Federal, foi criada com o intuito de controlar, em tese e em abstrato, a eficácia da norma constitucional, com o fim de dar ciência ao Poder competente da omissão para que ele possa adotar as providências necessárias²⁵. Há que se ponderar que não existe previsão de sanção pelo descumprimento da ordem judicial, no entanto, a decisão será significativa para a responsabilização do agente público que, notificado da decisão, não proceder de modo a tornar eficazes os dispositivos constitucionais²⁶.

De cunho normativo, a declaração de inconstitucionalidade por omissão engloba atos gerais, abstratos e obrigatórios advindo de quaisquer dos três poderes. Inclusive o STF já entendeu que se a norma não tiver sido regulamentada, será tida como revogada e a ação constitucional deverá ser extinta por perda de objeto. Ora, pela análise do julgamento em comento, é possível retirar a conclusão de que a não regulamentação da forma de execução dos julgados provenientes da

24. O caso *Damião Ximenes Lopes* foi emblemático, pois configurou a primeira condenação do Estado brasileiro na Corte Interamericana.

25. MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 115.

26. TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 52.

Corte Interamericana de Direitos Humanos acabaria por tornar revogada a aceitação da jurisdição da Corte através do Decreto Legislativo 89 de 1998, e consequentemente não seriam garantidos os direitos fundamentais alcançados pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Mas como ficaria a proibição ao retrocesso, no que tange aos direitos fundamentais?

Ademais, considerando a disposição do artigo 2º da Convenção Americana, segundo o qual o direito interno deverá adotar disposições legislativas ou de outra natureza que sejam necessários para tornar efetivos os direitos e liberdades previstos no artigo 1º, nota-se que o Brasil quedou silente quanto ao cumprimento de tal determinação, o que ensejaria a declaração de inconstitucionalidade por omissão.

Todavia, cabe abordar que foram desenvolvidos alguns projetos de lei com o objetivo de regular a forma de execução dos julgados da Corte Interamericana, o que descaracterizaria a omissão legislativa.

O primeiro deles foi o Projeto de Lei 3.214, proposto em junho de 2000, pretendendo estabelecer os efeitos jurídicos das Decisões da Corte Interamericana de Direito Humanos, nos termos de sua ementa²⁷. É verdade que os quatro artigos iniciais previstos no projeto não seriam suficientes para estabelecer, sem ressalvas, a eficácia das decisões da Corte no sistema jurídico brasileiro. Entre suas previsões estava a de utilização da via da execução direta contra a Fazenda Pública da Federal, ressaltando a natureza alimentícia dos créditos devidos à vítima. No entanto, permaneceriam inatingíveis as discussões referidas, eis que não fixaria a natureza da sentença internacional quando da internalização no sistema jurídico brasileiro.

Posteriormente, sobreveio nova tentativa em regulamentar a forma de execução das sentenças internacionais com o advento do Projeto de Lei 4.667, proposto em dezembro de 2004²⁸. Cuida o projeto de regulamentar os efeitos jurídicos

27. BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 3.214/2000. *Dispõe sobre os efeitos jurídicos das decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos e dá outras providências*. Brasília, DF, 16.06.2000. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19288]. Acesso em: 01.12.2016.

28. BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 4.667/2004. *Dispõe sobre os efeitos jurídicos das decisões dos Organismos Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos e dá outras providências*. Brasília, DF, 15.12.2004. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=273650]. Acesso em: 22.01.2017.

das decisões dos Organismos Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos, não especificamente das sentenças provenientes do Sistema Interamericano, contudo, retomando a iniciativa dada pelo Projeto de Lei 3.214. Em consulta ao andamento da proposição, embora tenha sido aprovado pela Câmara de Deputados, foi arquivada pelo Senado Federal em razão do final da legislatura, constituindo tentativa fracassada de regulamentação da omissão legislativa.

A inexistência de sistemática de execução específica das sentenças da Corte, no entanto, não impede que seja ela executada por outros meios, uma vez que se trata de uma obrigação de resultados, nas palavras de André Carvalho²⁹, utilizando-se para tanto os métodos de interpretação analógica existentes. Inclusive, o artigo 68(2) da Convenção Americana de Direitos Humanos determina que as indenizações poderão ser executadas no país respectivo de acordo com o processo interno vigente, de modo que seria demasiadamente desnecessária a ação constitucional.

É preciso obter-se que mais sensata é a responsabilização do Estado-membro que não promoveu solução adequada para a omissão apontada, sem que isso caracterize *bis in idem*. Isso porque a negativa estatal de cumprimento de sentença internacional emanada pela Corte, sob a alegação de que não dispõe de meio próprio para executar tal julgado, configuraria violação à Convenção, gerando nova responsabilização internacional, agora pela omissão legislativa. O próprio artigo 7º dos atos de Disposições Transitórias Constitucionais prevê a subordinação jurídica brasileira a um tribunal internacional de direitos humanos. Logo, a negativa no cumprimento é causa para nova responsabilização³⁰.

Inclusive, sempre que violada uma norma internacional automaticamente nasce o dever de responsabilização pelo Estado e conjuntamente o dever de reparação, haja vista que “a reparação internacional provém de uma responsabilização igualmente internacional do Estado”³¹. Reforça o entendimento exarado a previsão contida no artigo 68(1) da Convenção, ao prever a obriga-

29. RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 296.

30. TAVARES, Aderruan Rodrigues. *A soberania e o direito internacional: análise do caso da Guerrilha do Araguaia e da ADPF 153*. Disponível em: [www.cedin.com.br/revistaelettronica/volume10/arquivos_pdf/sumario/Artigo%20-%20Aderruan%20Rodrigues%20Tavares.pdf]. Acesso em: 29.12.2016.

31. RAMÍREZ, Sergio Garcia. La jurisprudência de la Corte Interamericana de Derechos Humanos em materia de reparaciones. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*:

toriedade e o comprometimento do Estado-parte em efetivar as sentenças da Corte, de modo que a violação do dispositivo, por si só, enseja a responsabilização do Estado.

Dessa forma, ainda que inviável a interferência na soberania estatal e seja ineficaz a pressão política impressa pela submissão do relatório na Assembleia Geral, ainda seria viável a possibilidade de responsabilização internacional pelo não cumprimento, sem que isso caracterize *bis in idem*³².

André Ramos³³ sugere que os tratados de direitos humanos não fazem referência ao elemento culpa para caracterizar a responsabilidade internacional do Estado, assinalando o predomínio da teoria objetiva da responsabilidade internacional. E mais:

na ausência de cumprimento da sentença '*sponte própria*', cabe aos interessados e ao Ministério Público Federal (fundado no art. 109, inciso III, da Constituição) exigir o cumprimento das obrigações e responsabilizar, inclusive por improbidade, as autoridades morosas³⁴.

Feito o adendo, torna-se relevante reprimir que sempre haverá a possibilidade de o Estado cumprir ou não cumprir as decisões internacionais e que a inexistência de mecanismo de execução da sentença de Corte Internacional não é razão para o descumprimento da decisão prolatada. Ao contrário, a consequência da ausência de previsão legislativa reguladora é a submissão da vítima a nova violação de direito humano, ficando ela à mercê da vontade do Estado violador.

Em que pese o cumprimento espontâneo pelo Brasil quando condenado no Caso Damião Lopes, a celeuma jurídica encontra-se quando questionado como ocorrerá o cumprimento no Caso da Guerrilha do Araguaia, uma vez que o STF, órgão Judiciário Supremo, quando do julgamento da ADPF 153/DF, entendeu pela não ocorrência de violação aos direitos humanos, enquanto que o órgão

um cuarto siglo, 1979-2004. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005. p. 12.

32. Idem.

33. RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis*. Teoria e prática do direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 92.

34. RAMOS, André de Carvalho. Reflexões sobre as vitórias de caso Damião Ximenes. *Revista Consultor Jurídico*, 08.09.2006. Disponível em: [www.conjur.com.br/2006-set-08/reflexoes_vitorias_damiao_ximenes?pagina=1]. Acesso em: 24.11.2016.

internacional foi enfático ao declarar o Estado brasileiro violador da Convenção Americana de Direitos Humanos quando da aplicação da Lei da Anistia.

4. A EFICÁCIA DAS DECISÕES DA CORTE NO DIREITO COMPARADO E ESTUDO DE CASOS

É importante tecer breves comentários acerca da forma de execução das sentenças no direito comparado, haja vista a existência de mecanismos eficientes de execução das decisões, abordando ainda os casos de países, assim como o Brasil, que não providenciaram qualquer mudança legislativa para imprimir efetiva execução dos julgados da Corte.

Entre os omissos, destaca-se o caso *James e outros*, no qual o Estado de Trinidad e Tobago negou-se a cumprir as medidas provisórias emanadas da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no sentido de preservar a vida de cinco pessoas condenadas à morte, evitando a sua morte até que o órgão internacional pudesse analisar o caso de cada um dos cinco. Não restou alternativa senão a submissão do caso à Corte³⁵. Após audiência pública sem o comparecimento do Estado-parte e diante da afirmativa do membro de que não mais trataria do assunto internacionalmente, a Corte achou por bem informar à Assembleia Geral do descumprimento pelo, no entanto, nenhuma atitude foi tomada pelo órgão político da OEA.

Cita-se, ainda como exemplo de descumprimento, o caso *Baena Ricardo e outros*, no qual o Estado do Panamá foi submetido à Corte, afirmando que a supervisão do cumprimento de sentença era uma etapa *post adjudicativa* e não estava encartada na esfera judicial de competência da Corte, mas pertencente à esfera política, razão pela qual não estariam previstas normas reguladoras da jurisdição e do procedimento dos tribunais internacionais. A Corte, todavia, decidiu que a ela cabe supervisionar seus julgados em todos os casos sentenciados, não cabendo ao Estado-parte alegar norma de direito interno, ou a omissão delas, para negar cumprir a decisão exarada. Ao contrário, caberá ao Estado assegurar o cumprimento de acordo com as previsões do seu direito interno, seja no que toca ao direito material, seja no que diz respeito ao direito processual³⁶.

35. LEDESMA, Héctor Faúndez. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*. 3. ed. rev. e atual. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004. p. 911.

36. *Ibidem*, p. 920-922.

Merece destaque também o caso *Loayza Tamayo*, no qual o Peru foi condenado a pôr em liberdade a senhora María Elena Loayza Tamayo, tendo cumprido esta parte do julgado, mas afirmando que as sentenças proferidas pela Corte são inexecutáveis, reservando-lhe o direito de revisá-las, conforme decisão proveniente da sua Corte Suprema, eis que a Convenção estaria subordinada à Constituição do Peru. O país, outra vez, foi condenado pela Corte no caso *Castillo Petruzzi e outros*, quando voltou a afirmar seu direito de revisar as decisões internacionais emanadas da Corte Internacional e a superioridade da Constituição do país³⁷.

As recorrentes condenações e descumprimento fizeram com que o Estado peruano desenvolvesse uma norma de adequação da execução das decisões internacionais. Sobreveio a Lei 27.775³⁸, de junho de 2002, que previu a execução das sentenças oriundas de Tribunais Supranacionais, reconhecendo seu caráter vinculante, definitivo e obrigatório, incumbindo ao Judiciário peruano o papel principal nas execuções de natureza indenizatória, eliminando, com isso, discussões judiciais sobre o papel do próprio Judiciário no cumprimento de tais obrigações, além de eliminar o obstáculo prático em caso de mudança legislativa que dependa de intervenção jurisdicional.

Portanto, nesse sistema, ao Judiciário incumbe viabilizar o pagamento das condenações e zelar pela execução das medidas provisórias. Quando se tratar de obrigação de fazer, caberá aos Poderes Legislativo e Executivo a atuação para cumprimento da decisão. Destaca-se ainda da lei peruana a possibilidade de ação de regresso pelo Estado em desfavor do agente que ocasionou a responsabilidade internacional³⁹.

Por sua vez, a Colômbia também criou mecanismo interno de cumprimento das decisões internacionais, objetivando efetivar o pagamento das indenizações compensatórias às vítimas de violação de Direitos Humanos. A Lei 288 de 1996

37. Idem.

38. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999. p. 183.

39. KRSTICEVIC, Viviana. Reflexiones sobre la ejecución de las decisiones del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*. San José: CEJIL – Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, 2007. p. 76-77.

previu a competência do governo nacional para o pagamento das indenizações declaradas por decisão do Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direito Civil e Político e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, após prévio trâmite previsto em lei⁴⁰, muito embora a competência para a fixação de eventual condenação é a Corte Interamericana, não a Comissão.

A lei colombiana instituiu um Comitê que seria encarregado de determinar o cumprimento das decisões emanadas pelos órgãos internacionais supracitados, cabendo a ele estabelecer o *quantum* do dever de indenizar, emitindo ainda um parecer favorável ou não ao cumprimento da determinação internacional, ao analisar os pressupostos reunidos. Em sendo favorável o parecer, ou seja, quando presentes os pressupostos de execução, iniciar-se-á o processo executivo através de um procedimento de conciliação, que, se fracassar, permite recurso ao Tribunal Contencioso, estando ainda prevista a possibilidade de utilização da via arbitral.

Apesar de louvável a Lei 288, que logra efetivar as decisões internacionais, é possível apontar questões omissas, como a previsão para garantir o cumprimento de medidas de proteção, e questão controversa, como é o caso do longo trâmite interno da execução das decisões internacionais, eis que poderia o Comitê limitar-se apenas à análise formal da decisão internacional, recebendo e executando o julgado, sem haver a hipótese de recusa.

Ao seu turno, a Argentina, assim como o Brasil, não tem lei específica prevenindo a forma de execução das decisões provenientes da Corte Interamericana, tendo desenvolvido projetos com o intuito de regular, mas sem sucesso até o momento. Foram várias proposições: uma, semelhante à lei colombiana, prevê a criação de um Comitê de Ministros para estudar as decisões da Comissão Interamericana; outras, sugeriram a intervenção do Poder Judiciário para efetivação do pagamento das indenizações pecuniárias, após uma etapa conciliatória⁴¹.

Um distinto projeto, semelhante ao peruano, dispunha sobre a designação de árbitro para estabelecer o *quantum* indenizatório. Duas outras propostas previam prazo para execução da sentença, de modo que, transcorrido o prazo sem o efetivo cumprimento, seria possível ao Governo Nacional a adoção de medidas

40. Idem.

41. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999. p. 183-184.

administrativas, judiciais ou políticas para forçar o cumprimento, estabelecendo a competência da justiça local para a execução⁴².

Muito embora seja significativo o esforço em sanar a omissão, todos os projetos de lei argentinos dispõem tão somente acerca da reparação pecuniária, ignorando as condenações em obrigação de fazer que podem advir com a sentença internacional.

Não menos importante, é imprescindível abordar, ainda que brevemente, a forma de cumprimento no Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos. Distinto do sistema interamericano, no qual a própria Corte exerce a função de fiscalizar o cumprimento de suas decisões, o sistema europeu dispõe de um Comitê de Ministros, cuja função precípua é de velar para execução dos julgados sobrevindos da Corte, prevendo claramente sobre o procedimento de execução das decisões e quais os critérios que deverão ser observados. Destaca-se, ainda, que as alterações introduzidas pelo Protocolo n. 11 apenas extinguiram a função do Comitê de decidir casos de violação à Convenção quando os relatórios haviam sido submetidos pela Comissão⁴³.

A forma de constituição política do Comitê ganhou severas críticas por Antônio Cançado⁴⁴, para quem não seria adequado o respaldo político para zelar pela execução dos direitos humanos, sendo a via judicial a forma mais evoluída de proteção dos direitos humanos. Para o autor, é necessário que os Estados se equipem internamente, a contento, com produção legislativa eficaz, a fim de dar fiel cumprimento às sentenças da Corte.

Atentando-se aos casos descritos no direito comparado, vislumbra-se a importância de regulamentação da forma de execução das decisões internacionais no sistema jurídico brasileiro, em que pese o Brasil ter cumprido espontaneamente a sentença da Corte, quando condenado. O embate dar-se-á, enquanto não sobrevier lei regulamentadora, quando do cumprimento de decisões em que a Corte Suprema brasileira não reconheceu a violação a direitos humanos, mas a

42. KRSTICEVIC, Viviana. Reflexiones sobre la ejecución de las decisiones del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos. *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*. San José: CEJIL – Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, 2007. p. 79-80.

43. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O Sistema Regional Europeu de proteção dos direitos humanos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 105, n. 406, nov.-dez. 2009. p. 330-331.

44. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito...*, cit., p. 182.

Corte Interamericana, por sua vez, decidiu como violados tais direitos, como é o caso da Guerrilha do Araguaia.

4.1. *Brasil versus Direitos humanos*

Há dois casos de submissão do Brasil à Corte Interamericana por violação a direitos humanos que merecem destaque. São os casos Caso Damião Lopes e o Caso da Guerrilha do Araguaia.

O primeiro, em breve síntese, corresponde ao primeiro caso brasileiro a ser julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Damião Ximenes Lopes foi internado numa clínica psiquiátrica vinculada ao Sistema Único de Saúde (SUS), no Estado do Ceará, local onde sofreu graves violações no que toca aos direitos humanos, como demonstra o relato que segue:

Damião foi sujeito à contenção física, amarrado com as mãos para trás e a necropsia revelou que seu corpo sofreu diversos golpes, apresentando escoriações localizadas na região nasal, ombro direito, parte anterior dos joelhos e do pé esquerdo, equimoses localizadas na região do olho esquerdo, ombro homolateral e punho. No dia de sua morte, o médico da Casa de Repouso, sem fazer exames físicos em Damião, receitou-lhe alguns remédios e, em seguida, se retirou do hospital, que ficou sem nenhum médico. Duas horas depois, Damião morreu⁴⁵.

Após o falecimento de Damião, em virtude das péssimas condições de cuidado ao qual estava submetido na clínica, sua família ingressou com ação civil indenizatória contra o proprietário da clínica, tendo havido ação também na esfera criminal. Em razão do longo decurso de tempo sem que houvesse decisão definitiva sobre o caso, foi promovida a representação do Brasil perante a Comissão Interamericana, que emitiu informe conclusivo pelo não cumprimento do Estado brasileiro das recomendações.

Diante da omissão, a Comissão submeteu o caso à Corte, momento em que, pela primeira vez, houve manifestação do Brasil, pugnando pela extinção do processo sem julgamento de mérito, eis que não restou cumprido o requisito do

45. RAMOS, André de Carvalho. Reflexões sobre as vitórias de caso Damião Ximenes. *Revista Consultor Jurídico*, 08.09.2006. Disponível em: [www.conjur.com.br/2006-set-08/reflexoes_vitorias_damiao_ximenes?pagina=1]. Acesso em: 24.11.2016.

esgotamento da via recursal interna. Não obstante a irresignação, o Estado brasileiro foi considerado responsável pela violação ao direito à integridade, à vida, à proteção judicial e às garantias judiciais consagradas no art. 5, 4, 25 e 8 da Convenção Americana⁴⁶.

Entre as recomendações, foi determinado que o Brasil realizasse uma investigação completa e efetiva sobre os fatos relacionados à morte de Damião Ximenes, além de fixar indenizações aos seus familiares pelos danos causados. Ainda a título de reparação, foi determinada a promoção de programas de formação e capacitação para profissionais de saúde, em especial para aqueles que atuam em clínicas psiquiátricas⁴⁷.

O cumprimento da sentença internacional no caso Damião, em virtude da ausência de mecanismos internos, foi espontâneo, através da publicação do Decreto 6.185/2007, que autorizou a Secretaria Especial dos Direitos humanos da Presidência da República a promover as gestões necessárias ao cumprimento do julgado. No caso, os familiares de Damião não tiveram que se submeter a novo processo interno de execução, felizmente, a propósito.

O segundo caso de relevância, que inclusive é o cerne da celeuma, diz respeito à Guerrilha do Araguaia. O fato refere-se à morte presumida de pessoas nas operações do Araguaia no período de 1972-1975. Inconformada com o desaparecimento do filho guerrilheiro Guilherme Lund, a genitora Júlia Gomes Lund ingressou com ação judicial nos anos 80, a fim de obter dados sobre o desaparecimento e morte do filho e demais guerrilheiros, bem como localizar a destinação final dos corpos.

A falta de informação acerca da verdade dos fatos era acobertada pela Lei 6.683/1979, a chamada Lei de Anistia, a qual obstava as investigações criminais, impedindo acesso aos arquivos e documentos da época. Quando recebida a denúncia acusando o Estado brasileiro de detenção arbitrária, tortura e desaparecimento dos membros do PCdoB e camponeses da região do Araguaia, a Comissão

46. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Demanda em el Caso Damião Lopes (Caso 12.237) contra la República Federativa del Brasil*. 2004. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf]. Acesso em: 16.06.2016. p. 587.

47. ROSATO, Cassia Maria; CORREIA, Ludmila Cerqueira. Caso Damião Ximenes Lopes: mudanças e desafios após a primeira condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. *SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 8, n. 15, dez. 2011. p. 99-101.

Interamericana levou 13 anos para recomendar que o Brasil apurasse os fatos e identificasse os responsáveis pelos desaparecimentos⁴⁸.

Muito embora recomendado, o Brasil apenas adotou medidas para amenizar os fatos publicando a Lei 9.140/1995, que dispõe sobre o pagamento de indenização aos familiares dos falecidos.

Mas não foi o suficiente. O Brasil novamente foi submetido à Corte, tendo arguido na sua defesa a irretroatividade de sua submissão à jurisdição da Corte Interamericana. De forma sensata, o órgão supremo do sistema interamericano afastou a preliminar brasileira, afirmando que não estava julgando os crimes ocorridos na época da ditadura, mas as consequências deles e o efeito permanente e contínuo do sofrimento dos familiares, eis que não pretendiam tão somente a indenização pecuniária, mas a verdade dos fatos⁴⁹.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, quando instado acerca da não recepção pela Constituição de 1988 da Lei 6.683/1979, através da Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais 153/DF, foi enfático ao considerar que a Lei de Anistia foi recepcionada e é constitucional, uma vez que advinda de solução consensual das partes, não sendo aplicável a jurisprudencial internacional, já que não existe anistia unilateral, mas recíproca. Decidiu, ainda, que a verdade pretendida pelo cidadão era possível, contudo não poderia decorrer de eventual comissão da verdade para fins de persecução penal⁵⁰.

Em novembro de 2010 sobreveio sentença da Corte Interamericana julgando a Lei de Anistia incompatível com os direitos protegidos pela Convenção Interamericana, sendo ponderado que o Brasil descumpra com a obrigação de adequar seu ordenamento interno ao Pacto de San José, conforme dispõe seu artigo 2º. Entre as condenações, restou determinado que o Estado brasileiro tipifique o crime de desaparecimento forçado, além de implementar programas de direitos

48. NEME, Eliana Franco. Decisões Internacionais como fundamento para releitura da ideia de soberania: o caso da Guerrilha do Araguaia. Constituição, economia e desenvolvimento. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 4, jan.-jun.2011. p. 129.

49. LASCALA, Maria Carolina Florentino; FREITAS, Riva Sobrado de. O Brasil e a cooperação jurídica internacional com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, ano 6, n. 18, jan.-mar. 2012. p. 112.

50. BALDI, César Augusto. Guerrilha do Araguaia e direitos humanos: considerações sobre a decisão da Corte Interamericana. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 154.

humanos nas Força Armadas e proceder com a investigação penal dos fatos ocorridos na época da guerrilha do Araguaia⁵¹.

A partir da condenação, urge a necessidade de internalização de tais medidas com prioridade máxima, seja pela demora na solução do caso, seja pela inexistência de lei específica prevendo a forma de execução das sentenças internacionais. Mas como proceder com a execução tendo em vista a decisão exarada pelo órgão supremo do Judiciário brasileiro?

É preciso a criação de lei interna que possibilite a execução dos julgados internacionais, aniquilando eventual discussão judicial da forma correta de executar, observados os dispositivos já existentes no ordenamento jurídico vigente. Não é possível condicionar os direitos consagrados às providências legislativas, sendo uma obrigação adicional e complementar do Estado-membro a adequação do ordenamento interno.

A despeito da dissonância da decisão da Corte com a decisão do STF, cumpre referir que na sentença internacional exarada no caso em comento restou consignado que a atividade jurisdicional da Corte não possui a pretensão de rescindir os julgados do STF, mas fazer cumprir e garantir os direitos protegidos pela Convenção Americana dos Direitos Humanos, sendo imprescindível a avaliação da lei de anistia⁵². Reforça-se que a Corte não exerce a função de órgão revisor das decisões do STF, não se caracterizando, portanto, como instância recursal.

Ao fim e ao cabo, em análise mais aprofundada, é possível afirmar que a decisão da Corte não é conflitante com a decisão do STF, haja vista que a decisão desse se limitou a declarar a recepção da lei de anistia à Constituição de 1998, o que significa dizer que ela é válida para produzir regularmente seus efeitos. Muito embora a sua validade declarada pelo órgão supremo, a sentença da Corte Interamericana foi prolatada após tal decisão e possui status supralegal, nos termos de precedentes jurisprudenciais do próprio STF⁵³. Logo, a sentença internacional é posterior e hierarquicamente superior, devendo prevalecer⁵⁴.

51. LASCALA, Maria Carolina Florentino; FREITAS, Riva Sobrado de. O Brasil e a cooperação jurídica internacional com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, ano 6, n. 18, jan.-mar. 2012. p. 114.

52. *Ibidem*, p. 112.

53. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466.343-SP, rel. Min. Cesar Peluso, j. 03.12.2008. Disponível em: [www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf]. Acesso em: 21.01.2016.

54. LASCALA, Maria Carolina Florentino; FREITAS, Riva Sobrado de. O Brasil e a cooperação jurídica internacional com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, ano 6, n. 18, jan.-mar. 2012. p. 115.

Ante o exposto, é possível concluir pela necessidade urgente de regulamentar o procedimento executório das decisões internacionais, para que não fiquem às vítimas à mercê do algóz Estado, para que não dependam da política adotada pelo governante à época da execução; para que não tenham infringidos direitos humanos conquistados, evitando assim o retrocesso, insistentemente vedado.

Espera-se que a República Federativa do Brasil cumpra com as decisões exaradas pela Corte Interamericana sempre de forma espontânea, sinalizado para a efetivação dos direitos humanos conquistados, mas a regulamentação é imprescindível para que não fique ao alvitre do órgão político a conveniência de cumprir ou não cumprir o julgado, o que afronta o próprio Sistema Interamericano de Diretos Humanos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como enfoque a análise das possíveis formas de execução das sentenças prolatadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que inexistente previsão no direito interno do procedimento executório a ser seguido, ficando ao alvitre do governo local o cumprimento ou não dos julgados que entenderem como violados direitos humanos. Muito embora tenha o Brasil adotado a jurisdição da Corte através do Decreto 89/1998, observa-se que até o momento não dispõe de legislação regulamentando a forma de execução de decisões internacionais.

A atuação subsidiária e suplementar da Corte Interamericana não possui o intuito de reformar ou desconstituir decisão prolatada pelos órgãos judiciais internos, não possuindo o caráter recursal. Inclusive, para a submissão à Corte é necessário o esgotamento da jurisdição interna, desde que o Estado disponha de recursos hábeis a reparar os danos porventura decorrentes da violação a direitos humanos. A discussão recai no procedimento executivo quando se tratar de sentença condenatória pecuniária, do modo que, em não havendo previsão da execução forçada dos julgamentos da Corte, passa-se a análise dos meios executórios já existentes, a fim de ponderar qual será eficaz no cumprimento de tais decisões observado o caráter urgente impresso pelos direitos humanos protegidos.

Vislumbrou-se que desnecessária a homologação da sentença internacional, sendo elas consideradas título executivo. Destarte, das possibilidades já existentes no ordenamento interno, a utilização do procedimento de execução contra a Fazenda caracteriza-se como moroso. Poderia ser utilizado o rito dos precatórios, mas desde que criada ordem cronológica própria, com privilégios, em virtude da eficácia plena e imediata que gozem as decisões internacionais, atribuindo aos créditos a natureza alimentar. No entanto, constituir um procedimento

próprio de cumprimento, preferencialmente na esfera administrativa, prevendo o pagamento direto pelo Poder Executivo, seria mais eficaz na implementação das decisões internacionais.

Outrossim, foi analisada a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade do Decreto que aceitou a jurisdição da Corte, frente a omissão do ordenamento interno em não prever a forma de execução dos julgados. No entanto, foi possível concluir que a declaração de inconstitucionalidade é excessiva, tendo em vista as tentativas, ainda que fracassadas, de criação de projetos de lei e o fato de que a declaração violaria o princípio da proibição ao retrocesso.

Entretanto, seria possível nova responsabilização estatal pela ausência de lei interna regulamentadora, sem que isso caracterize *bis in idem*, podendo ainda ser responsabilizada, por improbidade, a autoridade administrativa. Consigna-se que a responsabilidade seria objetiva, eis que dispensável o elemento culpa.

Foram ainda ponderados os meios executórios existentes no direito comparado, havendo previsão legal no Peru e na Colômbia. Mas chamam atenção os casos de descumprimento das decisões internacionais, alertando para as consequências dessa violação e para a importância da previsão legal de procedimento executivo próprio.

Em relação à submissão do Brasil à Corte, foram abordadas duas condenações. No caso Damião Ximenes Lopes, o Brasil cumpriu espontaneamente a condenação, sem maiores percalços. No entanto, permanece dúbia a forma de execução no caso da condenação referente ao caso da Guerrilha do Araguaia, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, anteriormente, já havia ponderado pela recepção da Lei de Anistia pela Constituição de 1988.

Ainda há muito debate acerca da matéria, de modo que não se pretende aqui encerrar com a análise. Roga-se que este artigo possa disseminar a discussão, o que não impera no imaginário do legislador e não fervilha no meio acadêmico. Espera-se que a inquietação passe a ser vislumbrada de forma mais contundente no meio acadêmico, possibilitando, ao fim, maior efetividade aos direitos humanos conquistados ao longo da história.

6. REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Isabela Piaccentini. A execução das sentenças da Corte Interamericana. *Revista Brasileiro de Direito Internacional*, Curitiba, v. 3, n. 3, jan.-jun. 2006.
- BALDI, César Augusto. Guerrilha do Araguaia e direitos humanos: considerações sobre a decisão da Corte Interamericana. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coord.). *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz*

- da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Demanda en el Caso Damião Lopes (Caso 12.237) contra la República Federativa del Brasil*. 2004. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf]. Acesso em: 16.06.2016.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Reglamento de La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm]. Acesso em: 10.11.2016.
- KRSTICEVIC, Viviana. Reflexiones sobre La ejecución de las decisiones del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos. *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*. San José: CEJIL – Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, 2007.
- LASCALA, Maria Carolina Florentino; FREITAS, Riva Sobrado de. O Brasil e a cooperação jurídica internacional com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, ano 6, n. 18, p. 97-119, jan.-mar. 2012.
- LEDESMA, Héctor Faúndez. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*. 3. ed. rev. e atual. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.
- LEITE, Rodrigo de Almeida. As sentenças da Corte Interamericana de Direitos humanos e a execução no Brasil. *Revista da ESMARN*, Mossoró, v. 8, n. 1, p. 441-468, jan.-jun. 2008. Disponível em: [www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/34/26]. Acesso em: 20.01.2017.
- LOBO, Maria Teresa de Cárcomo. Execução de decisões judiciais de cortes internacionais contra estados soberanos. *Série Cadernos do CEJ*, v. 23, 2003. Disponível em: [www.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo17.pdf]. Acesso: 21.10.2016.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. As sentenças proferidas por Tribunal Internacional devem ser homologadas pelo Supremo Tribunal Federal? *Meridiano 47 – Journal of Global Studies*, v. 3, 2002. p. 22-23. Disponível em: [http://periodicos.unb.br/index.php/MED/article/view/4428/3705]. Acesso em: 11.04.2017.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.105, n. 406, p. 325-347, nov.-dez. 2009.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- NEME, Eliana Franco. Decisões internacionais como fundamento para releitura da ideia de soberania: o caso da Guerrilha do Araguaia. *Constituição*,

- economia e desenvolvimento. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 4, p. 114-139, jan.-jun. 2011.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado (livro eletrônico)*. 2. ed. em e-book baseada na 16. ed. impressa. São Paulo: Ed. RT, 2016.
- OLIVEIRA, Diogo Pignataro de Oliveira. Aplicação das sentenças de Cortes Internacionais no Brasil: a busca pela efetividade das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Constituição e Garantia de Direitos*, Natal, v. 4, n. 2, fev.-ago. 2011. Disponível em: [www.ccsa.ufrn.br/ojs/index.php/PPGD/article/download/110/318]. Acesso em: 15.01.2017.
- PÁDUA, Antônio de Maia e. Supervisão e cumprimento das sentenças interamericanas. *Cuestiones Constitucionales*, México, n. 15, jul.-dez. 2006. Disponível em: [www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/15/ard/ard7.pdf]. Acesso em: 01.12.2016.
- QUEIROZ, Sheyla Barreto Braga. A Corte Interamericana e a proteção de direitos humanos. *Prima Facie International Journal*, João Pessoa, v. 4, n. 7, p. 60-78, jul.-dez. 2005. Disponível em: [http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/4559/3430]. Acesso em: 16.01.2017.
- RAMÍREZ, Sergio Garcia. La jurisprudência de la Corte Interamericana de Derechos Humanos em materia de reparaciones. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: um cuarto siglo, 1979-2004*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.
- RAMOS, André de Carvalho. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai*. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- RAMOS, André de Carvalho. Reflexões sobre as vitórias de caso Damião Ximenes. *Revista Consultor Jurídico*, 08.09.2006. Disponível em: [www.conjur.com.br/2006-set-08/reflexoes_vitorias_damiaoximenes?pagina=1]. Acesso em: 24.11.2016.
- RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis*. Teoria e prática do direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- ROSATO, Cassia Maria; CORREIA, Ludmila Cerqueira. Caso Damião Ximenes Lopes: mudanças e desafios após a primeira condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. *SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 8, n. 15, p. 93-113, dez. 2011.

- SALVADOR, Jane. Implementação da Sentença da Corte Interamericana no Brasil. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2006.
- TAVARES, Aderruan Rodrigues. *A soberania e o direito internacional: análise do caso da Guerrilha do Araguaia e da ADPF 153*. Disponível em: [www.cedin.com.br/revistaelectronica/volume10/arquivos_pdf/sumario/Artigo%20-%20Aderruan%20Rodrigues%20Tavares.pdf]. Acesso em: 29.12.2016.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San José: IIDH, 1996.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Direitos humanos e constitucionalismo regional transformador, de Flávia Piovesan – RT 952/141-164 (DTR\2015\760);
- Promessa é dívida? O cumprimento das sentenças socioambientais da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de Rafaela Teixeira Sena Neves – RDA 87/485-520 (DTR\2017\5558);
- O Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos: a força normativa da Convenção Americana de Direitos Humanos e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, de Teodoro Silva Santos e Ionilton Pereira do Vale – RDCI/95/339-356 (DTR\2016\4663); e
- Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e duração razoável do processo, de Eduardo Cambi e Aline Regina das Neves – *Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil 1 e RePro* 276/467-501 (DTR\2018\8246).

The background features a light gray, abstract design. It consists of several overlapping, semi-transparent circular shapes. Within these circles, there are fine, parallel lines that create a textured, wood-grain-like effect. The overall aesthetic is clean and modern.

Biodireito



LIMITES ÉTICOS E JURÍDICOS DA PESQUISA EM CÉLULAS-TRONCO DE EMBRIÕES EXCEDENTES PREVISTA PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA

ETHICAL AND LEGAL LIMITS OF STEM CELLS RESEARCH OF EXCESSIVE EMBRYOS PROVIDED BY THE BIOSAFETY ACT

FERNANDA LEOPOLDO E SILVA ABDALLA

Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), atualmente cursando o oitavo semestre (quarto ano) e pesquisadora do Grupo BIÓS. fe.abdalla@uol.com.br

LETÍCIA WALDER ANTONELI

Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), atualmente cursando o oitavo semestre (quarto ano) e pesquisadora do Grupo BIÓS. leticia.antoneli@outlook.com

ÁREAS DO DIREITO: Constitucional; Civil

RESUMO: Este trabalho examina algumas das implicações éticas e jurídicas que a tecnologia trouxe para o Direito no que concerne à utilização de embriões humanos excedentes das clínicas de fertilização *in vitro* em pesquisas científicas com finalidades terapêuticas.

PALAVRAS-CHAVE: Limites éticos – Tecnologia – Embriões excedentários – Fertilização *in vitro*.

ABSTRACT: This paper examines some of the ethical and legal implications that the technology brought to the Law, which is concerned about the use of the surplus human embryos from *in vitro* fertilization clinics in scientific research for therapeutic.

KEYWORDS: Ethical limitations – Technology – Surplus embryos – *In vitro* fertilization.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Definição de bioética e biodireito. 1.1. A pesquisa com células-tronco embrionárias. 2. Da reprodução humana assistida: a técnica da fertilização *in vitro*. 2.1. Embriões humanos: a polêmica dos embriões excedentes. 3. Direitos fundamentais: Constituição Federal de 1988 e o biodireito. 3.1. O direito à vida como limite à pesquisa científica em células-tronco embrionárias. 3.2. A dignidade da pessoa humana: princípio gênese. 3.3. A ética da responsabilidade em Max Weber. 4. Estatuto jurídico do embrião humano. 4.1. Teoria da pessoa humana em potencial. 5. Direitos humanos: o direito à vida na legislação supranacional. 5.1. A Declaração Universal dos Direitos do Homem.

5.2. A Declaração Universal sobre o Genoma Humano. 5.3. A exigibilidade das declarações. 6. O uso das células-tronco embrionárias em outros países. 7. A Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005) e o biodireito. 7.1. A ação direta de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança e seu julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. 8. Limites éticos e jurídicos da utilização de embriões excedentes. Conclusão. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

Este trabalho científico tem como tema as células-tronco embrionárias, as quais, na atualidade, são utilizadas em pesquisas biomédicas e na medicina em razão de seu grande potencial científico. Entretanto, o emprego de células de origem embrionária revelou-se extremamente controverso dos pontos de vista ético e jurídico-constitucional, principalmente no tocante aos embriões excedentários, uma vez que, além de contemporâneo, apresenta opiniões muito divergentes a seu respeito, especialmente após a decisão pelo Supremo Tribunal Federal sobre a Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005) em 24 de março de 2005, a qual permite a pesquisa em embriões excedentes, provenientes das fertilizações artificiais.

Tal lei, especificamente em seu art. 5º, de acordo com o nosso crivo, mostra-se, absolutamente inadmissível, pois se imprime licitude a uma lei que permite, transparentemente, a manipulação e a instrumentalização do embrião humano, em nome do suposto progresso científico, desencontrando-se, portanto, da ordem interna e dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Sendo assim, as células-tronco mostram-se tão poderosas quanto polêmicas, uma vez que, com a fertilização *in vitro*, há uma produção exagerada de embriões que, ou serão descartados ou serão utilizados em pesquisas científicas, de maneira operacionalizada, com finalidades terapêuticas, descuidando-se da vida humana em potencial ali existente.

Logo, nesse cenário, interpor a tensão dialética entre a liberdade científica e o direito fundamental e inviolável à vida, assegurado no art. 5º da Constituição Federal, é a tarefa do Biodireito e da Bioética de modo a fixar pontos que harmonizem os valores essenciais garantidos a cada indivíduo e a necessidade humana autêntica de progredir cientificamente.

1. DEFINIÇÃO DE BIOÉTICA E BIODIREITO

Podemos entender que a ciência caminha sob a orientação da ética, criando uma história própria a qual traz, repentinamente, resultados que a ética não se

permite acompanhar. Portanto, a ética e a ciência se transformaram em um sistema de freios e contrapesos.

O avanço estrondoso da biotecnologia deixa transparecer a falta de um paradigma ético e imprescindível nessa seara, o qual ameaça a própria existência humana. A ciência é técnica, promove o desenvolvimento e beneficia os seres humanos, porém não deve indicar sozinha o sentido da existência e do progresso humano. A pessoa em si e seus valores morais são espaços em que se também deve buscar a indicação da finalidade e da consciência dos limites científicos.

Seguindo esse raciocínio, faz-se necessário definir, primeiramente, *bioética* e *biodireito*, áreas do conhecimento que são as hastes de sustentação do nosso trabalho.

Bioética é uma palavra que deriva do grego (*biós* – vida; *ethos* – moral) e, de acordo com o Professor Doutor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Pietro de Jesús Lora Alarcón:

A fusão dos dois vocábulos demonstra a vinculação recíproca entre a natureza, criadora de vida, e a sociedade, como conjunto de relações entre indivíduo, sujeitos a uma ordem moral ou jurídica e à qual podemos acrescentar o pensamento como expressão concentrada de valores inseridos no corpo da comunidade. Bioética está presente, como disciplina, nas três dimensões do mundo: natureza, sociedade e pensamento (ALARCÓN, 2004, p. 153).

A ilustre jurista, advogada e professora Maria Helena Diniz, a seu turno, propõe uma classificação, dividindo a bioética em: bioética das situações persistentes e bioética das situações emergentes. A primeira refere-se aos temas cotidianos, como o aborto, a eutanásia e as formas de discriminação social. Em contrapartida, a seguinte tem sua origem na contradição presente entre o progresso biomédico desenfreado e os limites da cidadania e dos direitos humanos, como fecundação assistida e os embriões excedentes, doação de órgãos e tecidos e engenharia genética.

Em suma, a bioética alinha as perspectivas de benefícios e de malefícios consequentes do desempenho indiscriminado e ilimitado das práticas biotecnológicas e biomédicas, as quais vêm sendo, constantemente, “aprimoradas”, podendo afetar, de várias formas, o cerne da vida humana: o princípio da dignidade da pessoa humana, ocasionando um imenso retrocesso.

Já, biodireito é uma nova área da ciência jurídica, cuja missão é tutelar a vida em sua plenitude. Para Maria Helena Diniz trata-se de um “estudo jurídico que,

tomando por fontes imediatas a bioética e a biogenética, teria a vida por objeto principal” (DINIZ, 2014, p. 8).

Seguindo o mesmo raciocínio, Renata da Rocha, Mestre em Filosofia do Direito e do Estado, entende que cumpre ao biodireito:

A missão de guardar a vida humana, no sentido de proteger, de tutelar, de assegurá-la, tanto em relação ao ser humano individualmente considerado, quanto em relação ao gênero humano, tanto às presentes, quanto às futuras gerações, em qualquer etapa de seu desenvolvimento, da concepção à morte, onde quer que se encontre, garantindo não só a vida, mas, sobretudo, a vida com dignidade (ROCHA, 2008, p. 131-132).

Em síntese, o papel do biodireito é traçar as exigências mínimas que assegurem o equilíbrio entre os avanços biotecnológicos e a continuidade do reconhecimento da humanidade como tal, sendo sempre guiado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

1.1. A pesquisa com células-tronco embrionárias

As primeiras pesquisas com células-tronco foram realizadas em meados de 1960. Todavia, somente em meados de 1994 é que foram identificadas, pela primeira vez, as células-tronco de blastócitos humanos, provenientes dos embriões excedentários da técnica de fertilização *in vitro*, os quais são criados para fins de aumentar a segurança de tal procedimento reprodutivo e, quando excedentes, são doados às pesquisas científicas.

Entretanto, embora as células extraídas tivessem denotado cariótipo normal, o embrião encontrava-se no estágio de duas células e, dessa forma, não alcançavam a fase em que a célula-tronco embrionária ostenta a sua principal característica, ou seja, a pluripotência.

Mas foi a equipe de pesquisadores, liderada pelo italiano Ângelo Vescovi, que conseguiu isolar e cultivar *in vitro*, pela primeira vez, células-tronco adultas. A partir de então se abriram novas perspectivas para as pesquisas científicas no que tange à área da biotecnologia, tornando tais células uma opção diante dos impasses crescentes resultantes das pesquisas com células-tronco embrionárias humanas.

Dessa forma, para definir as células-tronco embrionárias, é preciso entender que elas se particularizam por duas características: sua capacidade de autorrepliação, originando outras células com características idênticas; e a habilidade,

que algumas apresentam, de se converterem em tipos celulares especializados, encarregados de formar os mais diversos órgãos do corpo humano.

Essa possível capacidade de diferenciação divide as células-tronco em: *totipotentes*, são aquelas capazes de se diferenciar em todos os tecidos que formam o corpo humano, incluindo a placenta e anexos embrionários; *pluripotentes*, são capazes de se diferenciar em quase todos os tecidos humanos, excluindo, dessa vez, a placenta e anexos embrionários; *multipotentes*, são células-tronco especializadas, as quais apresentam capacidade limitada de se converterem em outros tipos celulares; e *onipotentes*, são aquelas que possuem a capacidade de se converter em apenas um tipo de célula, mas conservam a habilidade da autorrenovação, o que as diferenciam das células que não são células-tronco.

As células-tronco subdividem-se, ainda, em categorias de acordo com a fonte onde são encontradas: no cordão umbilical, no organismo adulto e no embrião.

As células encontradas no cordão umbilical e na placenta são utilizadas, desde 1988, para tratar várias patologias. Tal uso tornou-se tão comum que, atualmente, existem bancos de armazenamento de sangue umbilical e placentário.

As células-tronco provenientes do organismo adulto são células indiferenciadas, presentes em tecidos diferenciados e especializados como: o sangue, a medula (ou tecido mesenquimal) e tecidos conjuntivos. Quando o organismo precisa, elas se multiplicam e passam a ocupar o lugar da célula morta ou enferma.

Por fim, as células-tronco embrionárias são tidas como “coringas”, uma vez que servem em qualquer canastra. São capazes de dar origem aos 200 tipos celulares que compõem o corpo humano. Começou-se a trabalhar com essas células na década de 1980, quando se descobriu que elas seriam como peças de reposição para doenças, traumas e, até mesmo, para o envelhecimento, isto é, originavam todos os tecidos, inclusive órgãos.

Sendo assim, os cientistas reivindicaram a realização de experimentos científicos com embriões humanos excedentes, ou seja, aqueles oriundos do descarte da fertilização *in vitro*, para que estes pudessem, posteriormente, ser produzidos em nível laboratorial, por meio da clonagem terapêutica, servindo, portanto, às pesquisas científicas.

Ambas as reivindicações, não obstante, enfrentam impasses éticos e jurídicos, já que esbarram na questão do direito à vida, pois a utilização desses embriões em nome do progresso científico implica, primeiramente, sua cruel destruição e, ainda, a direta instrumentalização da vida humana.

2. DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: A TÉCNICA DA FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*

Hodiernamente, é possível criar novos seres utilizando-se dos mais diversos métodos artificiais de reprodução. Desse modo, a reprodução, que era até bem pouco tempo realizada somente de forma natural, passou a ser também possível por meio de métodos artificiais.

A reprodução assistida nada mais é do que um conjunto de operações que une, de maneira artificial, os gametas femininos e masculinos, originando um novo ser humano. Tal reprodução divide-se em duas formas: a ectogênese, ou fertilização *in vitro*; e a inseminação artificial.

A fertilização *in vitro* concretiza-se na retirada de óvulo da mulher, na sua fecundação em uma proveta, com o sêmen do homem, e na posterior introdução do embrião no útero materno. Tal procedimento é conhecido pela sigla ZIFT, a qual, em inglês, significa *Zibot Intra Fallopian Transfer* e é o responsável pela criação dos embriões excedentários. Em contrapartida, a inseminação artificial, caracterizada pela sigla GIFT (*Gametha Intra Fallopian Transfer*), consubstancia-se com a inoculação do sêmen na mulher, sem haver qualquer manipulação externa.

Como a grande maioria das técnicas de fertilização *in vitro* utiliza tratamentos de estimulação ovariana, as clínicas acabam obtendo vários embriões, os quais não poderão ser transferidos em sua totalidade a fim de evitar gravidezes múltiplas, com risco para as gestantes e mesmo para os bebês, e prevenir os riscos já existentes de multiparidade.

Na visão de Jussara Maria Leal de Meirelles, com quem concorda a Advogada e Mestre Isadora Urel, os embriões excedentários são: “Aqueles que não foram transferidos ou porque não apresentavam sinais de desenvolvimento normal, ou porque, muito embora em condições de evoluir com sucesso, ultrapassam o número máximo recomendável à transferência por ciclo” (MEIRELLES, 2000, p. 20).

A fecundação *in vitro*, da maneira como vem sendo realizada atualmente, produz exageradamente embriões, os quais jamais serão utilizados para a sua primordial finalidade, distanciando-se, assim, de seu escopo original. Isso posto, o próprio Conselho Federal de Medicina, na sua Resolução 2.121/2015, apresenta uma relação que aprecia a idade da futura mãe para determinar quantos embriões devem ser implantados, sendo uma forma de tentar evitar tal extermínio prosaico.

Países como Alemanha e Itália possuem legislações nacionais atuais que determinam que sejam transferidos ao útero materno todos os embriões obtidos,

não sendo permitido, dessa forma, o congelamento. Tais legislações proíbem, veementemente, a possibilidade de serem produzidos embriões de maneira deliberada, em número superior ao que seria necessário para atender ao projeto parental, com o propósito único de destiná-los à pesquisa científica.

Em suma, a fertilização *in vitro*, ao mesmo tempo em que ofereceu uma solução ao desejo humano, natural e legítimo, de se reproduzir, desencadeou questões jurídicas e éticas, imensamente complexas, uma vez que também ofereceu a possibilidade de usar os embriões, ostensivamente, para outras finalidades, que não a realização de um projeto parental.

2.1. *Embriões humanos: a polêmica dos embriões excedentes*

Com o desenvolvimento das novas técnicas, um processo novo foi criado para evitar múltiplas extrações de óvulos, o qual foi denominado de criopreservação, que consiste em: assim que são confirmadas as potencialidades dos ovos fecundados e em pleno crescimento, o tambor especial é levado para o local da manipulação; cada embrião é revestido por uma substância crioprotetora, o glicerol, que os protegerá dos efeitos do frio, impedindo a sua destruição. Tal processo protege absolutamente o embrião, porém gera o problema de embriões órfãos.

Dessa forma, os juristas têm que, pela primeira vez, elaborar o *status* de um indivíduo não vivo em promessa de vida, como afirma Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos.

O problema do destino dos embriões excedentes é um dos maiores dilemas da reprodução assistida. No Brasil, como não há lei que regulamente o prazo de criopreservação, há cada vez mais embriões excedentes estocados. Contudo, somente os cônjuges podem manifestar-se, por escrito, o que desejam para o futuro desses embriões excedentes, em caso de divórcio, doença grave ou em morte de um dos cônjuges, como descrito na Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina.

Com o crescente número de embriões excedentes, muitos pesquisadores começaram a utilizá-los para pesquisas científicas. Eles acreditam que as células do embrião possuem um potencial terapêutico revolucionário, capaz de mudar a concepção sobre a doença humana se puderem ser utilizadas para regenerar tecidos específicos ou mesmo para formar órgãos.

A enorme expectativa gerada pelos avanços das pesquisas fundamenta-se nas tentativas terapêuticas experimentais já realizadas até o presente, conforme afirma Wilmar Luiz Barth:

O possível uso terapêutico tem sido carro-chefe para legitimar todas as pesquisas e para ganhar o parecer favorável da opinião pública, especialmente na derivação de células-tronco embrionárias. No entanto muitas possibilidades terapêuticas projetadas ainda necessitam de um longo período de pesquisas para serem confirmadas (BARTH, 2006, p. 68).

O problema fundamental gira em torno da aceitação do uso de embriões humanos em pesquisas, pois essa utilização, até o momento, implica obrigatoriamente, sua destruição.

Diversos segmentos da sociedade demonstram total rejeição à utilização dos embriões excedentes para pesquisas com células-tronco. Entretanto, muitas pessoas são a favor da pesquisa em embriões excedentes, uma vez que eles já se encontram sem utilização nas clínicas de fertilização. Há, inclusive, pessoas que consideram a hipótese de se extrair embriões com a única e exclusiva finalidade para realizar pesquisa.

Atualmente, as clínicas estão justamente obtendo um maior número de embriões, pois, aliada com a engenharia genética, isso gera uma nova fonte de células-tronco para experimentação.

Dessa forma, a professora doutora Maria Helena Diniz afirma que “a instrumentalização da humanidade *in vitro* enfraquecerá o valor da vida e da dignidade humana”.

Os argumentos apresentados pelos cientistas para a pesquisa em embriões excedentes indicam que é eticamente melhor dar uma utilidade para esse embrião do que ele ficar sem uso. Isso é inaceitável, uma vez que, a partir do momento em que o embrião humano é sempre uma pessoa humana em potencial, não se fala em discurso utilitarista, não se fala na sua destruição em prol de outros, pois ele tem direitos que devem ser assegurados, como à dignidade humana e à vida.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O BIODIREITO

A Constituição Federal de 1988, por determinar um Estado Democrático, orienta-se na busca pelo pleno respeito aos direitos fundamentais, os quais são essenciais para a vida como um todo.

Além do princípio basilar da Constituição, que é o princípio da dignidade da pessoa humana, está disposto na Constituição vigente o direito à vida, um direito fundamental, no *caput* do art. 5º.

3.1. O direito à vida como limite à pesquisa científica em células-tronco embrionárias

O direito à vida, como dito anteriormente, está assegurado na Constituição Federal de 1988 no art. 5º, *caput*. Sobre o conceito de vida, José Afonso da Silva afirma: “Vida no texto constitucional (art. 5º, *caput*), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva” (SILVA, 2008, p. 197).

Nesse mesmo sentido, Fábio Konder Comparato analisa que o embrião humano já é titular de direitos fundamentais:

O ser humano só começa a existir, como ente biologicamente distinto do organismo de sua matriz, a partir do nascimento com vida. Antes disso, ele é um projeto de ser humano. Nem por isso, todavia, carece o embrião humano da dignidade inerente a essa condição. Ele não é uma coisa, mas para todos os efeitos, deve ser tido como uma pessoa em potencial e, portanto, titular de direitos fundamentais, a começar pelo direito ao nascimento (COMPARATO, 2007, p. 33).

O direito à vida é assegurado, também, por tratados internacionais, uma vez que, como afirma Maria Helena Diniz: “a vida tem prioridade sobre todas as coisas, já que a dinâmica do mundo nela se contém e sem ela nada terá sentido”.

É por essa razão que se afirma que o direito fundamental à vida é orientador de todo ordenamento jurídico pátrio. Constata-se, assim, que a vida perante a Constituição brasileira atual, seja biológica, moral ou juridicamente considerada, inicia-se com a concepção.

No que tange aos embriões excedentes, permitir a sua manipulação genética para fins de pesquisa ou prática de atos como a clonagem e a eugenia, é inconstitucional e eticamente condenável, já que instrumentaliza a vida, a qual é um direito supremo e inviolável, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

O direito à vida, portanto, protege o ser humano em qualquer etapa de seu desenvolvimento: zigoto, embrião, feto, criança, homem adulto, idoso etc., já que todos são etapas de um mesmo ser.

Nesse sentido, afirma Maria Helena Diniz:

O embrião, por ter todos os atributos da espécie humana, merece a proteção de sua vida, integridade física e dignidade (CF, arts. 1º, III e 5º, III), sendo inadmissível qualquer investigação experimental, com objetivo alheio à sua própria

terapia, no útero ou fora dele. Somente deveria ser permitido um tratamento experimental destinado à sobrevivência do embrião, ao desenvolvimento de um sadio ou à superação ou correção de alguma moléstia grave de que seja portador mediante técnicas de manipulação genética” (DINIZ, 2014, p. 464).

Em suma, o direito à vida é base da sociedade, o qual deve ser sempre assegurado e protegido, não importando a finalidade que possa haver.

3.2. A dignidade da pessoa humana: princípio gênese

A vida encontra na dignidade um valor jurídico fundamental e inseparável, que norteia os demais valores e princípios: direito à igualdade, à liberdade, à honra, à integridade física e moral, entre outros.

Com a sua proclamação em âmbito internacional, em 1945, a dignidade da pessoa humana passou a ser um princípio fundamental inserido na Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, inciso III.

A palavra dignidade vem do latim *dignitas* (nobreza, valor) que designa a qualidade moral que infunde respeito público; consciência do próprio valor.

A respeito da dignidade da pessoa humana, Kant afirma que a dignidade da pessoa deve ser considerada como fim e não como meio, repudiando toda e qualquer coisificação e instrumentalização do ser humano. Tal princípio é inerente à sua essência, à sua religião, ao seu nascimento, como afirma Rizzato Nunes: “a dignidade nasce com a pessoa. É-lhe inata. Inerente à sua essência” (RIZZATO NUNES, 2002, p. 49).

Nesse mesmo sentido, Maria Garcia considera que: “A dignidade da pessoa humana corresponde à compreensão do ser humano na sua integridade física e psíquica, como autodeterminação consciente, garantida moral e juridicamente” (GARCIA, 2004, p. 211).

Tal princípio é reconhecido a toda pessoa humana, na medida em que ela é um sujeito ético individual, isto é, um ser que possui a potencialidade de se determinar, por intermédio da razão, para a ação e a liberdade. Isso se demonstra na própria fala de José Afonso da Silva: “Dignidade da pessoa não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana” (SILVA, 1998, p. 91).

Portanto, a manipulação de embriões vivos excedentes em pesquisas que objetivam trazer benefícios futuros, não se justifica porque implica a redução do ser humano a meio, negando-lhe, portanto, dignidade.

3.3. A ética da responsabilidade em Max Weber

Para a ética da responsabilidade, maquiavélica ou weberiana, serão éticas as ações que forem úteis à comunidade, e antiéticas aquelas que a prejudiquem, visando apenas interesses particulares, como é o caso do progresso científico no que diz respeito às células-tronco embrionárias.

Seguindo esse raciocínio, a pesquisa com células-tronco embrionárias tenta ser justificada pelos seus defensores por meio do argumento da utilidade. Todavia, tal procedimento ocasiona a instrumentalização do ser humano, acabando, assim, por prejudicar a sociedade e tornando-se antiético perante os princípios da ética da responsabilidade.

4. ESTATUTO JURÍDICO DO EMBRIÃO HUMANO

Mesmo não havendo consenso nos debates travados sobre qual deve ser o proceder em relação aos embriões, tendo em mente se esse seria ou não uma pessoa, nas searas antropológica, biológica e, até mesmo teológica, remanesce dessas discussões uma referência clara de respeito à dignidade da pessoa humana, a qual avoca a definição de um “estatuto do embrião”, ou seja, normas que protejam legalmente o embrião humano, definindo o seu *status* jurídico e estabelecendo, conseqüentemente, um paradigma de comportamento em relação a ele.

Assim sendo, foram elaboradas diferentes teorias sobre o início da vida humana, as quais foram produzidas com base nas fases do desenvolvimento embrionário para servirem de norte para a implantação de normas que regulamentassem o estatuto jurídico do embrião humano por parte dos Estados, e, também, direcionassem as políticas públicas relacionadas às pesquisas em células-tronco embrionárias humanas tão *in voga* atualmente.

Existem três maiores correntes que tentam responder em que momento exato se inicia a vida humana: teoria concepcionista, teoria genético-desenvolvimentista e teoria da pessoa humana em potencial, a qual focaremos.

4.1. Teoria da pessoa humana em potencial

A teoria da pessoa humana em potencial, com a qual concordamos, como o próprio nome já traduz, defende que os embriões humanos são seres humanos em potencial.

A convicção de que o embrião é potencialmente uma pessoa deriva da alegação kantiana de que o universo moral se divide em: pessoa, digna de respeito, ou coisa, passível de uso.

Sob essa ótica, portanto, tal teoria reconhece no embrião a potencialidade de pessoa para designar a autonomia e reivindicar um estatuto próprio. As propriedades que dizem respeito à pessoa humana encontram-se presentes nos embriões, entretanto, incubadas, ou seja, em estado de potência.

Nesse ponto, Carolina Valença Ferraz ressalta que:

Logo, considerando os embriões humanos concebidos e mantidos *in vitro* como pertencentes à mesma natureza das pessoas humanas nascidas, pela via da similitude, a eles são perfeitamente aplicáveis o princípio fundamental relativo à dignidade da pessoa humana e a proteção ao direito à vida. É inadmissível dissociá-los desses que são os fundamentos basilares de amparo aos indivíduos nascidos, seus semelhantes (FERRAZ, 2011, p. 44).

O próprio Código Civil brasileiro, promulgado em 2002, ampara o nascituro, antes mesmo de seu nascimento com vida. Conforme, previsto em seu art. 2º, *in verbis*: “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro” (BRASIL, 2002).

Na visão de Ivan de Oliveira Silva deveria haver um aparo constitucional com relação aos embriões *in vitro*, haja vista a sua inquestionável representação do patrimônio genético humano, bem como uma forma de vida humana que carece de amparo específico do sistema jurídico pátrio.

Nas palavras do próprio autor:

Considerando que o embrião é constituído por patrimônio genético advindo de espécies humanas, firmamos aqui nosso entendimento no sentido de que o embrião *in vitro* é uma constituição biológica inerente à espécie humana e, portanto, deverá ser preservada a sua dignidade. Este, em nosso sentir, é o entendimento mais adequado à matéria, haja vista que, caso contrário, os embriões correrão o risco de serem tratados como mercadorias ou, de maneira mais inadequada, como coisas destituídas de qualquer dignidade (SILVA, 2008, p. 158).

5. DIREITOS HUMANOS: O DIREITO À VIDA NA LEGISLAÇÃO SUPRANACIONAL

A proteção da vida humana também está estabelecida nas legislações supranacionais, que buscam tutelar a vida humana no que se refere à experimentação científica e manipulação genética.

5.1. *A Declaração Universal dos Direitos do Homem*

Um ano depois da criação do Código de Nuremberg, foi promulgada, pela Organização das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, instrumento internacional que reconheceu os seus direitos essenciais.

A Declaração consigna a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Inclusive, trata da vida anterior ao nascimento em seus arts. 6º e 7º, evidenciando que todo ser humano tem direito ao reconhecimento de sua personalidade perante a lei. Dessa forma, discriminar o homem já nascido do não nascido é uma atitude que afronta a dignidade humana, por ser o primeiro e mais importante princípio no ordenamento jurídico pátrio.

5.2. *A Declaração Universal sobre o Genoma Humano*

Em 1997, na 29ª Conferência Geral da Unesco, a Declaração Universal sobre o Genoma Humano foi apresentada, cuja principal finalidade era a formalização da proteção do genoma humano como particular interesse das futuras gerações e, ao mesmo tempo, a proteção dos direitos e da dignidade dos seres humanos, a liberdade da pesquisa e a necessidade da solidariedade. Importante ressaltar, ainda, a importância do art. 10 que delimita aspectos para as investigações tecnocientíficas.

5.3. *A exigibilidade das declarações*

O estudo dos documentos internacionais é relevante, uma vez que eles traçam considerações atinentes ao direito à vida, à dignidade, à liberdade, à igualdade, entre outros direitos inerentes aos seres humanos, os quais são recepcionados no direito interno posto. A importância de tais princípios está disposta na própria Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º.

Quando se fala em “decorrentes do regime e dos princípios”, fica claro que nem todos os princípios e direitos fundamentais foram descritos no ordenamento jurídico interno, porém, o Brasil consente em adotar todos os demais, justamente para garantir uma maior proteção aos direitos fundamentais, principalmente a dignidade da pessoa humana.

Assim, o Brasil, enquanto signatário do Pacto de São José da Costa Rica e dos Direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, tem como recepcionadas, com *status* constitucional, todas as suas disposições.

A Constituição Federal dispõe também que tratados internacionais sobre direitos humanos, se aprovados no Congresso Nacional, terão força de emenda constitucional, não podendo ser denunciados nem pelo Congresso Nacional sob pena de responsabilidade do Presidente da República. Assim, as Emendas Constitucionais sobre direitos humanos se tornam cláusulas pétreas, não podendo ser rediscutidas.

Ressalta-se que o Brasil, enquanto signatário de tais declarações, deve sempre proteger e garantir os princípios e os direitos fundamentais.

6. O USO DAS CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM OUTROS PAÍSES

Os avanços da medicina e da tecnologia no mundo todo proporcionaram enorme desenvolvimento nas pesquisas científicas, trazendo à tona a grande polêmica do uso dos embriões excedentários para pesquisa de células-tronco.

No que se refere aos países fora da Europa, como Austrália e Israel, não há leis restritivas com relação à pesquisa, sendo permitida a utilização de células-tronco embrionárias inviáveis. No ano de 2000, o Japão, por sua vez, permitiu a pesquisa com células-tronco embrionárias.

Na Ásia, em lugares como Cingapura e Coreia do Sul, a legislação sobre o assunto começa a ser feita, porém já se realiza a pesquisa, inclusive em embriões clonados, e também na produção dos embriões com o fim exclusivo de investigação científica.

Já nos países europeus, em lugares como Espanha, Finlândia, Suécia e Grã-Bretanha, permite-se a pesquisa com células-tronco embrionárias. Em contrapartida, a Alemanha proíbe o uso de embriões excedentes em pesquisas, mas autoriza a pesquisa com material biológico importado, ou seja, com células humanas não alemãs.

Na França, há a autorização apenas para a pesquisa com embriões excedentes congelados, remanescentes de clínicas de reprodução assistida, cujos casais tenham consentido a doação dos embriões para tal fim.

Dessa forma, nota-se que o panorama europeu é muito diversificado, onde cada país adota uma posição diferente.

Por fim, nos Estados Unidos, não há lei federal que regulamente a pesquisa sobre clonagem e células-tronco embrionárias, porém um decreto do ex-Presidente Barack Obama autorizou o financiamento federal para esse tipo de pesquisa científica.

7. A LEI DE BIOSSEGURANÇA (LEI 11.105/2005) E O BIODIREITO

Por biossegurança entende-se um conjunto de ações voltadas para a prevenção, o controle, a diminuição ou a eliminação dos riscos à saúde humana e ao meio ambiente em decorrência do desenvolvimento tecnológico.

No Brasil, a legislação de biossegurança engloba apenas a tecnologia de Engenharia Genética, tendo por finalidade primordial assegurar o avanço dos processos tecnológicos e proteger a saúde humana, animal e o meio ambiente.

Em fevereiro de 2005, a Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei 2.401/2003 que regulamenta o uso de técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados.

Sendo assim, a Lei de Biossegurança 11.105/2005 entrou em vigor, visando regulamentar o dispositivo constitucional que prevê o direito de todos os indivíduos a um ambiente ecologicamente equilibrado. Entretanto, esta lei veio contrariar a lei anterior e os posicionamentos internacionais sobre a manipulação genética de células, bem como a intervenção em material genético humano *in vitro*. Portanto, a Lei de Biossegurança possibilita a disponibilização de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia.

Muita controvérsia foi gerada pela promulgação da Lei 11.105/2005, pelo fato de instrumentalizar o embrião, autorizando manipulações genéticas. Os legisladores, simplesmente, ignoraram a proteção do direito à vida e à dignidade, que são inerentes aos seres humanos, incluindo aos embriões, gerando um contrassenso jurídico e ético, principalmente no que tange ao tratamento dispensado à vida humana nascente, em especial, aos embriões excedentes, quando possibilitou a utilização de tais células-tronco embrionárias, para fins científicos e terapêuticos.

Nesse sentido, manifesta-se Cristiane Beuren Vasconcelos:

É inconcebível emprestar legitimidade à Lei 11.105, de 24.03.2005, numa época em que nações de primeiro mundo, países em desenvolvimento e Estados culturalmente mais evoluídos dividem mutuamente e com as demais nações do mundo suas preocupações com o progresso incontido dessa área, o Brasil, celeiro de uma nação praticamente ignorante a respeito do assunto (impulsionada por uma mídia patrocinada por poucos e que lhe induz em erro), decide – à revelia dos tratados internacionais dos quais é signatário, da ordem jurídica interna posta (Constituição, Código Civil) e do embate genético gerado por tais práticas – acolher, sob o manto de uma pretensa legalidade, normativo tão aviltante e abjeto! E seu art. 2º, parágrafo único, ainda declara

aberta a recepção de empresas interessadas em estabelecer seus laboratórios de pesquisa e manipulação. Tudo em conformidade com o jus soli! (VASCONCELOS, 2006, p. 127-128).

A Lei 11.105/2005, no art. 6º, III, veda engenharia genética em zigoto e embrião humano. Apesar disso, em seu art. 5º, a Lei em análise, não deixa dúvidas sobre a possibilidade de pesquisas em células-tronco embrionárias.

Havendo consenso dos genitores, as células-tronco embrionárias obtidas em embriões humanos, produzidos *in vitro* e não utilizados na reprodução assistida, poderão servir de base para tratamento de moléstias graves e recuperação de tecidos danificados, desde que extraídas de embriões humanos com cinco a seis dias, inviáveis ou congelados há três anos (incs. I e II do art. 5º da Lei 11.105/2005) que, conseqüentemente, são destruídos no processo (BRASIL, 2005).

Por fim, a determinação do § 1º do art. 5º da Lei de Biossegurança, que exige o consentimento dos genitores para que os embriões excedentes sejam objeto de pesquisa, demonstra a instrumentalização/coisificação desses seres humanos, em estágio de desenvolvimento embrionário, já que, dessa forma, eles pertencem aos seus genitores, os quais têm sobre eles total poder de disposição, de vida e de morte.

Nesse sentido, para Maria Helena Diniz: “Nem se poderia admitir, ante o art. 1º, III, da Constituição Federal, o uso terapêutico de células embrionárias humanas a partir da destruição de embriões, reduzindo-os ao *status* de coisa, como pretende o art. 5º da Lei 11.105/2005” (DINIZ, 2014, p. 465-466).

É inadmissível, portanto, o uso de célula-tronco embrionária, apesar de sua licitude (Lei 11.105/2005, art. 5º, I e II), pois o embrião precisa ser destruído para sua obtenção e, com isso, viola-se a nossa Carta Magna (arts. 1º, III e 5º, *caput*).

7.1. A ação direta de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança e seu julgamento pelo Supremo Tribunal Federal

A Lei 11.105/2005, em seu art. 5º, autorizou a pesquisa científica com células-tronco embrionárias advindas dos embriões excedentários, produzidos pela ecotogênese e não utilizados na reprodução assistida, em caso de consenso dos seus respectivos genitores. Tais células podem servir como sustentáculo para o tratamento de doenças graves e recuperação de tecidos danificados, até mesmo em intervenções estéticas.

Em conformidade com a letra da lei, tal procedimento é permitido se as células-tronco embrionárias forem extraídas de embriões inviáveis ou congelados há 3 (três) anos, os quais são, cruelmente, destruídos no processo.

Descabida aos direitos e às garantias constitucionais relacionadas à proteção da vida, da integridade e da dignidade da pessoa humana, cláusulas pétreas da atual Constituição da República Federativa do Brasil, a Lei de Biossegurança está em vigor há 13 anos, apesar de ter sido objeto de ação direta da inconstitucionalidade, interposta em 30 de maio de 2005, pelo então Procurador-Geral da República Cláudio Lemos Fonteles, que contesta, especificamente, a permissão ao uso de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e de terapia.

Protocolada sob o n. 3.510-0 junto ao Supremo Tribunal Federal, esta teve como relator o Ministro Carlos Ayres Britto, e defendia com propriedade a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei 11.105/2005 e seus incisos e parágrafos, alegando a sua manifesta afronta ao art. 5º, *caput* e inciso III, da CF/1988.

Segundo o entendimento assentado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, quando da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) do art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), a pesquisa com células-tronco embrionárias é constitucional e, em nenhum momento, atenta contra o direito à vida, tampouco, contra a dignidade da pessoa humana.

Todavia, a nosso ver, a utilização de embriões humanos excedentes, em nome de um suposto progresso científico, é inconstitucional e eticamente condenável, uma vez que não se pode eliminar uma vida em prol de outra, fato que fere os princípios fundamentais da bioética.

8. LIMITES ÉTICOS E JURÍDICOS DA UTILIZAÇÃO DE EMBRIÕES EXCEDENTES

A principal objeção à pesquisa com células-tronco embrionárias é que destruir um embrião humano, mesmo que em seus estágios iniciais de desenvolvimento, e mesmo tendo em vista fins nobres, é ética e juridicamente abjeto.

Assim, é antiético produzir e sacrificar embriões com o intuito de curar ou de tratar doenças terríveis, uma vez que não há uma vida “mais” ou “menos” valiosa do que a outra. Não obstante, é igualmente censurável produzir e descartar embriões excedentes provenientes de tratamentos de infertilidade, ainda mais quando o próprio Conselho Federal de Medicina possui a Resolução 2.121/2015, a qual apresenta uma relação que aprecia a idade da futura mãe para determinar quantos embriões devem ser implantados, sendo, portanto, uma forma de evitar tal extermínio.

Os argumentos apresentados pelos defensores da pesquisa em embriões excedentes indicam, majoritariamente, que é eticamente melhor dar uma utilidade

para esse embrião do que ele ficar sem uso. Tal argumento é inaceitável, uma vez que, a partir do momento em que o embrião humano é sempre uma pessoa humana em potencial, não se fala em discurso utilitarista, tampouco em sua destruição em prol de outros, pois ele tem direitos que devem ser assegurados, como o direito à vida, e principalmente, à vida digna.

No que tange aos limites jurídico-constitucionais as pesquisas com células-tronco de embriões excedentários viola os arts. 1º e 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, uma vez que esta traz como direito supremo e inviolável a vida e, a dignidade da pessoa humana, como princípio basilar de seu Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

A Lei 11.105/2005, em seu art. 5º, autorizou a pesquisa científica com células-tronco embrionárias advindas dos embriões excedentários, produzidos pela ecotogênese e não utilizados na reprodução assistida, em caso de consenso dos seus respectivos genitores. Tais células podem servir como sustentáculo para o tratamento de doenças graves e recuperação de tecidos danificados, até mesmo em intervenções estéticas.

Em conformidade com a letra da lei, tal procedimento é permitido se as células-tronco embrionárias forem extraídas de embriões inviáveis ou congelados há 3 (três) anos, os quais são, cruelmente, destruídos no processo.

Descabida aos direitos e às garantias constitucionais relacionadas à proteção da vida, da integridade e da dignidade da pessoa humana, cláusulas pétreas da atual Constituição da República Federativa do Brasil, a Lei de Biossegurança está em vigor há 13 anos.

Segundo o entendimento assentado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, quando da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) do art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), a pesquisa com células-tronco embrionárias é constitucional e, em nenhum momento, atenta contra o direito à vida, tampouco contra a dignidade da pessoa humana.

Todavia, procuramos demonstrar neste artigo que a utilização de embriões humanos excedentes, em nome do progresso científico, é inconstitucional e eticamente condenável, uma vez que não se pode eliminar uma vida em prol de outra, fato que fere os princípios fundamentais da bioética, e acaba transformando tais embriões em meios, ou seja, instrumentalizando a vida humana.

Defendendo a tese de que, em vez de descartá-los, seria melhor destiná-los a fins profícuos, qual seja, encontrar a cura de doenças e a recuperação de tecidos, os cientistas intentam obter a aprovação ética para tal pesquisa.

Não obstante, nossa Carta Constitucional protege, fervorosamente, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o direito à vida (art. 5º, *caput*), bem como a liberdade de expressão e de criação científica (art. 5º, IX).

Dessarte, a vida deve ser entendida como aquilo que faz com que um ser esteja vivo; é o processo vital que se inicia a partir da concepção, cuja tutela é, constitucionalmente, assegurada em todas as suas fases. Assim, o embrião humano, sendo a fase inicial do desenvolvimento, é protegido como qualquer outra pessoa, já que é igualmente possuidor do direito à vida.

A dignidade da pessoa humana, princípio basilar do Estado Democrático de Direito, como é o caso do Estado brasileiro, é assegurada a toda pessoa humana, não sendo, portanto, diferente aos embriões. Diante disso, a destruição dos embriões excedentários com a finalidade de utilizá-los em pesquisas científicas acarreta a instrumentalização do ser humano, retirando-lhes, assim, a dignidade.

No que tange ao direito de criação científica, este é anulado se, para o seu exercício, for necessário exterminar uma vida humana em potencial, uma vez que não existem vidas “mais” ou “menos” importantes, é inadmissível eliminar uma vida para beneficiar um maior número de pessoas possível.

Por conseguinte, para o conflito entre o direito à vida e o direito à liberdade científica, o qual inclui a pesquisa com embriões excedentes, enxergamos como solução o respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado brasileiro, além da incidência da ética da responsabilidade social para enfrentamento do “totalitarismo científico”, presente na sociedade contemporânea.

Assim, à medida que o progresso científico prospera, rapidamente, é necessária precaução para que não ultrapasse o limite ético, o direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Pelo fato de as células-tronco adultas terem, comprovadamente, grande potencial de diferenciação e a capacidade de ser, igualmente, congeladas para que sejam utilizadas nos tratamentos terapêuticos ou estéticos, revelam-se como alternativa ética e juridicamente aceitável. Ademais, uma solução para os embriões excedentários seria a adoção embrionária, conforme defende a Advogada e Mestre Isadora Urel.

Esse procedimento ocorreria de maneira semelhante à adoção de nascidos, tendo como base a capacidade volitiva dos envolvidos, constituída por meios

hábeis de verificar o real comprometimento, que envolve a gestação, o nascimento e a formação de estado de filiação, como consequência do acolhimento dos embriões adotivos. Dessa forma, nascido com vida, passaria à condição de filho daqueles que lhe promoveram o nascimento.

Tal solução, no que diz respeito aos embriões excedentes, além de privilegiar os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito, e infraconstitucionais, é viável no ordenamento jurídico nacional, uma vez que tais embriões são vidas humanas em potencial.

BIBLIOGRAFIA

- ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Método, 2004.
- BARTH, Wilmar Luiz. *Células-tronco e bioética: o progresso biomédico e os desafios éticos*. Porto Alegre: Edipucrs, 2006.
- BRASIL. Lei n. 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: 05 ago. 2017.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 ago. 2017.
- BRASIL. Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm. Acesso em: 07 ago. 2017.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FERRAZ, Carolina Valença. *Biodireito: a proteção jurídica do embrião – In vitro*. São Paulo: Verbatim, 2011.
- GARCIA, Maria. *O limite da ciência*. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- GARCIA, Maria. *Limites da Ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade*. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- RIZZATO NUNES, Luiz Alberto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROCHA, Renata. *O direito à vida e a pesquisa com células-tronco*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, 89/94, 1998.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O biodireito e a redescoberta do ser humano, de André Puccinelli Júnior – *RDCI* 52/68-90 (DTR\2005\441);
- Técnicas de reprodução assistida e o biodireito, de Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior – *RT* 838/87-100 e *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões* 1/1315-1333 (DTR\2005\556);
- A evolução da pesquisa genética e o novo conceito de família: limites bioéticos, de Neiva Flávia de Oliveira – *RT* 777/57-74 (DTR\2011\2542);
- Bioética, direitos fundamentais e a reprodução humana, de Débora Gozzo – *RIASP* 30/469-496 (DTR\2012\451349); e
- Procriação artificial, de Rosa Maria de Andrade Nery – *RDPriv* 59/251-258 (DTR\2014\9666).

The background of the page is a light gray color with a subtle, abstract pattern of overlapping circles and lines, creating a sense of depth and movement. The pattern is most prominent on the right side of the page, where it forms a large, curved shape that resembles a stylized letter 'C' or a similar geometric form. The lines are thin and light gray, blending into the background.

Comentários à Jurisprudência



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

STF – *Recurso Ordinário em Habeas Corpus 146.303/RJ* –
2ª T. – j. 06.03.2018 – m.v. – rel. p/ acórdão Min. Dias
Toffoli – Áreas do Direito: Constitucional; Penal.

DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA – Pastores que difundem na internet discursos sobre crença alheia – Inadmissibilidade – Conduta que transcende a defesa da própria religião e se torna ilícita ao atacar culto diverso – Ofensa ao direito constitucionalmente protegido e ao princípio de convivência das liberdades.

Veja também Jurisprudência

- RT999/841 (JRP\2018\1147041) e RT999/655 (JRP\2018\1103632).

Veja também Doutrina

- Direito à liberdade: as consequências da manipulação da mídia e da religião, de Neuro José Zambam e Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino – *RDC* 101/83-102 (DTR\2017\1488); e
- Propaganda eleitoral. Colisão de princípios constitucionais. Lesividade à democracia das propagandas ofensivas das chamadas “candidaturas laranjas”. Suspensão da propaganda que ofende reiteradamente decisões judiciais, de Adriano Soares da Costa – *RT* 806/79-86 (DTR\2002\533).

06/03/2018

SEGUNDA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 146.303 RIO DE JANEIRO

RELATOR	: MIN. EDSON FACHIN
REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. DIAS TOFFOLI
RECTE.(S)	: TUPIRANI DA HORA LORES
ADV.(A/S)	: ROBERTO FLAVIO CAVALCANTI
RECDO.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

EMENTA

Recurso ordinário em habeas corpus. Denúncia. Princípio da correlação. Observância. Trancamento da ação penal. Descabimento. Liberdade de manifestação religiosa. Limites excedidos. Recurso ordinário não provido.

1. Inexiste violação do princípio da correlação quando há relação entre os fatos imputados na denúncia e os motivos que levaram ao provimento do pedido da condenação.

2. O direito à liberdade religiosa é, em grande medida, o direito à existência de uma multiplicidade de crenças/descrenças religiosas, que se vinculam e se harmonizam – para a sobrevivência de toda a multiplicidade de fés protegida constitucionalmente – na chamada tolerância religiosa.

3. Há que se distinguir entre o discurso religioso (que é centrado na própria crença e nas razões da crença) e o discurso sobre a crença alheia, especialmente quando se faça com intuito de atingi-la, rebaixá-la ou desmerecê-la (ou a seus seguidores). Um é tipicamente a representação do direito à liberdade de crença religiosa; outro, em sentido diametralmente oposto, é o ataque ao mesmo direito.

4. Como apontado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgado recorrido, a conduta do paciente não consiste apenas na “defesa da própria religião, culto, crença ou ideologia, mas, sim, de um ataque ao culto alheio, que põe em risco a liberdade religiosa daqueles que **professam fé diferente [d]a do paciente**”.

5. Recurso ordinário não provido.

COMENTÁRIOS

INCITAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO RELIGIOSA E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO: COMENTÁRIOS À DECISÃO PROFERIDA NO RHC 146.303 PELO STF (INFORMATIVO 893)

O Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* (RHC) 146.303, julgado em 6 de março de 2018, publicado no Informativo 893, pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, contou com o Excelentíssimo Ministro Edson Fachin como relator do remédio constitucional em epígrafe e, por maioria de votos, o recurso foi rejeitado.

O presente caso se refere a um pastor, ora recorrente, que foi condenado pela 20ª Vara Criminal da Capital do Rio de Janeiro, Juízo *a quo*, à pena de três anos de reclusão, em regime aberto, substituída pela pena restritiva de direitos, e ao pagamento de 36 dias-multa, pela prática do crime previsto no artigo 20, § 2º, da Lei 7.716/1989, ou seja, incitar a discriminação ou o preconceito de religião.

Conforme exposto nos autos, o recorrente, na condição de pastor, publicou na internet vídeos e postagens que ofendiam autoridades públicas e seguidores de crenças religiosas diversas da sua, incitando, inclusive, o fim de algumas religiões e ofendendo devotos e sacerdotes destas.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro manteve a condenação arbitrada pelo Juízo *a quo*, reduzindo, somente, a quantidade de dias-multa da r. sentença de primeiro grau.

O Superior Tribunal de Justiça rejeitou *habeas corpus* impetrado e, diante da rejeição, a defesa impetrou recurso ordinário em *habeas corpus* requerendo o trancamento da ação penal por atipicidade da conduta criminosa. De acordo com a defesa apresentada, a condenação ideológica de outras crenças é inerente à prática religiosa, sendo liberdade de expressão do recorrente.

O Excelentíssimo Ministro Relator Edson Fachin, em seu voto, decidiu pelo provimento do recurso interposto. Em sua análise, apesar de uma atitude "absolutamente reprovável e arrogante", o fato não poderia ser tipificado penalmente. O agir do recorrente, apesar de "intolerante, pedante e prepotente"¹, estaria, no pensar do r. Ministro, dentro das discussões lançadas entre religiões e decorre da liberdade de proselitismo essencial ao exercício da liberdade religiosa.

Por sua vez, inaugurando-se a corrente vencedora que optou por rejeitar o recurso, o Ministro Dias Toffoli apresentou a ideia de que o Brasil, socialmente e historicamente, orgulha-se do fato de ser um País de tolerância religiosa, valor democrático de direito. A sentença, a seu ver, transcreve os vídeos publicados que alimentam o ódio e a intolerância. Desse modo, entendeu que caso o Estado não exercesse seu papel pacificador, poderia haver uma guerra de religiões. "Ao invés de sermos instrumentos de pacificação, vamos aprofundar o que acontece no mundo."²

O Ministro Ricardo Lewandowski acompanhou a divergência ao entendimento do relator, construindo o pensamento através do preâmbulo da Constituição Federal de 1988, que prega a construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social. Assim, em seu entender, a solidariedade deve ser ponto importante, um dos fatos que ensejou seu voto.

Gilmar Mendes, Ministro da Corte Suprema, relembrou o "Caso Ellwanger", julgado em sede do *Habeas Corpus* 82.424 em setembro de 2003. O Supremo Tribunal Federal, naquela época, manteve a condenação imposta ao escritor gaúcho Siegfried Ellwanger por crime de racismo contra judeus. Para o alusivo Ministro, o próprio texto constitucional impõe limites à liberdade de expressão. Como exemplo, o artigo 220, § 1º, da CF, prevê que nenhum texto normativo poderá conter dispositivo que possa constituir embaraço à liberdade de informação jornalística, observado determinados incisos do artigo 5º do mesmo diploma, ou seja, limites à essa liberdade. Por fim, ressalta-se que como os demais, o Ministro asseverou que hodiernamente o Brasil vive pacificamente com diversas comunidades dessemelhantes, sendo possível ver o oposto mundo afora, onde travam-se guerras religiosas, pugnando a preservação do presente valor.

O decano da Suprema Corte, Ministro Celso de Mello, acompanhou o voto do Ministro Dias Toffoli, observando que o direito de pensar, falar e escrever sem censurar ou restrições é o mais precioso direito dos cidadãos. Entretanto, esse direito não é absoluto, já que sofre limitações

1. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371511]. Acesso em: 15.03.2018.

2. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371511]. Acesso em: 15.03.2018.

éticas e jurídicas. Tais abusos, quando praticados, sugerem a intervenção Estatal pacificadora. "Se assim não fosse, caluniar, injuriar, difamar ou fazer apologia de fatos criminosos não seriam suscetíveis de punição"³.

Por fim, o decano expôs que a incitação ao ódio público não está amparada pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão, fato que ensejou seu voto pela rejeição do recurso ordinário epigrafado.

Partindo-se para a análise jurisprudencial, tem-se a ideia de que a compatibilização entre os institutos principais, tanto da ordem social, quanto da ordem econômica/financeira, deve-se fazer por meio da igualdade, fraternidade, dignidade, sabendo-se que há uma necessidade, nesse caso, recíproca, ou seja, cidadão com cidadão, no caso social, e empregado com empregador e vice-versa, na ordem econômica.

Observa-se que os direitos de primeira geração ou de liberdade, são aqueles que têm por titular um indivíduo, sendo oponíveis ao Estado. Traduzem faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que, na visão de Bonavides, é o traço mais característico. Não obstante, mostram-se ainda como direitos de resistência ou oposição perante o Estado, sendo de característica *status negativus* de Jellinek.⁴

Ressalta-se que a liberdade, fundamentada anteriormente, aparece associada à dignidade humana, podendo-se pressupor uma interação com a igualdade entre os membros da família humana.⁵

No plano dos direitos de segunda geração, observa-se como pilar principal a igualdade, traduzindo-se por direitos sociais, entendidos como direitos de grupos sociais menos favorecidos, e que impõe ao Estado uma obrigação de fazer, de prestar direitos positivos, como, *in verbis*, saúde, educação e moradia. Baseiam-se na igualdade material, ou seja, na redução de desigualdades, no pressuposto de que não é suficiente possuir liberdade sem a existência de condições mínimas para exercê-la.⁶

Na seara da terceira dimensão dos direitos fundamentais se encontra em destaque a fraternidade. As primeiras dimensões concentram direitos pertencentes ao indivíduo, não possuindo foco na coletividade. Entretanto, os direitos relacionados à fraternidade possuem foco coletivo, como direito ambiental e consumerista.⁷

Destaca-se, porém, que há outras propostas de dimensões de direitos fundamentais que fogem da teoria original de Karel Vasak, como os Direitos Biológicos, que para Norberto Bobbio podem ser chamados de direitos de quarta dimensão, já que se referem aos efeitos traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá a manipulação do patrimônio genético de indivíduos.⁸

3. Idem.

4. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 563-564.

5. LAZARI, Rafael de; GARCIA, Bruna Pinotti. *Manual de direitos humanos*. 2. ed. Salvador: JusPodium, 2015. p. 112.

6. CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, 2010. Disponível em: [www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf]. Acesso em: 27.12.2017.

7. LAZARI, Rafael de. *Manual de direito constitucional*. Belo Horizonte: Ed. D' Plácido, 2017. p. 375.

8. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 25.

Nesse ponto, se faz de extrema necessidade ressaltar a importância do princípio da liberdade, porém aqui analisada de forma especial a liberdade religiosa, inclusa nos direitos de primeira dimensão, a qual assume papel essencial não somente na ordem social, mas também na ordem econômica. Ademais, como todos sabem o Estado é laico, e não ateu. Para isso basta ler o preâmbulo da magnífica Carta Constitucional de 1988.

O conceito da liberdade religiosa se agiganta, pois se funda na doutrina dos direitos fundamentais, a qual, por sua vez, tutela a crença, o culto e as demais atividades religiosas, dos indivíduos e das organizações religiosas, e consagra a neutralidade estatal.

A importância da liberdade de religião está prevista no famoso artigo 5º, nos incisos VI e VIII, da Carta Magna, que contém o ensinamento de inviolabilidade à liberdade de consciência e de crença, assegurando-se o livre exercício de cultos religiosos e a proteção aos locais desses. De modo não diferente, ainda prevê que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa, com a exceção dos casos em que o indivíduo invocar a religião para se eximir de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa fixada em lei.

Todo direito fundamental, tal como a liberdade de religião, tem como intuito a proteção do homem, individualmente ou coletivamente. Pode ser compreendido pela proteção contra abusos e ilegalidades estatais e de particulares, como ilegalidades perante a liberdade, tutelando, assim, gerações presentes e futuras.

Entretanto, há entendimentos de que os direitos fundamentais não são precipuamente direitos individuais contra abusos estatais, como apresentado por muitos doutrinadores, mas elementos essenciais, ou melhor, fundamentais da ordem democrática, sendo compreensível que não estejam, se se partir desse paradigma, à disposição de seus titulares.⁹

Nessa seara, tem a afirmativa de que o direito, o estado e a religião andam em conjunto, sendo que esta última exerce importante influência sob o poder político.¹⁰

Explica-se o porquê, ao incentivar a liberdade religiosa, o constituinte possibilitou a desconcentração do poder político, fato que ensejou o extermínio da perigosa concentração de poder.¹¹

Nesse sentido, tem-se a lição de Jayme Weingartner Neto que explicita: "O direito à liberdade religiosa visa a proteger o *fórum internum*, de modo a impedir qualquer pressão, direta ou indireta, explícita ou implícita, às opções de fé"¹²

Como muito bem preceituado por Ives Gandra Martins, tanto a Igreja, quanto o Estado – leia-se Democrático – são atuantes em diversas áreas, porém não devendo haver influência entre eles. Na primeira tem-se a atuação da promoção do ser humano, incutindo-lhe valores e preparando-o para

9. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 130.

10. TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. *A liberdade religiosa no direito constitucional brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 153.

11. RUTHERFORD, Jane. Religion, rationality, and special treatment. *William & Mary Bill of Rights Journal*, n. 9, p. 303-351, february 2001.

12. WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 113.

a vida eterna; já o outro tem o papel de organização da sociedade e prestação de serviços públicos aos cidadãos.¹³

No papel que as Igrejas (religiões) assumem, encontra-se a prevalência de questões éticas, um fator que auxilia a evolução na economia, trazendo um polo de respeitabilidade.¹⁴

Os valores religiosos, nas diversas religiões existentes, se mostram como apoio a uma concorrência justa e a condições dignas, promovendo assim o desenvolvimento econômico e social.

Dizer que a liberdade de expressão deve sofrer diversos limites é algo que deve ser tratado com parcimônia. A liberdade de expressão deve ser preservada, como norma constitucional de extrema importância para a sociedade brasileira. Entretanto, incitações de ódio, que sugerem combate entre grupos, raças e religiões, como observa-se mundo afora, devem sofrer intervenção do Judiciário como órgão pacificador estatal. Concorde-se, assim, com os votos vencedores do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, adéqua-se ao caso que a religião provê força ao crescimento econômico e social, com seus princípios adeptos pelos seus seguidores, ou seja, princípios éticos e morais, já que a respeitabilidade pregada pela maioria das religiões no Brasil é preceituada em valores consequentes da dignidade da pessoa humana e da fraternidade, fazendo-se, assim, de valor essencial para as Ordens Sociais e Econômicas/Financeiras.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, 2010. Disponível em: [www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade_de__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf]. Acesso em: 16.03.2018.
- LAZARI, Rafael de. *Manual de direito constitucional*. Belo Horizonte: Ed. D' Plácido, 2017.
- LAZARI, Rafael de; GARCIA, Bruna Pinotti. *Manual de direitos humanos*. 2. ed. Salvador: JusPodium, 2015.
- MARTINS, Ives Gandra. *Liberdade religiosa e economia*. Disponível em: [www.mundolusiada.com.br/colunas/sociedade-brasileira/liberdade-religiosa-e-economia/]. Acesso em: 15.03.2018.
- RUTHERFORD, Jane. Religion, rationality, and special treatment. *William & Mary Bill of Rights Journal*, n. 9, p. 303-351, february 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. *A liberdade religiosa no direito constitucional brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

13. MARTINS, Ives Gandra. *Liberdade religiosa e economia*. Disponível em: [www.mundolusiada.com.br/colunas/sociedade-brasileira/liberdade-religiosa-e-economia/]. Acesso em: 15.03.2018.

14. Idem.

WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

RICARDO BISPO RAZABONI JUNIOR

Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha de Marília/SP. Bolsista CAPES/PROSUP-Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Pós-Graduando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Fundação Educacional do Município de Assis. Membro do Grupo de Pesquisa REI (Relações Institucionais). Todos os lados do art. 2º da Constituição Federal e do Grupo de Pesquisa DiFuSo (Direitos Fundamentais Sociais), ambos cadastrados no diretório acadêmico de pesquisa do CNPQ. Professor de Pós-graduação lato sensu na Federal Concursos e Pós-graduações em São Paulo. Realiza Estágio-Docência na graduação do curso de Direito do Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha de Marília/SP. Advogado e Consultor Jurídico.

razabonijr@gmail.com

RAFAEL JOSÉ NADIM DE LAZARI

Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica, de São Paulo/SP. Mestre em Teoria do Estado pelo Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha, de Marília/SP. Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, de Presidente Prudente/SP. Professor da Graduação, do Mestrado e do Doutorado em Direito da Universidade de Marília/SP – UNIMAR. Autor, organizador e participante de inúmeras obras jurídicas, no Brasil e no exterior. Advogado.

prof.rafaeldelazari@hotmail.com

ALENCAR FREDERICO MARGRAF

Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Especialista em Direito Penal, Processo Penal e Criminologia, pelo Instituto Busato de Ensino. Pós-Graduado lato sensu, pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná, Núcleo de Ponta Grossa. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. Membro Efetivo do Instituto Paranaense de Direito Processual. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (maio 2013/maio 2015). Vice-líder do Grupo de Pesquisa “Relações Institucionais: todos os lados do artigo 2º da Constituição Federal” (certificado pela CAPES). Editor Chefe da Revista Aporia Jurídica da Faculdade CESCAGE. Professor de Ciência Política e Teoria do Estado e de Processo Penal nas Faculdades Integradas dos Campos Gerais (CESCAGE). Advogado e Pesquisador.

alencarmargraf@yahoo.com.br

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Edson Fachin, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Ministro Dias Toffoli.

Brasília, 6 de março de 2018.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator para o acórdão

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Trata-se de recurso em *habeas corpus* interposto contra acórdão, proferido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

“*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 2, §2º, LEI N. 7.716/89. DISCRIMINAÇÃO RELIGIOSA. RACISMO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE DOLO DE DISCRIMINAÇÃO. REVISÃO DE CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. EXERCÍCIO DOS DIREITOS DE LIBERDADE DE CULTO E DE RELIGIÃO. LIMITES EXCEDIDOS. SUBSUNÇÃO DA CONDUTA AO TIPO PENAL EM COMENTO. CASO QUE DIVERGE DO PRECEDENTE INVOCADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida,

segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

2. O princípio da congruência, em processo penal, reside na relação entre os fatos imputados na denúncia e os motivos do provimento do pedido de condenação. As instâncias ordinárias após a exauriente análise dos elementos probatórios, chegaram a conclusão de que o fato imputado ao paciente se subsumiu, perfeitamente, ao tipo penal em comento. Assim, não há que se falar em falta de congruência entre denúncia e o *decisium*, quando os fatos imputados ao paciente foram os mesmos que justificaram o édito condenatório.

3. As premissas firmadas pelas instâncias ordinárias dão conta de que não se trata apenas de defesa da própria religião, culto, crença ou ideologia, mas, sim, de um ataque ao culto alheio, que põe em risco a liberdade religiosa daqueles que professam fé diferente a do paciente. O acórdão impugnado expressamente considerou que o paciente pregava “*o fim das Igrejas Assembleia de Deus e igualmente pratica a intolerância religiosa contra judeus*”.

4. Pela simples leitura da sentença condenatória, percebe-se que as condutas atribuídas ao paciente e ao corréu eram direcionadas contra várias religiões (católica, judaica, espírita, satânica, wicca, islâmica, umbandista e, até mesmo, contra outras denominações da religião evangélica), pregando, inclusive o fim de algumas delas e imputando fatos criminosos e ofensivos aos seus devotos e sacerdotes, como assassinato, homossexualismo, prostituição, roubo, furto, manipulação, *et cetera*.

5. Maiores incursões no sentido de aferir se as palavras proferidas pelo réu, em textos e em vídeos, publicados na internet, possuíam ou não caráter discriminatório, bem como o dolo de incitar a discriminação religiosa, demandaria a

aprofundada incursão probatória, providência incompatível com os estreitos limites do *habeas corpus*.

Habeas corpus não conhecido.”

(HC 388.051/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 04/05/2017)

Narra o recorrente que:

a) o paciente, na condição de pastor da “Igreja Pentecostal Geração Jesus Cristo”, foi acusado e condenado em primeiro grau pela prática do crime previsto no art. 20, §2º, da Lei n. 7.716/89, providência confirmada em sede de apelação;

b) não se verificou congruência entre o objeto da imputação e o provimento condenatório, na medida em que o ato sentencial teria contemplado circunstâncias não descritas pela acusação;

c) as condutas atribuídas ao recorrente no título condenatório são destituídas de tipicidade formal, na medida que tais comportamentos não desbordam dos lindes da liberdade de expressão;

d) a título ilustrativo, pondera que *“as religiões de matriz cristã defendem que os não-cristãos não serão salvos e irão para o inferno, o que não deixa de ser um exercício de discriminação (“separação”; “segregação”), relativizado, porém, pelo seu direito de regular exercício da consciência ou de crença, refletindo-se na atipicidade material das condutas”, de modo que “o exercício regular do direito de religião compreende o direito de criticar religiões, não sendo lícito obstaculizar o confronto aberto de visões religiosas, similar ao que ocorre no campo político, em que as respectivas idéias podem ser abertamente examinadas, confrontadas e criticadas”;*

e) acrescenta que *“a condenação ideológica de outras crenças é mesmo inerente à prática religiosa”, bem como que, “ainda que fosse desejável que esta se desse em termos respeitosos e com urbanidade, trata-se de exercício de garantia Constitucionalmente assegurada”;*

f) a conduta realizada pelo recorrente não foi informada pelo dolo específico de discriminar, o que configuraria causa de atipicidade.

Por tais razões, postula a concessão da ordem para “*anular o processo em momento imediatamente anterior à prolação da sentença condenatória, que restou mantida em seus fundamentos pelo acórdão vergastado, haja vista o caráter extra petita destas decisões, ou que este Excelso Pretório simplesmente conceda a ordem para trancar o Processo nº 0153479- 93.2009.8.19.0001, seja pela atipicidade formal das condutas as quais foi condenado o Recorrente, seja por atipicidade material destas condutas, ou, em, último caso, por não terem sido animadas por dolo específico, tudo com esteio no do artigo 563 do CPP e artigo 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal*”.

A PGR opinou pelo desprovimento do recurso.

A defesa apresentou manifestação em que reitera os termos da pretensão recursal.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): 1. Conforme relatado, trata-se, em síntese, de recurso em *habeas corpus* em que se requer, em razão de suposta violação ao Princípio da Correlação, a anulação da sentença condenatória proferida. Subsidiariamente, persegue-se o trancamento da ação penal em decorrência da articulada atipicidade da conduta.

2. Quanto à alegação de ausência de congruência entre o objeto da imputação e o provimento condenatório, compreendo que a elucidação, durante o desenrolar do devido processo penal, de minúcias afetas às manifestações atribuídas ao paciente, não configura, por si só, violação ao Princípio da Correlação. É que tal proceder, na minha ótica, consubstanciaria, no muito, modificação da representação jurídica de um mesmo fato. A esse respeito, bem leciona a doutrina:

“A relação de identidade entre as duas representações não se estabelece em termos absolutamente lógicos, exigindo uma

identidade total e absoluta. Trata-se de um **conceito de identidade jurídico e não lógico. A representação do fato contido na imputação não precisa ser absolutamente idêntica à representação do mesmo fato contida na sentença. Não é necessário que haja uma adequação perfeita em toda sua extensão.** Pode haver variação de alguns elementos de ambas as representações dos fatos, sem que isso represente alteração do objeto do processo.

(...)

Em suma, **identidade do objeto do processo quer dizer a identidade entre as duas representações do fato, uma feita na imputação e a outra na sentença. Essa identidade, porém, não é lógica, mas jurídica, não requerendo uma absoluta coincidência e igualdade de ambas as representações.**" (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 104-105, grifei)

Verifico que, no caso em mesa, a denúncia narra que o recorrente, na companhia de terceiro, *"vem reiteradamente praticando e incitando a discriminação religiosa, inclusive por meios de comunicação"*, bem como que *"os denunciados, unidos pelo mesmo propósito e congregados na mesma cédula religiosa, difundem por meio de comunicação através da internet (vídeos e blogs) suas ideias de discriminação religiosa, além de ofenderem autoridades públicas e seguidores de outras manifestações de fé espiritual"*.

A explicitação mais pormenorizada do conteúdo de tais publicações, efetuada no transcurso da ação penal, não representa afronta à estabilidade do objeto do processo.

Assim, considerando que, em essência, os fatos que ensejaram a apresentação de denúncia correspondem àqueles reconhecidos em sede condenatória, tal alegação deve ser rejeitada.

3. Com efeito, a Constituição da República (art. 5º, XLII) prescreve que "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito

à pena de reclusão, *nos termos da lei*”, deixando, portanto, de precisar quais condutas configuram a infração penal em comento.

Nessa medida, o legislador ordinário, de acordo com sua liberdade de conformação, tipificou (art. 20, Lei 7.716/89), **em estrutura única**, a conduta de “*praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.*”

Tal compreensão ainda é compatível com a jurisprudência desta Corte. No cognominado caso Ellwanger, o Tribunal enfrentou a questão atinente à imprescritibilidade de suposta conduta preconceituosa voltada à comunidade judaica. Na ocasião, assentou-se que “*com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana*”, de modo que “*a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social.*” (HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, *grifei*). Na mesma oportunidade, esclareceu o eminente Ministro Gilmar Mendes (*grifei*):

“Todos os elementos em discussão no presente processo, levam-me à convicção de que **o racismo, enquanto fenômeno social e histórico complexo, não pode ter o seu conceito jurídico delineado a partir do referencial raça**. Cuida-se aqui de um **conceito pseudo-científico, notoriamente superado**. Não estão superadas, porém, as manifestações racistas aqui entendidas como aquelas **manifestações discriminatórias assentes em referências de índole racial** (cor, religião, aspectos étnicos, nacionalidade, etc.).”

De tal modo, o legislador selecionou o aspecto religioso como característica político-social, em tese, apta a perfectibilizar a hipótese

incriminadora, razão pela qual a regência segundo tal estatuto é inafastável.

4. Quanto ao trancamento da ação penal, de início, impende consignar a delicadeza do tema em apreço. Com efeito, se, por um lado, é incontroverso que alcançar uma sociedade simultaneamente livre e tolerante constitui um dos objetivos da República, de outro, é preciso reconhecer a dificuldade da consecução dessa finalidade em um cenário permeado por dogmas intocáveis, inconciliáveis e que têm fundamentos eminentemente emocionais e dissociados de verificações racionais. Esses entraves apenas se acentuam em uma sociedade cada vez mais formada por indivíduos vocacionados a olhares internos despidos de maior alteridade.

É sabido ainda que, *“na prática, cada indivíduo crê que está professando sua fé dentro da religião correta e que aquela é a melhor para ele, sendo que esse movimento de certeza de sua crença já contém uma intrínseca hierarquização”*. (FUZIGER, Rodrigo. As margens de Estige: o direito penal e a limitação dos crimes de ódio relacionados à religião. Revista de Ciências Penais. Ano 9. Vol. 17, jul/dez., 2012)

É nessa ambiência que proponho a avaliação da observância dos limites do exercício das liberdades constitucionais, enfatizando que, nesta ocasião, não se está aqui a implementar juízo moral frente ao conteúdo das publicações imputadas ao paciente. Descabe ao Poder Judiciário, na minha ótica, censurar, por razões estritamente metajurídicas, manifestações de pensamento. Como bem observado pelo então Chefe do Poder Judiciário da Inglaterra, Karry K. Woolf, *os juízes “não devem agir como censores ou árbitros do bom gosto”* (LEWIS, Antony. Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição americana. Trad. Rosana Nucci. São Paulo: Aracati. 2011, p. 99). Assim, eventual infelicidade de declarações e explicitações escapa do espectro de atuação do Estado-Juiz.

Fica o registro, contudo, da célebre frase do escritor francês Victor Hugo: **“a tolerância é a melhor das religiões”**, bem como o desejo explicitado por José Saramago, do qual comungo:

“Eu acredito no respeito pelas crenças de todas as pessoas, mas gostaria que as crenças de todas as pessoas fossem capazes de respeitar as crenças de todas as pessoas.”

Passo a averiguar as consequências jurídico-penais da publicação atribuída ao paciente.

5. Pondero que a liberdade religiosa possui expresso agasalho constitucional, atuando, hodiernamente, a um só tempo, como âmbito negativo de intervenção estatal e elemento fundante da ordem constitucional. A esse respeito, prescreve a Constituição (art. 5º):

“VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;”

A liberdade religiosa, por sua vez, abrange o livre exercício de consciência, crença e culto. Ou seja, alcança a escolha de convicções, de optar, ou não, por determinada religião, de empreender proselitismo e de explicitação de atos próprios de religiosidade. A esse respeito, colaciono escólio doutrinário:

“A liberdade de consciência consiste essencialmente na liberdade de opção, de convicções e de valores, ou seja, a

faculdade de **escolher os próprios padrões de valoração ética ou moral da conduta própria ou alheia**. A **liberdade de religião** é a liberdade de adotar ou não uma religião, de escolher uma determinada religião, **de fazer proselitismo num ou noutro sentido, de não ser prejudicado por qualquer posição ou atitude religiosa ou antirreligiosa**. A **liberdade de culto** é somente uma dimensão da liberdade religiosa dos crentes, compreendendo o **direito individual ou coletivo de praticar os atos externos de veneração próprios de uma determinada religião.**" (GOMES CANOTILHO, JJ. Moreira, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol. 1. 1ed. Brasileira. São Paulo. 2007. p. 609, *grifei*)

Na mesma direção, a Convenção Americana de Direitos Humanos prescreve o seguinte:

"Artigo 12 - Liberdade de consciência e de religião

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a **liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.**"

Como se vê, a proteção à liberdade religiosa não se limita à crença, irradiando-se sobre condutas religiosas exteriores:

"(...) a liberdade religiosa não seria adequadamente tutelada se admitisse uma tão estrita como simplificadora bipolaridade entre crença (blief) e conduta (action), que resultasse numa generosa proteção da primeira e na desvalorização da segunda." (MACHADO, Jônatas. Liberdade Religiosa numa comunidade constitucional inclusiva. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p 222, *grifei*)

E ainda:

“(...) a liberdade de conduta religiosa, em um ambiente constitucional de liberdade, integra o núcleo duro da própria ideia de liberdade religiosa.” (TAVARES, André Ramos. O direito fundamental ao discurso religioso: divulgação da fé, proselitismo e evangelização. Disponível em http://www.cjlp.org/direito_fundamental_discurso_religioso.html, acesso em 20.10.2016, *grifei*)

Assim, a liberdade de expressão funciona como condição de tutela efetiva da liberdade religiosa, assegurando-se, em tal medida, a explicitação de compreensões religiosas do indivíduo e atuações conforme a crença. Caso contrário, ao invés de verdadeira liberdade, ter-se-ia mera indiferença religiosa, o que não se conforma com a envergadura constitucional da matéria.

6. Por outro lado, a liberdade religiosa, como é próprio dos direitos e garantias fundamentais, não ostenta caráter absoluto, devendo ser exercitada de acordo com a delimitação precisada pela própria Constituição, forte no Princípio da Convivência das Liberdades Públicas. Nesse sentido, observa Ada Pellegrini Grinover que as liberdades públicas:

“(...) têm sempre feito e finalidades éticas, não podendo proteger abusos nem acobertar violações. (...) as liberdades públicas não podem ser entendidas em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que **nenhuma delas pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias”** (GRINOVER, Ada Pellegrini. Liberdades públicas e processo penal, São Paulo, Ed. RT, 1982, p. 251, *grifei*)

Nessa perspectiva, cumpre assinalar que o repúdio ao racismo figura como um dos princípios que regem a República Federativa do Brasil em suas relações internacionais (art. 4º, VIII), a denotar a relevância, sob o ângulo constitucional, da matéria.

Ademais, o tipo penal previsto na Lei 7.716/89 constitui desdobramento de mandamento de criminalização expresso constitucionalmente, nos termos do art. 5º:

“XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;”

Impende assinalar, todavia, que a Constituição não delimitou o espaço proibitivo disciplinado, exigindo-se, para tanto, a edição de legislação ordinária. Nessa perspectiva, já aproximadamente três meses após a promulgação da Constituição, publicou-se a Lei 7.716/89, que, após alterações, assim dispõe:

“Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa.”

A questão que ora se coloca, em apertada síntese, diz respeito à possível colisão entre as liberdades de expressão e religiosa e o repúdio ao racismo. Indispensável perquirir, no caso concreto, a conformidade constitucional das opiniões explicitadas pelo paciente e se desbordam, ou não, dos limites do exercício das liberdades constitucionalmente asseguradas.

7. A característica plural da Constituição impõe que interesses de tal jaez, na hipótese em que colidentes, sejam contrastados a fim de alcançar a máxima efetividade de ambos.

Com efeito, as nuances da sociedade brasileira impõem, como condição de vida em comunidade, que as posições divergentes sejam mutuamente respeitadas, reclamando-se tolerância em relação ao diferente.

Isso não significa, à obviedade, que se exija concordância ou persuasão. As normas de bem viver, na realidade, guardam pertinência com condutas de consideração recíproca, verdadeira regra de ouro de comportamento.

Vale ressaltar que os limites de discursos **religiosos** não coincidem, necessariamente, com explicitações atinentes aos demais elementos normativos do tipo, quais sejam, raça, cor, etnia ou procedência nacional.

Considerando que *“a mensagem religiosa não pode ser tratada exatamente da mesma forma que qualquer mensagem não religiosa”* (MACHADO, Jônatas. *Liberdade Religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p 226), passo a perquirir os limites do exercício da **liberdade de expressão religiosa** de acordo com as particularidades de explicitações dessa natureza.

8. Esclareço que diversas religiões ostentam caráter universalista, vale dizer, almejam converter o maior número possível de pessoas. Embora nem todas as religiões detenham referida característica, o cristianismo, de modo geral (religião professada pelo paciente), persegue objetivo universalista.

A esse respeito, aponto a passagem bíblica em Marcos 16.15: *“Ide por todo o mundo, pregai o evangelho a toda criatura”*, a denotar que a máxima profusão de seus ideais constitui característica marcante do cristianismo. Esse dado não pode ser desprezado.

Nessa medida, tolher o proselitismo indispensável à consecução das finalidades de religiões que se pretendem universais configuraria, ao fim e ao cabo, o ataque ao núcleo essencial da **liberdade de expressão religiosa**.

Importante consignar que o proselitismo religioso, em diversas oportunidades, é implementado à luz de um contraste entre as mais diversas religiões. Em outras palavras, o indivíduo que almeja a conversão de outrem, não raras vezes o faz sob argumentos de hierarquização entre religiões, almejando demonstrar a superioridade de suas próprias crenças, de modo que, corriqueiramente, as religiões pretendem assumir contornos de doutrinas de primeira ordem. Nessa linha:

“Uma teoria de primeira ordem carrega em seu bojo a concepção de que é a única e adequada, sendo as demais inválidas ou equivocadas; esta rejeição é, invariavelmente, intrínseca, quer dizer, acaba assumindo uma conotação religiosa; em outras palavras, não é apenas um afastar-se de outras religiões, mas sim um enxergar nelas conotações contra-religiosas.

(...)

Portanto, é pacífico o entendimento segundo o qual o **proselitismo religioso, mesmo com os elementos que indubitavelmente o marcam, quais sejam, a negação e a desconsideração das demais religiões, gerando, em certo grau, uma animosidade é, em realidade, compreensível, como elemento integrante da liberdade religiosa (tecnicamente, está alocado em seu núcleo essencial).**

(...) é natural do discurso religioso praticado pelas Igrejas, em especial pelas instituições daquelas religiões de pretensão universalista, pregar o rechaço às demais religiões. Esta postura integra o núcleo central da própria liberdade de religião.”(TAVARES, André Ramos. O direito fundamental ao discurso religioso: divulgação da fé, proselitismo e evangelização. Disponível em http://www.cjlp.org/direito_fundamental_discurso_religioso.html, acesso em 20.10.2016, *grifei*)

O proselitismo, portanto, ainda que acarrete incômodas comparações religiosas, não materializa, por si só, o espaço normativo dedicado à incriminação de condutas preconceituosas. Referida ação constitui não apenas desdobramento da liberdade de expressão religiosa, mas, mais do que isso, figura como núcleo essencial desse direito, de modo que negar sua prática configuraria, inafastavelmente, excessiva restrição às liberdades constitucionais. Na linha da vedação de criminalização, em si, do proselitismo religioso:

“(...) a criminalização do proselitismo em termos genéricos traduzir-se-ia, não na proteção de um bem fundamental devidamente identificado, mas sim na proibição de uma conduta religiosa, independentemente do impacto que a mesma pudesse vir a ter, ou não, nos bens fundamentais constitucional e penalmente tutelados. Tal solução, ao transferir para as autoridades administrativas vastos poderes de restrição do direito à liberdade religiosa, deve ter-se, evidentemente, como constitucionalmente inadmissível.” (MACHADO, Jônatas. *Liberdade Religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p 229, *grifei*)

Assim, eventual animosidade decorrente de observações desigualadoras não configura, necessariamente, preconceito ou discriminação. Cabe investigar, portanto, em que medida o proselitismo religioso é constitucionalmente admitido e em quais hipóteses desborda das balizas da liberdade de expressão religiosa e pode fazer incidir a figura típica atinente a condutas discriminatórias e preconceituosas.

9. Conforme mencionado, a comparação entre religiões é da essência de condutas afetas à liberdade religiosa, mormente na hipótese das religiões universalistas e que pretendem alcançar seus objetivos mediante proselitismo. Tal proceder passa, necessariamente, por juízos de

de condutas afetas à liberdade religiosa, mormente na hipótese das religiões universalistas e que pretendem alcançar seus objetivos mediante proselitismo. Tal proceder passa, necessariamente, por juízos de desigualação, com o objetivo de angariar novos fiéis ou de direcionar o comportamento dos adeptos à religião.

Todavia, discursos que evidenciem diferenças ou até mesmo juízos de superioridade não consubstanciam, automaticamente, preconceito ou discriminação, sob pena de, como já dito, esvaziamento do núcleo essencial das manifestações religiosas, compreendidas em sua inteireza.

Segundo Norberto Bobbio, em clássica obra, a desigualação desemboca em discriminação, no sentido do elemento objetivo do tipo penal, na hipótese em que ultrapassar, **de forma cumulativa, três etapas**. A primeira delas, relaciona-se a um juízo cognitivo em que se reconhecem as diferenças entre os indivíduos:

“(...) isto é, na constatação da diversidade entre homem e homem, entre grupo e grupo. Num juízo de fato deste gênero, não há nada de reprovável: os homens são de fato diferentes entre si. Da constatação de que os homens são desiguais, ainda não decorre um juízo discriminante.” (BOBBIO, Norberto. Elogio da serenidade. São Paulo: Editora Unesp, 2000, p. 108, *grifei*)

Já na segunda, implementa-se um juízo valorativo direcionado à hierarquização:

“O juízo discriminante necessita de um juízo ulterior, desta vez, não mais de fato, mas de valor: ou seja, necessita que, dos dois grupos diversos, um seja considerado bom e o outro mau, ou que um seja considerado civilizado e o outro bárbaro, um superior (em dotes intelectuais, em virtudes morais, etc) e o outro inferior. Compreende-se muito bem que uma coisa é dizer que dois indivíduos ou grupos são diferentes, tratando-se

de uma mera constatação de fato que pode ser sustentada por dados objetivos, **outra coisa é dizer que o primeiro é superior ao segundo.**" (BOBBIO, Norberto. Elogio da serenidade. São Paulo: Editora Unesp, 2000, p. 108, *grifei*)

Na hipótese de discursos religiosos, a comparação entre crenças e a ocorrência de explicitações de qual é a mais adequada entre elas é da essencialidade da liberdade de expressão religiosa.

Por fim, a terceira e indispensável fase consiste em um juízo em que se exterioriza a necessidade ou legitimidade de exploração, escravização ou eliminação do indivíduo ou grupo tido como inferior:

"Para que a discriminação libere todas as suas consequências negativas, não basta que um grupo, com base num juízo de valor, afirme ser superior ao outro. Pode-se muito bem pensar num indivíduo que se considere superior ao outro mas não extraia de modo algum deste juízo a consequência de que é seu dever escravizá-lo, explorá-lo ou até mesmo eliminá-lo." (BOBBIO, Norberto. Elogio da serenidade. São Paulo: Editora Unesp, 2000, p. 108, *grifei*)

Hodiernamente, possível compreender que essa terceira fase se contenta com o juízo de, sob qualquer aspecto, violar a dignidade humana dos praticantes de determinada religião, forte na dimensão subjetiva que se tem conferido ao aludido fundamento da República. Assim, não apenas a finalidade de eliminação, mas também o intuito de supressão ou redução de direitos fundamentais sob razões religiosas já configura, em si, conduta discriminatória e, nessa medida, não albergada pela Constituição e sujeita, em tese, à censura penal.

Necessário, portanto, precisar o sentido de exploração e eliminação, que, nas palavras de Bobbio, relaciona-se à avaliação de que o suposto superior detém o dever e, ao mesmo tempo, a prerrogativa de subjugar o indivíduo considerado inferior:

“(…) com base precisamente no juízo de que uma raça é superior e a outra inferior, sustenta que **a primeira deve comandar, a segunda obedecer, a primeira dominar, a outra ser subjugada, a primeira viver, a outra morrer. Da relação superior-inferior podem derivar tanto a concepção de que o superior tem o dever de ajudar o inferior a alcançar um nível mais alto de bem-estar e civilização, quanto à concepção de que o superior tem o direito de suprimir o inferior.** (...) **“Somente quando a diversidade leva a este segundo modo de conceber a relação entre superior e inferior é que se pode falar corretamente de uma verdadeira discriminação, com todas as aberrações dela decorrentes.”** (BOBBIO, Norberto. Elogio da serenidade. São Paulo: Editora Unesp, 2000, p. 109, *grifei*)

Já nas hipóteses em que se reconhece que cabe ao pretense superior prestar uma espécie de auxílio ao considerado inferior, verifica-se a presença tão somente das primeiras etapas (cognitivas e valorativas, mas não a terceira que legitimaria a dominação), de modo que, nesses casos, não se cogita de conduta discriminatória apta a desafiar a reprimenda penal. Na mesma direção:

“O embate religioso, invariavelmente, envolve esta concepção de que determinada religião ou igreja há de ajudar o terceiro a alcançar um nível mais alto de bem-estar, de salvação. Esta é a pedra angular, por exemplo, do cristianismo, presente na sua missão de evangelizar (tema já desenvolvido neste presente artigo), reputada como um dever, mas não apenas do cristianismo. **Esta conduta, contudo, não implica discriminação. Apenas a concepção de que o superior tem o direito de suprimir o inferior** (que só pode ser verificada adequadamente em cada caso concreto e que não se manifesta no caso em apreço) **é que enseja prática discriminatória, a ser, por conseguinte, considerada legalmente (penalmente) censurável.**” (TAVARES, André Ramos. O direito fundamental

ao discurso religioso: divulgação da fé, proselitismo e evangelização. Disponível em http://www.cjlp.org/direito_fundamental_discurso_religioso.html, acesso em 20.10.2016, *grifei*)

Ou seja, o discurso proselitista associa-se ao dever de suposto auxílio a adeptos de outras religiões, vistas como equivocadas. Objetiva-se assegurar que o outro alcance o mesmo nível moral em que o agente se vê, ou ao menos se imagina, inserido. Assim, **o discurso que persegue alcançar, pela fé, adeptos de outras fés, não se qualifica intrinsecamente como discriminatório.**

Sendo assim, no embate entre religiões, a tolerância é medida a partir dos **métodos de persuasão** (e não imposição) empregados. Nessa direção, no contexto religioso, a tentativa de persuasão pela fé, sem contornos de violência ou voltados diretamente ao ataque à dignidade humana, não destoam das balizas da tolerância a ponto de legitimar a incriminação na seara penal.

Em outras palavras, para fins de tipicidade penal, a eliminação perseguida pelo agente não pode se inserir na dissipação da crença distinta por critérios de persuasão, ainda que questionáveis.

Também descabe potencializar o proselitismo, por si, para fins de reconhecimento de realização de uma espécie de “*guerra santa*”, mantida com base em discurso odioso, tampouco para legitimar atos de violência ou perseguição aptos a macular a dignidade humana. Acerca do tema, colaciono o elucidativo ensinamento doutrinário:

“Tolerância, no âmbito da liberdade de expressão religiosa, pressupõe, sim, um discurso contrário às demais religiões, em sua pretensão proselitista. A conversão dos adeptos de outras religiões há de se dar pela persuasão dos argumentos, e não pela força ou violência. Este é o sentido constitucionalmente adequado da tolerância, no seio da liberdade religiosa, e não a imposição de que as religiões reconheçam, umas às outras, a validade das crenças opostas,

discordantes ou concorrentes.” (TAVARES, André Ramos. O direito fundamental ao discurso religioso: divulgação da fé, proselitismo e evangelização. Disponível em http://www.cjlp.org/direito_fundamental_discurso_religioso.html, acesso em 20.10.2016, *grifei*)

Nesses exatos termos, cito precedente de minha lavra em caso semelhante:

“RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. DIREITO PENAL. CRIME DE RACISMO RELIGIOSO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. IMPRESCRITIBILIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL EXPRESSA. LIVRO. PUBLICAÇÃO. PROSELITISMO COMO NÚCLEO ESSENCIAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

1. Não se reconhece a inépcia da denúncia na hipótese em que a tese acusatória é descrita com nitidez e o acusado pode insurgir-se, com paridade de armas, contra o conteúdo veiculado por meio da respectiva peça acusatória.

2. Nos termos da jurisprudência do STF, “*a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social*” (HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003), de modo que o conceito jurídico associado ao racismo não pode ser delineado a partir de referências raciais ancoradas em compreensões científicas há muito superadas. Assim, a imprescritibilidade de práticas de racismo deve ser aferida segundo as características político-sociais consagradas na Lei 7.716/89, nas quais se inserem condutas exercitadas por razões de ordem religiosa e que se qualificam, em tese, como preconceituosas ou discriminatórias.

3. A liberdade religiosa e a de expressão constituem elementos fundantes da ordem constitucional e devem ser exercidas com observância dos demais direitos e garantias

fundamentais, não alcançando, nessa ótica, condutas reveladoras de discriminação.

4. No que toca especificamente à liberdade de expressão religiosa, cumpre reconhecer, nas hipóteses de religiões que se alçam a universais, que o discurso proselitista é da essência de seu integral exercício. De tal modo, a finalidade de alcançar o outro, mediante persuasão, configura comportamento intrínseco a religiões de tal natureza. Para a consecução de tal objetivo, não se revela ilícito, por si só, a comparação entre diversas religiões, inclusive com explicitação de certa hierarquização ou animosidade entre elas.

5. O discurso discriminatório criminoso somente se materializa após ultrapassadas três etapas indispensáveis. Uma de caráter cognitivo, em que atestada a desigualdade entre grupos e/ou indivíduos; outra de viés valorativo, em que se assenta suposta relação de superioridade entre eles e, por fim; uma terceira, em que o agente, a partir das fases anteriores, supõe legítima a dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais do diferente que compreende inferior.

6. A discriminação não libera consequências jurídicas negativas, especialmente no âmbito penal, na hipótese em que as etapas iniciais de desigualação desembocam na suposta prestação de auxílio ao grupo ou indivíduo que, na percepção do agente, encontrar-se-ia em situação desfavorável.

7. Hipótese concreta em que o paciente, por meio de publicação em livro, incita a comunidade católica a empreender resgate religioso direcionado à salvação de adeptos do espiritismo, em atitude que, a despeito de considerar inferiores os praticantes de fé distinta, o faz sem sinalização de violência, dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais.

8. Conduta que, embora intolerante, pedante e prepotente, se insere no cenário do embate entre religiões e

decorrente da liberdade de proselitismo, essencial ao exercício, em sua inteireza, da liberdade de expressão religiosa. Impossibilidade, sob o ângulo da tipicidade conglobante, que conduta autorizada pelo ordenamento jurídico legitime a intervenção do Direito Penal.

9. Ante a atipicidade da conduta, dá-se provimento ao recurso para o fim de determinar o trancamento da ação penal pendente.”

(RHC 134682, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 29/11/2016, *grifei*)

Fixadas tais premissas, passo a analisar, no caso concreto, se a conduta imputada ao paciente configura, em tese, fato preconceituoso ou discriminatório e, portanto, conduta de aparente tipicidade penal.

10. A sentença condenatória reproduz os seguintes trechos atribuídos ao paciente e que traduziriam ofensa a grupo religioso (sem grifo no original):

“O laudo de exame audiográfico de fls. 287/293 relata o conteúdo de um vídeo no qual o acusado Tupirani **exibe os livros 'guia das ciências ocultas', 'Wicca', 'Feitiçaria Antiga', 'Dogma' e 'Ritual de Alta Magia' e 'São Cipriano, o Bruxo', afirmando que:**

(1) **irão para o lixo** e que não os rasgaria para não sujar o estúdio.

(2) aduz que **seu ministério é superior às religiões pagãs onde pessoas sofrem, padecem, são estupradas, violentadas, vivem em medo, em angústia, em aflição.**

(3) Acrescenta que **satanismo não é religião, que lugares onde as pessoas são destruídas e marionetadas a seguir caminhos de podridão, não são religião.**

(4) Afirma ainda que **o conteúdo dos referidos livros ensina enganos, a roubar, a furtar, a dominar o sentimento dos outros.**

(5) Diz, por fim, se tratar de **pilantragem e hipocrisia, e que é uma religião assassina como o Islamismo.**

(...)

Na notícia crime que deu origem a instauração do inquérito policial nº 218- 00399/2009, foi transcrito texto extraídos do blog www.ogritodameianoite.spaces.live.com, no qual o acusado Tupirani se refere à outra religião como 'prostituta espiritual' e à Igreja Católica como 'prostituta católica'.

O mesmo texto consta da impressão acostada às fls. 38 dos autos e extraído do site <http://geraçãojesuschristo.spaces.live.com/blog>, sob o título 'UNIVERSAL E GRAÇA (LIDERANÇAS ASSASSINAS)'.

No mesmo site da Igreja Geração Jesus Cristo, o acusado Tupirani se apresenta em texto intitulado '*A Trajetória de um Restaurador – um Homem Comum Com objetivos incomuns*', no qual narra que '*quando da gravidez da minha mãe, e após estar marcado o dia do parto, no terreiro de macumba foi dada pelo demônio uma fita vermelha, isto com o objetivo de que, na hora do parto, esta fosse amarrada na barriga da minha mãe. Não sei se a intenção de Satanás era matar-me ou aliar-me, mas a questão é que a fita foi esquecida em casa, e assim eu não nasci debaixo daquela maldição e influência satânica.*'

Examinados os trechos acima destacados, conclui-se ter restado demonstrada a existência material do delito.

As afirmações em análise, proferidas em vídeos veiculados ou escritas em textos publicados na internet, determinam que **outras crenças diversas da Igreja Geração Jesus Cristo não podem ser consideradas religião. Neste sentido é clara a discriminação. E o preconceito se faz presente na alegação de que seus seguidores "sofrem" e "padecem", inclusive "estuprados" e "violentados", sendo**

"destruídos" e "marionetados a seguir caminhos de podridão", bem como alguns livros ensinariam a "roubar" e a "furtar".

Nota-se que não se trata de liberdade de expressão ou de livre manifestação religiosa, eis que **não se restringem seus autores a propagar sua crença, mas sim atacam as demais (Católica, Protestante, Espírita, Islâmica, Wicca), exorbitando o direito de crítica, por exemplo, em referências como "religião assassina", "líderes assassinos", "prostituta católica", "prostituta espiritual" e "pilantragem". Vinculam de forma pejorativa tais religiões à adoração ao Diabo, Demônio ou Satanás, uma vez que o termo satanismo foi utilizado pelas religiões abraâmicas para designar práticas religiosas que consideravam estar em oposição direta do Deus de Abraão (fl. 44/55)."**

É incontroverso que o paciente atua na condição de líder religioso. Por essa razão, suas explicitações devem ser concebidas de acordo com a regência da liberdade de expressão religiosa que, como já assentei, **não corresponde, em sua inteireza, à aplicável à liberdade de expressão associada aos demais elementos objetivo do tipo penal em apreço (art. 20 da Lei n. 7.716/89).**

Da leitura da sentença condenatória, revela-se indubioso que há efetivo embate entre convicções religiosas. Todavia, ainda que, eventualmente, os dizeres do paciente possam sinalizar animosidade, não se explicita conduta direcionada à escravização, exploração ou eliminação violenta das pessoas adeptas a crenças diversa.

A vinculação operada entre as crenças alvo dos discursos incriminados e características malignas cinge-se à afirmação da suposta superioridade da religião professada pelo paciente.

Ademais, conforme assentado pelo Superior Tribunal de Justiça, o discurso do paciente teria sido proferido **"contra várias religiões (católica, judaica, espírita, satânica, wicca, islâmica, umbandista e, até mesmo, contra outras denominações da religião evangélica)"**, sendo que muitas delas sequer

podem ser consideradas associadas a grupos minoritários. Esse cenário, a meu ver, corrobora que tais explicitações não se destinam à discriminação e subjugação dos adeptos de uma crença diferente determinada, mas, em verdade, voltam-se à exaltação da suposta correção e adequação da religião professada pelo paciente.

Nota-se, outrossim, a grave e inaceitável indicação de que os livros exibidos pelo paciente *“irão para o lixo e que não os rasgaria para não sujar o estúdio”*. Contudo, tal afirmação, com alto teor retórico, não desborda da ambiência dos exemplares do próprio agente.

Enfatizo que eventual desrespeito a objeto de culto alheio, em tese, poderia configurar a infração penal prevista no art. 208 do Código Penal:

“Ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo

Art. 208 - Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso:

Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa.”

Nada obstante, tal tema não se encontra em debate nesta sede. Vale dizer, o objeto da imputação veiculada nas instâncias ordinárias cinge-se aos aspectos tidos como discriminatórios e preconceituosos atinentes ao discurso atribuído ao paciente, e não à consecução de atos materiais que desbordem da espacialidade da expressão de pensamento.

A explicitação de aspectos de desigualação, bem como da suposta inferioridade decorrente de aspectos religiosos, não perfaz, por si, o elemento típico. Indispensável que se verifique o especial fim de violenta supressão ou redução da dignidade do diferente, elemento que confere sentido à discriminação que atua como verbo núcleo do tipo. Tal aspecto, todavia, não foi imputado ou reconhecido na seara das instâncias ordinárias, cenário que, a meu juízo, obsta a responsabilização penal.

Sendo assim, a afirmação de superioridade da crença professada pelo paciente, **apesar de indiscutivelmente intolerante, pedante e prepotente**, além de certamente questionável na própria ambiência em que explicitada, encontra guarida na liberdade de expressão religiosa e, em tal dimensão, não preenche o âmbito proibitivo da norma penal incriminadora.

11. Ressalte-se a dispensabilidade de revolvimento fático-probatório para lastrear a conclusão que ora se coloca. Presumindo verdadeiras as alegações acusatórias, depreende-se que a conduta objeto de imputação não se amolda ao tipo penal. Ao contrário, tal comportamento encontra respaldo nas fronteiras dos limites das liberdades constitucionais e, nessa medida, segundo critérios de tipicidade conglobante, não preenche hipótese autorizadora de intervenção do Direito Penal.

12. Diante do exposto, ante à atipicidade dos fatos conforme narrados na denúncia, **dou parcial provimento ao recurso para o fim de, em relação ao recorrente TUPIRANI DA HORA LOPES, determinar o trancamento da ação penal.**

É como voto.

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, inicio louvando o douto e aprofundado voto trazido por Vossa Excelência, mas dele ousou divergir.

Primeiramente, acompanho Vossa Excelência quanto à presença do princípio da congruência, como está na primeira parte de seu voto. Entretanto, quando Vossa Excelência verticaliza, para os fins de verificação do pedido de trancamento da ação penal, entendo que os fatos que estão colocados na sentença são da maior gravidade.

O Judiciário é o meio da pacificação social. E, historicamente, no Brasil, temos orgulho de nos dizer um País de tolerância religiosa. Isso faz

parte da essência da construção de nosso Estado democrático de Direito. E, surgindo a intolerância religiosa e havendo congruência com fatos tipificados como delito, cabe ao Estado, sim, agir: poderá condenar ou absolver seu suposto autor nas instâncias ordinárias.

A sentença transcreve uma série de fatos que estão colocados em vídeos, estão na internet de maneira permanente, alimentando o ódio, alimentando a intolerância. Vou destacar apenas uma frase. Veja o que se diz sobre o islamismo: "Diz, por fim, tratar-se de pilantragem e hipocrisia, e que é uma religião assassina". Não podemos tolerar este tipo de intolerância. Este tipo de atuação não se enquadra na liberdade de expressão, não se enquadra, com a devida vênia, na ideia de liberdade religiosa; muito pelo contrário. E cabe ao Estado fazer essa pacificação. Se o Estado não pacificar, vamos passar a viver uma guerra de religiões, porque aí a outra religião vai dizer que a outra é assassina, que a outra é pior do que ela, que ela é a melhor etc; e nós, ao invés de sermos um instrumento de pacificação social, com a devida vênia, Senhor Presidente, vamos aprofundar algo que está ocorrendo no mundo e pelo mundo afora, causando muita infelicidade, que é a intolerância. Nós temos que retomar a tolerância, mas de que forma? Ente tantas outras, sancionando - e nós temos o tipo penal que está aqui transcrito -, com base nessas breves linhas, com base no parecer lançado pela Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Eu vou, depois, apresentar um voto mais alentado por escrito, para não tomar o tempo da Turma, porque há muitos casos em julgamento, mas, desde logo, peço vênia para divergir de Vossa Excelência e negar provimento ao recurso ordinário em **habeas corpus**.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI :

Cuida-se de recurso em **habeas corpus** interposto contra acórdão proferido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça no bojo do qual se indeferiu a ordem, sob a compreensão de que a conduta do paciente não

consiste apenas na “defesa da própria religião, culto, crença ou ideologia, mas, sim, de um ataque ao culto alheio, que põe em risco a liberdade religiosa daqueles que professam fé diferente [d]a do paciente”.

Em seu douto voto, o eminente Relator, após rejeitar a alegação de violação do princípio da correlação na sentença condenatória, traçou substanciais considerações sobre o alcance da liberdade religiosa no texto constitucional (em suas facetas da liberdade de consciência, de crença e de culto) e, de modo exaustivo, abordou a percepção segundo a qual o proselitismo religioso não é, em si, elemento incriminador, tornando-se desconforme ao texto da Constituição Federal de 1988 – e nesse passo se sujeitando à tipificação penal – quando se associe à “finalidade de eliminação” ou ao “intuito de supressão ou redução de direitos fundamentais sob razões religiosas”.

Concluiu Sua Excelência, ao final, que, no caso dos autos, o paciente, atuando na condição de líder religioso, exibiu explicitações que “não se destinam à discriminação e subjugação dos adeptos de uma crença diferente determinada, mas, em verdade, voltam-se à exaltação de suposta correção e adequação da religião professada pelo paciente”, razão pela qual proferiu seu voto pelo parcial provimento do recurso, a fim de, em relação ao recorrente Tupirani da Hora Lopes, determinar o trancamento da ação penal.

Na sessão de 6/3/18, apontei que estava de acordo quanto à observância, na sentença, do princípio da correlação, mas que, em minha compreensão, ante os fatos de maior gravidade apresentados naquele **decisum**, era caso de se negar provimento ao recurso ordinário.

Entendo, tal qual o Relator, que é estreme de dúvidas a existência de vasta proteção constitucional à liberdade de crença no direito brasileiro.

De fato, já **sob os primeiros raios da República brasileira, consagrou-se, em âmbito normativo, o respeito à liberdade de crença**, e foi sob essa influência longínqua que a Constituição Federal de 1988 fez clarividente, em seu texto, a proteção à **liberdade de crença**, sob as **variadas nuances desse direito**. De fato, como salienta Sergio Gardenghi:

STF – Recurso Ordinário em Habeas Corpus 146.303/RJ – Comentário por RICARDO BISPO RAZABONI JUNIOR, RAFAEL JOSÉ NADIM DE LAZARI e ALENCAR FREDERICO MARGRAF: Incitação à discriminação religiosa e a liberdade de expressão. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 111. ano 27. p. 235-309. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2019.

“Não há, com efeito, uma única liberdade religiosa na Constituição de 1988, mas sim uma plêiade de posições jurídicas do indivíduo e das organizações religiosas em face do Estado e dos demais particulares. Essas posições jurídicas podem ser agrupadas em quatro dimensões distintas, a saber: a) liberdade de consciência religiosa ou liberdade de crença (art. 5º, inciso VI, primeira parte); b) liberdade de culto (art. 5º, inciso VI, fine); c) liberdade de associação religiosa (art. 5º, incisos XVII a XX); d) **liberdade de comunicação das ideias religiosas** (art. 5º, IX, c.c. o art. 220)” (SUIAMA, Sergio Gardenghi. **Limites ao exercício da liberdade religiosa nos meios de comunicação de massa.** Disponível em: <http://www2.prsp.mpf.gov.br/prdc/area-de-atuacao/dcomunty/Artigo%20-%20Limites%20ao%20Exercicio%20da%20Liberdade%20Religiosa%20nos%20Mei.pdf>. Acesso em 18/9/2017).

A liberdade religiosa também se exprime, portanto, por meio da comunicação das ideias religiosas, que é também vertente da liberdade de expressão e, como tal, pode ser exteriorizada tanto no ambiente privado quanto no público.

O **direito à liberdade de crença**, portanto, guarda íntima relação com o **direito à livre manifestação do pensamento**, seja do pensamento religioso, seja das ideias agnósticas, **sendo um contrassenso que a exteriorização do pensamento de uns seja tolhido em nome da proteção da liberdade de crença de outrem.**

A liberdade de crença, desse modo, pressupõe a existência de **autonomia para professar e exprimir uma religião, um credo ou a ausência dele.** Retrata, portanto, a liberdade “de acreditar ou não em algo” (Uadi Lammêgo Bulos, **Curso de Direito Constitucional**, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 558), e, mais que isso, **se consubstancia na unidade entre crença e conduta**, de forma que haja uma “autodeterminação existencial a partir dela (crença)” (Fábio Carvalho

Leite. **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011. p. 458).

Dito de outro modo: a liberdade de crença assegurada no art. 5º, VI, da CF/88 não se limita ao direito de construção de um pensamento religioso, envolvendo, também a possibilidade de que o destinatário dessa liberdade **se autodetermine de acordo com seu credo.**

Sob essa compreensão é que se **permite** aos que professam alguma fé a realização de cultos e a manifestação de suas liturgias. Também sob esse entendimento é que **protege** a Constituição diversas formas de exteriorização da crença, inclusive em âmbito coletivo. Ainda sob essa percepção é que se **resguarda** os que professam uma religião de qualquer restrição de direito motivada em sua crença religiosa. Eis os dispositivos que materializam essa construção:

“Art. 5º (...)

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

Entendo, portanto, tal qual constou do voto do eminente Relator, que a exteriorização do pensamento e da crença encontra proteção constitucional, integrando a própria concepção do direito de liberdade religiosa.

Porém, se é, de um lado, isento de dúvidas que o direito à liberdade religiosa encerra vasta proteção constitucional, não menos certo é que sua

aplicação, no caso concreto, requer sempre um **confronto com os demais princípios envolvidos na situação em apreciação**, e é precisamente nesse necessário embate que solidifico minha compreensão sobre o caso em análise.

É fato que a liberdade religiosa, como princípio jurídico, será sempre inspirada pelo pressuposto da máxima extensão (que ordena sua aplicação no limite das possibilidades jurídicas).

Como ensina Rodrigo Capez, adotando as lições de Robert Alexy, em razão do caráter **prima facie** dos princípios como “mandatos de otimização” (normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes), “o conhecimento de sua total abrangência, de todo o seu significado jurídico, não resulta imediatamente da leitura da norma que o expressa”. Como destaca o ilustre jurista,

“[a]o ordenarem que algo seja realizado na maior medida possível, os princípios não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*, isto é, representam as razões que podem ser afastadas por razões antagônicas, o que não é determinado pelo próprio princípio. ‘Disso decorre que os princípios não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas’” (Capez, Rodrigo. **Prisão e medidas cautelares diversas: A individualização da Medida Cautelar no Processo Penal**. São Paulo, Quartier Latin, 2017, p. 51)

No que respeita à liberdade religiosa, há, como dito acima, variadas nuances em sua concepção, inclusive a que assegura o direito à liberdade de não crer, ou de crer de modo distinto dos demais, sem seguimento a um discurso único de crença. O direito à liberdade religiosa é, portanto, em grande medida, o direito à multiplicidade de crenças/descrenças religiosas, que **se vinculam e se harmonizam – para a sobrevivência de**

toda essa multiplicidade de fés protegida constitucionalmente – na chamada tolerância religiosa.

Por isso destaquei, em sessão, que esse elemento – a tolerância religiosa – é parte indissociável da feição e da construção de nosso Estado Democrático de Direito. **Caracteriza-se, ainda, como elemento intrínseco de limitação do direito à liberdade religiosa, traduzindo-se em parâmetro primeiro para a exteriorização de condutas de uma fé que atinjam outras formas de crença religiosa.**

Nesse passo, há, em meu entender, que se fazer distinção entre o discurso religioso (que é centrado na própria crença e nas razões da crença) e o discurso sobre a crença alheia, especialmente quando se faça com intuito de atingi-la, rebaixá-la ou desmerecê-la (ou a seus seguidores). Um é tipicamente a representação do direito à liberdade de crença religiosa; outro, em sentido diametralmente oposto, é o ataque ao mesmo direito.

Isso, ressalte-se, está consolidado em documentos internacionais. O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, por exemplo, em seu artigo 18, item 3, seguindo as mesmas diretrizes da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, fez a seguinte especificação quanto às fronteiras do direito à liberdade de religião:

“A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas” (grifei).

A mesma ideia foi ratificada pelo Brasil em âmbito regional. Os exatos termos acima foram também transcritos no art. 12, item 3, do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), da qual o Brasil é signatário.

Tenho, portanto, que a liberdade de crença e de culto pode ser visualizada sob seu aspecto positivo – liberdade de se expressar e de viver de acordo com a própria fé – e sob seu aspecto negativo: sintetizado na tolerância religiosa (e, nesse passo, na abstenção de conduta) para com fé distinta, igualmente protegida. A forma de o Estado coibir eventual descompasso com o ordenamento – dada a essencialidade da liberdade religiosa para o Estado Democrático de Direito – é a **ultima ratio** de sua atuação: a legislação penal.

Assim, entendo que o conceito positivo de liberdade religiosa (direito à manifestação e vivência da fé) não pode ser amplificado a ponto de reduzir ao mínimo seu viés negativo (abstenção de conduta frente a outra fé), sob pena de redução do espectro de punitividade da norma penal em contrassenso à proteção que se quis promover com sua edição. Surgindo a intolerância religiosa, portanto, e havendo congruência com fatos tipificados como delito, cabe ao Estado, sim, agir: poderá condenar ou absolver seu eventual autor nas instâncias ordinárias.

No caso dos autos, a sentença transcreve uma série de fatos publicados em vídeos, na internet, de maneira permanente, com palavras de incitação ao ódio, alimento base da intolerância religiosa. Cito, apenas a título de exemplo, trecho do parecer ministerial que faz referência à frase do paciente, utilizada para abordar o islamismo: "Diz, por fim, tratar-se de pilantragem e hipocrisia, e que é uma religião assassina".

Compreendo que este tipo de agir não se enquadra no direito à liberdade de expressão; não se enquadra, com a devida vênia, na ideia de liberdade religiosa; muito pelo contrário. **Trata-se de manifestação que atinge diretamente o direito de crença do outro e a própria integridade de conduta de seus fiéis.**

Saliento, nesse instante, que não vislumbro como se possa atribuir à liberdade de crença religiosa conotação volátil que se relacione à natureza da crença professada, de modo a assegurar legitimação máxima aos propósitos de expansão que muitas delas possuem.

Entendo que os limites ao direito à liberdade de crença (e de professá-la, por natural) são os mesmos, qualquer que seja a fé

considerada, não se admitindo que o propósito de conquistar fiéis assegure, ou em qualquer medida legítima, a desqualificação de qualquer outra crença (ou descrença). Concepção dessa ordem transita, em meu entender, na linha limítrofe entre a profecia da religiosidade e o deliberado propósito de aniquilamento ou desmerecimento de outra religião, com as arbitrariedades já ocorridas ao longo da história.

Em nosso país, temos os tristes episódios de dizimação de culturas indígenas relacionados à (então) considerada legítima catequese promovida por jesuítas e salesianos.

Darcy Ribeiro, em sua obra **Os índios e a civilização** aponta, em diversos trechos, a relação entre a tentativa de subjugação religiosa e o rompimento do índio com sua cultura. Destaco:

“Trezentos anos de civilização e catequese os haviam reduzido às mais extremas condições de penúria. Só nos altos rios sobreviviam tribos que conservavam certo vigor físico e estas mesmas submetidas a três flagelos:

1. A tirania dos caucheiros, seringueiros e bataleiros (...);
2. Os regatões (...).

3, Finalmente, no encaço dos regatões, os missionários salesianos, que apesar de serem a menor calamidade, não era a menos deletéria, em virtude de sua feroz intolerância para com todas as manifestações da cultura indígena.

Os dois primeiros eram movidos pela ganância do lucro a qualquer custo, que anulava todo escrúpulo. Os últimos eram animados pela fúria sagrada contra tudo que simbolizasse a vida tribal.

(...)

Desta intolerância resultou o mais clamoroso fracasso: índios cada vez mais semelhantes aos brancos pobres, na miséria das casas, nas vestes em trapos, nas comidas malsãs, nas festas lúdicas; mas em compensação, brancos e índios cada vez mais indígenas na concepção do sobrenatural e nos processos de controlá-lo.

Nada mais eloquente do fracasso da conversão do que um estudo da religiosidade da população cabocla da Amazônia (Galvão, 1955), de seu sincretismo, em que o legendário cristão é reinterpretado juntamente com o indígena para servir às mesmas formas antigas de culto. É a vitória do xamã, que, sobrevivendo às próprias tribos que o forjaram, permanece atuante na vida das populações caboclas da Amazônia.

Assim, apesar das diferenças, o missionário deve ser colocado ao lado do traficante como soldado da mesma causa. Um e outro, cada qual a seu modo, abrem caminho para a sociedade que cresce sobre os cemitérios tribais.”

Não raro, como se observa desse triste episódio da história, a tentativa de expansão religiosa atinge e mesmo ultrapassa as barreiras da fé, invadindo searas relacionadas a direitos outros, pelo que, a manifestação religiosa destituída de clarividentes limites suplanta o caráter meramente religioso do discurso.

Nesse aspecto, é importante, ainda, destacar que a complexidade da liberdade de crença religiosa demanda, necessariamente, consideração acerca das peculiaridades de cada povo.

A aplicação das normas pertencentes a um determinado ordenamento jurídico deve contemplar as aspirações e necessidades da sociedade contemporânea em que se insere, solvendo seus problemas, haja vista ser o Direito uma ciência social, humana e cultural que se modifica ao sabor das transformações sociais. Ingo Sarlet, ao sintetizar a evolução constitucional pretérita em nosso país, muito bem delinea a questão:

“Tal quadro, meramente ilustrativo, apenas revela que são várias as diferenças a serem consideradas, e que cabe ao labor da legislação infraconstitucional (mas em grande medida ao papel exercido pelos juízes e tribunais) a tarefa de determinar o efetivo e sempre atual conteúdo e alcance da liberdade religiosa e de consciência, com significativa margem de liberdade em

cada região ou ordem estatal individualmente considerada, o que também se verifica no caso brasileiro, onde a liberdade religiosa também foi objeto de regulação constitucional bastante distinta quanto a alguns aspectos.” (Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 476)

Tenho, nesse passo, que cabe ao Judiciário dedicar especial atenção ao exercício da hermenêutica jurídica, para que o direito se faça em consonância com as necessidades da sociedade contemporânea, ainda sobremaneira marcada pela utilização da religião como elemento de legitimação de discursos segmentadores que ultrapassam as fronteiras da fé, e mesmo da razão.

Por isso, aponte, ainda em sessão, que, sendo o Judiciário o meio de pacificação social por excelência e o Brasil um País de tolerância religiosa, **é dever deste Poder promover a aplicação do princípio da liberdade religiosa em absoluta sintonia com a inspiração que promove essa tradição.**

Pelo exposto, com a devida vênia do eminente Relator, dele divirjo, com as considerações acima tratadas, para negar provimento ao recurso ordinário. É como voto.

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (PRESIDENTE E RELATOR) - Eu agradeço a Vossa Excelência. Peço vênia para manter o voto tal como distribuí e resumi. Com efeito, há esta frase que Vossa Excelência leu, que me escusei de ler exatamente para não repercutir, há outras frases utilizadas e, efetivamente, há vídeos denominados "Guia das ciências ocultas", "Feitiçaria Antiga", "Ritual de Alta Magia" e assim por diante.

Mantenho o meu voto, Ministro Dias Toffoli, por entender que a intolerância, com todas as vênias, não se combate com intolerância. E responder essas circunstâncias, ainda que prepotentes e arrogantes, como disse em meu voto, utilizando-se de uma espécie de Direito Penal máximo, que responde com a sanção penal *prima facie*, não me parece que seja coerente com a compreensão de um Direito Penal que alcance o seu equilíbrio sem que seja ele o lenitivo de circunstâncias reprováveis, tais como essas a que Vossa Excelência fez referência. Mas a reprovação, em meu modo de ver, não se dá apenas na seara de uma resposta penal *prima facie*.

Por essa razão peço vênias a Vossa Excelência para manter o voto tal como proferi.

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Eu só gostaria de fazer a leitura do art. 20, *caput* e § 2º.

"Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

(...)

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no *caput* é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa."

Ou seja, está aqui bem claro: induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia ou religião.

Com a devida vênias de Vossa Excelência, eu entendo - sem o assumir, porque este caso ainda está nas vias ordinárias, não quero aqui

julgá-lo - que não há teratologia suficiente para se chegar ao ponto de trancar a ação penal.

Por isso, peço vênia para manter também meu voto pelo não provimento do recurso.

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (PRESIDENTE E RELATOR) - Eu agradeço mais uma vez a Vossa Excelência e, conforme Vossa Excelência pôde perceber, dentre outros, faço referência à obra de Norberto Bobbio, que fala, no seu "Elogio da serenidade", que:

"(...) os homens são de fato diferentes entre si. Da constatação de que os homens são desiguais, ainda não decorre um juízo discriminante."

E acrescento a Bobbio, como citei no voto:

"Para que a discriminação libere todas as suas consequências negativas, não basta que um grupo," - ou, acrescento eu, um indivíduo - **"com base num juízo de valor, afirme ser superior ao outro. Pode-se muito bem pensar num indivíduo que se considere superior ao outro mas não extraia de modo algum deste juízo a consequência de que é seu dever escravizá-lo, explorá-lo ou até mesmo eliminá-lo."**

Por isso falei daquelas três etapas, para que haja uma resposta de índole penal, sob pena, em meu modo de ver, de o Estado adentrar numa seara que é própria da liberdade de expressão religiosa.

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, inicialmente cumprimento Vossa Excelência pelo voto extraordinariamente erudito que traz à apreciação desta douta Segunda Turma. Entretanto, neste caso, também ousou discordar de Vossa Excelência, pelo neste momento em que nós examinamos a adequação, a

denúncia, ao tipo penal em tese. E peço vênia para me alinhar às considerações do eminente Ministro Dias Toffoli, que ora inaugura um voto divergente.

Confesso-me vivamente impressionado com aquilo que consta da sentença, sobretudo uma alusão a que estaria consignado, no inquérito policial que deu origem à ação, o fato de que, no *Blog* do acusado - chama-se Tupirane -, haveria referências, entre outras assertivas graves, a outra religião como "prostituta espiritual", e a Igreja Católica como "prostituta católica".

Eu quero dizer que fiquei impressionado, não apenas com esse trecho, mas outros trechos também, que, de certa maneira, alimentam o ódio que infelizmente está se espalhando em nossa sociedade, uma divisão visível que se instaura entre nós brasileiros. E a bem da verdade, não só no Brasil, mas conforme notou o eminente Ministro Dias Toffoli, no mundo inteiro. Nós estamos a beira de guerras religiosas que imaginávamos que teriam sido sepultadas já pela História no Século XVI, ou XV, melhor dizendo, antes ainda, quando as guerras - XVI, XVII, XVIII - ainda estavam em pleno desenvolvimento na Europa.

Eu queria também observar, com o devido respeito, que o preâmbulo de nossa Carta Magna, que é, de certa maneira, um vetor para a interpretação de todos os dispositivos constitucionais, estabelece o seguinte:

"Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...]".

Portanto, eu penso, pelo menos num primeiro olhar dos autos, que, de fato, o acusado aqui - ora recorrente - está indo de encontro ao que

consigna nosso preâmbulo. Na verdade, ele está agindo contra a harmonia social, contra a fraternidade que os constituintes procuraram construir a partir da promulgação desta Constituição.

E observo, também, que o art. 3º da nossa Carta Magna estabelece que dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil está a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Também, aqui, nesse aspecto, pelo menos, sem me pronunciar definitivamente sobre a questão, porque o Ministro Dias Toffoli observou que ainda está sujeito ao exame e à análise das instâncias ordinárias, mas, aqui, também, verifico essa ação do acusado está atuando contra aquele valor importantíssimo erigido pelos constituintes, aqui no art. 3º, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, que é exatamente a solidariedade. Essa ação do acusado, na realidade, está buscando trazer a cizânia - pelo menos é o que se tem dos autos, o que se tem, até agora, coligido, em termos de acervo indiciário, está agindo contra essa solidariedade, está atuando no sentido de disseminar a cizânia em nosso meio.

Então, com o devido respeito, acompanho a divergência, Senhor Presidente.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (PRESIDENTE E RELATOR) - Também peço vênia a Vossa Excelência - como já pedi ao Ministro Toffoli - para manter o voto tal como proferido, sem embargo de representar não apenas uma manifestação que merece reprovação e que tem conteúdo ofensivo, tal como Vossa Excelência agora se referiu, a expressão utilizada para a Igreja Católica, entendo, nada obstante, que o legislador constituinte também fez uma opção no inc. VI do art. 5º, quando diz que:

“VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;”

De algum modo, prefiro viver no Estado, em que o Estado, nem mesmo o Estado-juiz, adentra a essa seara. Mas compreendo o voto de Vossas Excelências, nada obstante entender que o respeito às crenças há de ser verticalizado a esse ponto.

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, também peço todas e respeitosas vênias a Vossa Excelência. Já tinha visto o voto a que Vossa Excelência tão gentilmente permitiu o acesso, mas me lembrei, tão logo comecei a ler, do julgamento que, para nós, continua sendo um *leading case*, que é o Caso Ellwanger, em que discutíamos, com grande profundidade, essa temática, fazendo incursões, inclusive, nessa discriminação, vamos chamar assim, de índole cultural e religiosa.

De modo que, a mim, parece-me que aqui, e nós, creio que, como uma grande maioria, decidimos no sentido de que, a despeito da importância da liberdade de expressão, inegável a todos os títulos, de que o próprio Texto Constitucional determina, como agora já foi manifestada pelo Ministro Toffoli e também pelo Ministro Lewandowski, que haja claros limites e que eles sejam observados. O próprio Texto Constitucional, numa norma que, muitas vezes, é não lida ou treslada, acaba por dizer, de forma clara, no art. 220, § 1º, usando, inclusive, uma expressão que vem do Direito americano:

“§ 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º” - e aí coloca uma série de limitações.

Vamos aqui verificar toda essa sistemática de proteção, a despeito também da proteção que se dá à liberdade religiosa.

Se olharmos o Brasil de fora, vamos ver que temos um grande *asset*, que é, digamos, um capital talvez intangível, que é aquele referido pelo

Ministro Dias Toffoli, aqui convivem comunidades as mais diversas, que, muitas vezes, estão em guerra mundo afora e aqui eles convivem. Quando vamos

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Aqui nós temos o Hospital Sírio-Libanês.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Temos o Hospital Sírio-Libanês e temos o Hospital Einstein, em São Paulo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Oswaldo Cruz, dos japoneses, aliás, dos alemães; e Santa Cruz, dos japoneses.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E todos ali, inclusive, num ambiente de cooperação. Hoje são instituições, inclusive, de cooperação. E esse é um valor que precisamos preservar.

Essa cultura toda, basta ver os nomes que estão aí afora em todas as atividades, na atividade cultural, na atividade literária, na atividade artística, na atividade empresarial, em suma, isso, realmente, é um cabedal que precisa ser preservado.

E, claro, sabemos também da sensibilidade e das paixões que esse tipo de incitação pode deflagrar.

De modo que peço todas as vênias, mas a mim, parece-me que esse precedente do Caso Ellwanger – não vou aqui detalhar, mas o Ministro Celso inclusive participou desse debate com muita intensidade –, que era um detrator sistemático dos judeus, que escrevia obras, e tinha, na verdade, uma editora praticamente dedicada a esse afazer, e a discussão foi se isso se enquadrava ou não no crime de racismo. E a Corte respondeu, e respondeu acredito que bem, ao colocar dessa forma.

Trouxe texto escrito, e até o debate certamente pode levar depois a outro tipo de enquadramento, se é racismo, mas o fato é que não me parece que se deva extinguir o feito.

Estou acompanhando a divergência esboçada pelo Ministro Toffoli e também pelo Ministro Lewandowski, com todo o respeito e todas as vênias pela compreensão de Vossa Excelência, que também teve abordagem de divergência no Plenário, acho que o Ministro Britto e o Ministro Marco Aurélio entenderam que, a despeito de deploráveis

manifestações naquele caso, também se entendia que estava coberto pela ideia da liberdade de expressão em sentido amplo.

Peço todas as vênias a Vossa Excelência para acompanhar a divergência.

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (VOTO-VOGAL): O relator, Min. Edson Fachin, após realizar densa digressão doutrinária, votou no sentido de determinar o trancamento da ação penal em relação ao recorrente Tupirani da Hora Lopes, sob o argumento de serem os fatos atípicos.

Peço vênias ao relator para trazer outro olhar sob a questão de mérito.

A liberdade religiosa, com sói acontecer com os demais direitos fundamentais, não ostenta caráter absoluto.

É bem verdade que parece ser consenso na doutrina e jurisprudência pátrias que esse direito fundamental possui duas acepções: 1) a negativa (neutralidade), consistente na impossibilidade de o Poder Público interferir ou privilegiar determinada vertente religiosa em detrimento das demais, independentemente de sua denominação; 2) a positiva, na qual o Estado deve assegurar a qualquer cidadão o direito de conservar suas religiões ou crenças (incluída a não crença), de mudar de religião ou de crença, sem sofrer perseguições por quem quer que seja, podendo exercer em público ou particular, individual ou coletivamente, a sua crença ou religião (abstenção de indiferença estatal).

Sobre o tema, tive oportunidade de registrar, durante o exercício da Presidência desta Corte, na decisão monocrática na Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 389 que:

“(…) não há dúvida de que o direito fundamental à liberdade religiosa (art. 5º, VI, da Constituição) impõe ao Estado o dever de respeitar as escolhas religiosas dos cidadãos e o de não se imiscuir na organização interna das entidades religiosas. Trata-se, portanto, do dever de neutralidade axiológica do

Estado diante do fenômeno religioso (princípio da laicidade), revelando-se proscriita toda e qualquer atividade do ente público que favoreça determinada confissão religiosa em detrimento das demais, conforme estabelecido no art. 19, I, da Constituição.

É certo, porém, que a neutralidade axiológica por parte do Estado não se confunde com a ideia de indiferença estatal. Em alguns casos, imperativos fundados na própria liberdade religiosa impõem ao ente público um comportamento positivo, que tem a finalidade de afastar barreiras ou sobrecargas que possam impedir ou dificultar determinadas opções em matéria de fé". (STA 389, de minha relatoria, DJe 1º.12.2009)

No julgamento do recurso interposto, acrescentei que:

"(...) não se revelaria aplicável à realidade brasileira as conclusões a que chegou o Justice Black da Suprema Corte norte-americana, no famoso caso *'Everson v. Board of Education'*, segundo as quais a cláusula do estabelecimento de religião (*'establishment of religion clause'*) prevista na Primeira Emenda à Constituição norte-americana não estabeleceria apenas que *'nenhum Estado, nem o Governo Federal, podem fundar uma Igreja'*, mas também que *'nenhum dos dois podem aprovar leis que favoreçam uma religião, que auxiliem todas as religiões'*. Segundo Thomas Jefferson, a referida cláusula deveria ser compreendida como a construção de um 'muro' entre Igreja e Estado (*'erect a wall of separation between Church and State'*).

Tal entendimento não se afigura, a priori, compatível com a nossa Constituição, pois se revela contrária, até mesmo, à concessão de imunidade tributária aos templos de qualquer culto (art. 150, IV, 'b'), à prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva (art. 5º, VII), ou

quaisquer outras que favoreçam ou incentivem todas as religiões.

Por isso, é importante afirmar que, em nosso país, neutralidade estatal não se confunde com indiferença, até mesmo porque, conforme salientado por Jorge Miranda, '(...) o silêncio sobre religião, na prática, redundando em posição contra a religião' (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 427).

Não se revela inconstitucional, portanto, que o Estado se relacione com as confissões religiosas, tendo em vista, inclusive, os benefícios sociais que elas são capazes de gerar. Canotilho e Jônatas Machado afirmam, inclusive, que o princípio da neutralidade do Estado '*não tem nada a ver com indiferentismo religioso por parte dos poderes públicos. (...) O princípio da neutralidade do Estado preclui qualquer compreensão negativa oficial relativamente à religião em geral ou a determinadas crenças religiosas em particular*' (CANOTILHO, J.J. Gomes. MACHADO, Jônatas. Bens culturais, propriedade privada e liberdade religiosa. In: *Revista do Ministério Público*, Ano 16, nº 64, p. 29-30).

O que não se admite é que o Estado assumira determinada concepção religiosa como a oficial ou a correta, que beneficie um grupo religioso em detrimento dos demais ou conceda privilégios. O que se deve promover é a livre competição no '*mercado de ideias religiosas*', expressão que, segundo Jônatas Machado, teria sido cunhada com base no pensamento de Oliver Wendell Holmes e Stuart Mill (MACHADO, Jônatas. Liberdade Religiosa numa comunidade constitucional inclusiva; dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1996, p. 176)

Nesse contexto é que surgem as mencionadas ações positivas do Estado em se tratando de matéria religiosa,

buscando-se afastar sobrecargas sobre determinadas confissões religiosas, principalmente sobre as minoritárias, e impedir influências indevidas no que diz respeito às opções de fé.

Vê-se, pois, que tais ações somente se revelam legítimas se preordenadas à manutenção do livre fluxo de ideias religiosas e se comprovadamente não exista outro meio menos gravoso de se atingir esse desiderato. Deve-se também ter o cuidado de que a medida adotada estimule a igualdade de oportunidades entre as confissões religiosas e não, ao contrário, seja fonte de privilégios ou favorecimentos". (STA-AgR 389, de minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe 14.5.2010)

No âmbito internacional, não custa frisar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) – proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de Dezembro de 1948, através da Resolução 217 daquele órgão, na 183ª sessão plenária – assim se manifesta em seus arts. 18 e 19 (Disponível em <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em 5.3.2018):

“Artigo 18

Todas as pessoas têm direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de credo, assim como **a liberdade de manifestar a sua religião ou credo, sozinho ou em comunidade com outros, quer em público ou em privado, através do ensino, prática, culto e rituais.**

Artigo 19

Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, **este direito implica a liberdade de manter as suas próprias opiniões sem interferência e de procurar, receber e difundir informações e ideias por qualquer meio de expressão independentemente das fronteiras”**. (grifo nosso)

No que se refere à extensão da liberdade de consciência e de religião e suas limitações, é importante relembrar que o Brasil é signatário do

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 – incorporado ao arcabouço normativo brasileiro pelo Decreto 592, de 6 de julho de 1992 –, bem ainda da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) – incorporado, pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, também denominado Pacto de San José da Costa Rica –, a qual esta última, em seu art. 12, assim expõe, a saber:

“Artigo 12 - Liberdade de consciência e de religião

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.

2. Ninguém pode ser submetido a medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.

3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

4. Os pais e, quando for o caso, os tutores, têm direito a que seus filhos e pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções”.

Diante desse cenário, tanto o PIDCP quanto a retrocitada CADH trazem luzes aos contornos e aos limites do direito à liberdade de expressão e de crença, enunciando que este contempla *“a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado”*, sem olvidar que *“Ninguém pode ser submetido a medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças”*,

constatação que evidentemente engloba a crença na doutrina professada pela sua Comunidade Religiosa.

Quanto à possibilidade de limitação de manifestação da própria religião, contida no item 3 do art. 12 da citada Convenção Americana de Direitos Humanos, existem condições (não exaustivas) *sine qua non* para a redução da abrangência normativa do direito fundamental, quais sejam: previsão em lei; e finalidade de proteção à segurança, à ordem, à saúde ou à moral públicas ou aos direitos e às liberdades das demais pessoas.

Calha mencionar, ainda, que o art. 27 do PIDCP assim se manifesta sobre o direito de a minoria étnica, linguística ou religiosa professar sua crença:

“Artigo 27

Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua”.

Exatamente por isso, a Organização das Nações Unidas (ONU) proclamou a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas na Religião ou Convicção, através da Resolução 36/55, de 25 de novembro de 1981, que assim dispõe nos arts. 1º e 6º:

“Artigo 1º

1. Toda pessoa tem o direito de liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Este direito inclui a liberdade de Ter uma religião ou qualquer convicção a sua escolha, assim como a liberdade de manifestar sua religião ou suas convicções individuais ou coletivamente, tanto em público como em privado, mediante o culto, a observância, a prática e o ensino.

2. Ninguém será objeto de coação capaz de limitar a sua liberdade de Ter uma religião ou convicções de sua escolha.

(...)

Artigo 6º

Em conformidade com o artigo 1.º da presente Declaração e sem prejuízo do disposto no parágrafo 3 do mesmo artigo, o direito à liberdade de pensamento, de consciência, de religião ou de convicção compreende, nomeadamente, as seguintes liberdades:

a) De praticar o culto e de reunião relacionada com a religião ou convicção, e de estabelecer e manter locais para os mesmos fins;

b) De estabelecer e manter instituições adequadas de caráter beneficente ou humanitário;

c) De confeccionar, adquirir e utilizar, em quantidade adequada, os artigos e materiais necessários relacionados com os ritos ou costumes de determinada religião ou convicção;

d) De escrever, publicar e divulgar publicações relevantes nestas áreas;

e) De ensinar a religião ou convicção em locais apropriados para estes fins;

f) De solicitar e receber contribuições voluntárias, financeiras e de outro tipo, de particulares e instituições;

g) De formar, nomear, eleger ou designar por sucessão os dirigentes adequados segundo os preceitos e as normas de qualquer religião ou convicção;

h) De observar dias de descanso e comemorar feriados e cerimônias em conformidade com os preceitos da respectiva religião ou convicção;

i) De estabelecer e manter comunicações sobre questões de religião ou convicção, com indivíduos e comunidades, a nível nacional e internacional". (grifo nosso)

Pois bem.

Os fatos descritos na denúncia ministerial apresentaram as seguintes condutas atribuídas ao paciente:

“Como relatado nos autos, o denunciado Tupiraini mantém na internet um blog onde prega o fim das Igrejas Assembleia de Deus e igualmente pratica a intolerância religiosa contra judeus, como demonstram as cópias dos *posts* de sua autoria que instruem os autos.

Já o denunciado Afonso, discípulo fiel de Tupirani, autointitulado membro de uma ‘nova grãõ, valentes’, em vídeo postado no site ‘www.youtube.com’, em data do mês de abril de 2009, vangloria-se de haver destruído imagens religiosas que se encontravam no Centro Espírita Cruz de Oxalá, no dia 2 de junho de 2008.

Além disso, o denunciado Afonso, ainda no famigerado vídeo, defende explicitamente a discriminação de seguidores de outras religiões, denominando-os de seguidores do diabo, adoradores do demônio, bem como associa pejorativamente as figuras de pais de santo à condição de homossexuais, com o intuito de menosprezar.

Como se vê, os denunciados, unidos pelo mesmo propósito e congregados na mesma célula religiosa, difundem por meio de comunicação através da internet (vídeos e blogs) suas ideias de discriminação religiosa, além de ofenderem autoridades públicas e seguidores de outras manifestações de fé espiritual.

Assim agindo, estão os denunciados incurso nas penas do artigo 20, § 2º da Lei 7716/89”.

Na sentença, houve a seguinte análise:

“O laudo de exame audiográfico de fls. 287/293 relata o conteúdo de um vídeo no qual o acusado Tupirani exhibe os livros ‘guia das ciências ocultas’, ‘Wicca’, ‘Feitiçaria Antiga’,

'Dogma' e 'Ritual de Alta Magia' e 'São Cipriano, o Bruxo', afirmando que:

(1) irão para o lixo e que não os rasgaria para não sujar o estúdio.

(2) aduz que seu ministério é superior às religiões pagãs onde pessoas sofrem, padecem, são estupradas, violentadas, vivem em medo, em angústia, em aflição.

(3 Acrescenta que satanismo não é religião, que lugares onde as pessoas são destruídas e marionetadas a seguir caminhos de podridão, não são religião.

(4) Afirma ainda que o conteúdo dos referidos livros ensina enganar, a roubar, a furtar, a dominar o sentimento dos outros.

(5) Diz, por fim, se tratar de pilantragem e hipocrisia, e que é uma religião assassina como o Islamismo.

(...)

Na notícia crime que deu origem a instauração do inquérito policial nº 218-00399/2009, foi transcrito texto extraídos do blog www.ogritodameianoite.spaces.live.com, no qual o acusado Tupirani se refere à outra religião como 'prostituta espiritual' e à Igreja Católica como 'prostituta católica'. (fls. 0 do IP em apenso).

O mesmo texto consta da impressão acostada às fls. 38 dos autos e extraído do site <http://geraçãojesusristo.spaces.live.com/blog>, sob o título 'UNIVERSAL E GRAÇA (LIDERANÇAS ASSASSINAS)'.
(...)

No mesmo *site* da Igreja Geração Jesus Cristo, o acusado Tupirani se apresenta em texto intitulado '*A Trajetória de um Restaurador - um Homem Comum Com objetivos incomuns*', no qual narra que '*quando da gravidez da minha mãe, e após estar marcado o dia do parto, no terreiro de macumba foi dada pelo demônio uma fita vermelha, isto com o objetivo de que, na hora do parto, esta fosse amarrada na barriga da minha mãe. Não sei se a intenção de Satanás era matar-me ou aliar-me, mas a questão é que a*

fito foi esquecida em casa, e assim eu não nasci debaixo daquela maldição e influência satânica.’ (fls. 06 do IP nº 218-00399/2009 em apenso).

Examinados os trechos acima destacados, conclui-se ter restado demonstrada a existência material do delito.

As afirmações em análise, proferidas em vídeos veiculados ou escritas em textos publicados na internet determinam que outras crenças diversas da Igreja Geração Jesus Cristo não podem ser consideradas religião. Neste sentido é clara a discriminação. E o preconceito se faz presente na alegação de que seus seguidores “sofrem” e “padecem”, inclusive “estuprados” e “violentados”, sendo ‘destruídos’ e ‘marionetados a seguir caminhos de podridão’, bem como alguns livros ensinariam a ‘roubar’ e a ‘furtar’.

Nota-se que não se trata de liberdade de expressão ou de livre manifestação religiosa, eis que não se restringem seus autores a propagar sua crença, mas sim atacam as demais (Católica, Protestante, Espírita, Islâmica, Wicca), exorbitando o direito de crítica, por exemplo, em referências como ‘religião assassina’, ‘líderes assassinos’, ‘prostituta católica’, ‘prostituta espiritual’ e ‘pilantragem’. Vinculam de forma pejorativa tais religiões à adoração ao Diabo, Demônio ou Satanás, uma vez que o termo satanismo foi utilizado pelas religiões abraâmicas para designar práticas religiosas que consideravam estar em oposição direta do Deus de Abraão”. (fls. 44-55).

O caso dos autos parece-me ser daqueles em que a linha tênue a favor da liberdade religiosa deve ceder espaço à liberdade e inviolabilidade de crença alheia (direitos e liberdades das demais pessoas), respeitando-se as diferenças sem escarnecer ou vilipendiar objeto de culto religioso de outrem.

Relembre-se que, no seio da liberdade religiosa, está o direito de “confeccionar, adquirir e utilizar, em quantidade adequada, os artigos e materiais necessários relacionados com os ritos ou costumes de determinada religião ou

convicção”, além de “escrever, publicar e divulgar publicações relevantes nestas áreas”.

E mais: está assegurada *“a liberdade de manifestar sua religião ou suas convicções individuais ou coletivamente, tanto em público como em privado, mediante o culto, a observância, a prática e o ensino”,* contanto que se respeitem os direitos e as liberdades das demais pessoas.

Em outras palavras: não obstante seja assegurada essa liberdade de professar sua fé, em público, através de culto, observâncias das regras próprias e o ensino dessa linha teológica, deve haver o respeito às ideologias religiosas dos demais concidadãos sem que se atinjam de maneira vil as convicções alheias.

No caso dos autos, vislumbro que os fatos atribuídos ao paciente foram bem apreciados pelas instâncias ordinárias, sem comprometimento quanto ao enquadramento legal.

Pelo exposto, voto pelo desprovimento do recurso, acompanhando o voto divergente do Min. Dias Toffoli.

É como voto.

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (PRESIDENTE E RELATOR) - Muito obrigado a Vossa Excelência! E não estou aqui a insistir nos argumentos, até porque já se formou a maioria, mas é que é um debate extremamente interessante, inclusive agradeço a Vossa Excelência ter reiterado que também estou a deplorar a conduta do paciente.

Eu apenas me permitiria lembrar que, no Caso Ellwanger, que faço uma análise, ainda que breve, a partir da página 2 do voto, ali tratava-se, conforme Vossa Excelência mencionou, de uma questão atinente aos judeus, portanto, o proselitismo lá tinha uma feição de indicar um determinado povo como seu inimigo. Neste caso, as emanações deploráveis eilegem, na verdade, todas as religiões, exceto a do próprio, como inimigas. Portanto, não há uma minoria em face da qual se pode

dizer que esse proselitismo estaria indicando um determinado destinatário ou um conjunto ou grupo de pessoas para serem escravizadas ou eliminadas.

Por isso a minha resistência à criminalização, a posição que adotei no sentido do trancamento da ação penal, porque compreendo, tal como escreveu em Portugal o professor Gomes Canotilho, a quatro mãos, com o professor Vital Moreira, que condutas antirreligiosas, no respeito máximo da religião, quer queiramos ou não, quer concordemos ou não, fazem parte de uma expressão religiosa. É o que está citado da obra dos autores que mencionei, conhecidos de todos os eminentes Colegas deste Colegiado, quando comentam a Constituição da República Portuguesa.

Portanto, por essas razões, eu estou mantendo voto.

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O ora recorrente, que é Pastor da Igreja Pentecostal Geração Jesus Cristo, foi condenado pela prática do delito **tipificado** no art. 20, “*caput*” e respectivo § 2º, da Lei nº 7.716/89.

A condenação penal a ele imposta foi motivada, entre as diversas condutas nas quais incidiu, pela incitação ao ódio religioso, **pela pregação** do fim das Igrejas da Assembleia de Deus, **pela promoção** da intolerância religiosa contra judeus, **pela prática** da iconoclastia, **pela propagação** de mentiras contra outras denominações confessionais, sob cuja égide os respectivos fiéis **seriam** estuprados e violentados, **e** pela desqualificação da religião muçulmana, **a que atribuiu, em clara manifestação islamofóbica,** a condição de “*religião assassina*”.

Cabe registrar o fato de que o E. Superior Tribunal de Justiça, no acórdão objeto do presente recurso ordinário, **ao examinar** os aspectos que venho de referir, **reconheceu**, a partir do próprio teor da sentença

condenatória, “que as condutas **atribuídas** ao paciente e ao corréu eram **direcionadas contra várias religiões** (católica, judaica, espírita, satânica, wicca, islâmica, umbandista e, até mesmo, contra outras denominações da religião evangélica), **pregando, inclusive, o fim de algumas delas e imputando fatos criminosos e ofensivos** aos seus devotos e sacerdotes, como assassinato, homossexualismo, prostituição, roubo, furto, manipulação, ‘et cetera’” (grifei).

O **exame** dos fundamentos em que se apoia o presente recurso ordinário **requer** algumas considerações preliminares e **impõe** necessárias reflexões prévias **em torno da grave questão** que esta Suprema Corte é chamada agora a apreciar.

A intolerância e as práticas discriminatórias dela resultantes, motivadas por impulsos irracionais, **especialmente** quando dirigidas contra grupos minoritários, **representam um gravíssimo desafio** que se oferece à sociedade civil **e a todas** as instâncias de poder situadas **no âmbito** do aparelho de Estado, **com particular destaque** para o Supremo Tribunal Federal.

Regimes democráticos **não convivem** com práticas de intolerância **ou**, até mesmo, com comportamentos de ódio, **pois** uma de suas características essenciais **reside, fundamentalmente, no pluralismo** de ideias **e na diversidade** de visões de mundo, **em ordem a viabilizar, no contexto de uma dada formação social, uma comunidade inclusiva** de cidadãos, **que se sintam livres e protegidos** contra ações estatais (ou particulares) **que lhes restrinjam** os direitos por motivo de crença religiosa **ou de convicção política ou filosófica**.

Vê-se, portanto, que a intolerância, que traduz a antítese da ideia de respeito à alteridade, transgride, de modo frontal, valores básicos, como a dignidade da pessoa humana **e** o próprio significado da noção de pluralismo (**CF**, art. 1º, III e V), **que compõem, enquanto fundamentos**

estruturantes que são, o próprio conceito de Estado Democrático de Direito.

O que se mostra irrecusável, presente essa configuração da ordem democrática, **é o fato** de que a observância desses padrões constitucionais, **notadamente** o veto absoluto a qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais (CF art. 5º, XLI), **representa** fator essencial à preservação e consolidação de uma sociedade política aberta e plural.

Nesse contexto, Senhor Presidente, **emerge**, como significativo valor que dá expressão às prerrogativas político-jurídicas reconhecidas em favor do indivíduo, a liberdade de manifestação de pensamento, **que se qualifica como um dos mais preciosos privilégios dos cidadãos em uma República** que se apresente estruturada em bases democráticas e regida, por isso mesmo, pelo princípio fundamental do pluralismo.

Tenho sempre enfatizado, nesta Corte, que **nada** se revela *mais* nocivo e *mais* perigoso do que a pretensão do Estado **ou** de grupos majoritários de reprimir ou de cercear a liberdade de expressão, **inclusive em matéria confessional. É importante reconhecer** que o exercício do direito fundamental à livre manifestação do pensamento, **notadamente** no campo da liberdade religiosa, **compreende** a prerrogativa **de expor** ideias, **de oferecer** propostas doutrinárias **ou de apresentar** formulações teológicas, **mesmo que a maioria** da coletividade as repudie, **pois, nesse tema, o pensamento há de ser livre, permanentemente livre, essencialmente livre.**

Inquestionável, desse modo, que a liberdade religiosa **qualifica-se** como pressuposto essencial e necessário **à prática** do regime democrático. **A livre** expressão de ideias, pensamentos e convicções, **em sede confessional, não pode e não deve ser impedida** pelo Poder Público **ou** por grupos antagônicos **nem pode ser submetida** a ilícitas interferências do Estado, de qualquer cidadão **ou, ainda**, de instituições da sociedade civil.

Ninguém, ainda que investido de autoridade estatal, pode prescrever o que será ortodoxo em política – **ou** em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, jurídica, social, ideológica **ou confessional** – **ou** estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição à própria manifestação do pensamento. **Isso** porque “o direito de pensar, falar e escrever livremente, sem censura, sem restrições ou sem interferência governamental” **representa**, conforme **adverte** HUGO LAFAYETTE BLACK, **que integrou** a Suprema Corte dos Estados Unidos da América (1937-1971), “o **mais precioso privilégio dos cidadãos...**” (“Crença na Constituição”, p. 63, 1970, Forense).

Resulta claro, pois, que o tratamento constitucional **dispensado, entre outras prerrogativas fundamentais da pessoa, à liberdade religiosa deslegitima** qualquer medida individual **ou** governamental de intolerância **e** de desrespeito ao princípio básico **que consagra o pluralismo de ideias**.

Importante lembrar, ante o relevo de suas observações, a afirmação de NORBERTO BOBBIO (“Elogio da Serenidade e Outros Escritos Morais”, p. 149/155, 2000, UNESP) **no ponto** em que esse notável pensador italiano **registra** que “A ideia de tolerância nasceu e se desenvolveu no terreno das controvérsias religiosas” **e deu suporte**, a partir do reconhecimento da liberdade religiosa, **à formação dos Estados não confessionais, dando origem**, como natural consequência desse processo, **ao surgimento do espírito laico**, “como aquele modo de pensar que confia o destino do ‘regnum hominis’ mais à razão crítica que aos impulsos da fé”, **assim forjando**, com apoio no princípio da tolerância, “o respeito pela consciência alheia”, **na medida em que** o princípio da liberdade de religião **significa** o direito **não só** “daqueles que professam uma religião, mas também daqueles que não professam nenhuma”.

Sabemos que a liberdade de manifestação do pensamento, **revestida de essencial transitividade, destina-se** a proteger qualquer pessoa cujas

opiniões **possam, até mesmo, conflitar** com as concepções prevalecentes, *em determinado momento histórico*, no meio social, **impedindo** que incida sobre ela, por conta e por efeito de suas convicções, *não obstante minoritárias*, **qualquer** tipo de restrição de índole política ou de natureza jurídica, *pois todos não de ser igualmente livres para exprimir ideias*, ainda que estas possam revelar-se *em desconformidade frontal* com a linha de pensamento dominante no âmbito da coletividade.

As ideias, ninguém o desconhece, **podem** ser fecundas, libertadoras, transformadoras **ou**, até mesmo, revolucionárias e subversivas, **provocando** mudanças, **superando** imobilismos **e rompendo** paradigmas até então estabelecidos nas formações sociais.

É por isso que se impõe construir espaços de liberdade, *em tudo compatíveis* com o sentido democrático **que anima** nossas instituições políticas, jurídicas e sociais, **para que** o pensamento, **inclusive o pensamento religioso, não seja reprimido e, o que se mostra fundamental, para que** as ideias **possam** florescer, *sem indevidas restrições*, em um ambiente de plena tolerância, que, **longe** de sufocar opiniões divergentes, **legitime** a instauração do dissenso **e viabilize, pelo conteúdo argumentativo do discurso fundado** em convicções antagônicas, **a concretização** de valores essenciais à configuração do Estado Democrático de Direito: **o respeito ao pluralismo e à tolerância**.

Mostra-se relevante destacar, considerado o valor incomparável da tolerância, **a proclamação** aprovada, em 1995, pela Conferência Geral da UNESCO (“Declaração de Princípios sobre a Tolerância”), **que a define como “a harmonia na diferença” e como “o sustentáculo dos direitos humanos, do pluralismo (inclusive o pluralismo cultural), da democracia e do Estado de Direito”, ao mesmo tempo em que adverte que “praticar a tolerância não significa (...) renunciar às próprias convicções”, traduzindo**, ao contrário, **um dos efeitos virtuosos** dessa atitude positiva **em face** de terceiros, **o que estimulará, naturalmente, a aceitação e o respeito pela diversidade das**

peças **e** pela multiculturalidade dos povos, **assim evitando** que irrompam, **no seio das formações sociais**, a exclusão, a marginalização, a violência **e** a discriminação **contra os grupos vulneráveis**.

Daí a essencialidade de propiciar-se a livre circulação de ideias, particularmente no plano das formulações de índole confessional, eis que tal prerrogativa individual **representa** um signo **inerente** às formações democráticas **que convivem** com a diversidade, **vale dizer, com pensamentos antagônicos que se contrapõem, em permanente movimento dialético**, a padrões, convicções e opiniões que exprimem, **em dado momento histórico-cultural**, o “mainstream”, **ou seja, a corrente dominante** em determinada sociedade.

Irrecusável, contudo, **que o direito de dissentir, que constitui** irradiação das liberdades do pensamento, **não obstante** a sua extração eminentemente constitucional, **deslegitima-se** quando a sua exteriorização **atingir, lesionando-os, valores e bens jurídicos postos sob a imediata tutela da ordem constitucional, como sucede** com o direito de terceiros à incolumidade de seu patrimônio moral.

É por tal razão que a incitação ao ódio público **contra qualquer** pessoa, povo ou grupo social **não está protegida** pela cláusula constitucional **que assegura a liberdade de expressão**.

Cabe lembrar, neste ponto, **a própria** Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), cujo Art. 13, § 5º, **exclui do âmbito de proteção da liberdade de manifestação do pensamento “toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência” (grifei)**.

Bastante expressiva, também, **a esse respeito, foi a decisão** que o Plenário do Supremo Tribunal Federal **proferiu, por unanimidade, no**

juízo da ADPF 187/DF, de que fui Relator, que restou consubstanciado, no ponto ora em exame, em acórdão assim ementado:

“(…) A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO UM DOS MAIS PRECIOSOS PRIVILÉGIOS DOS CIDADÃOS EM UMA REPÚBLICA FUNDADA EM BASES DEMOCRÁTICAS – O DIREITO À LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO: NÚCLEO DE QUE SE IRRADIAM OS DIREITOS DE CRÍTICA, DE PROTESTO, DE DISCORDÂNCIA E DE LIVRE CIRCULAÇÃO DE IDEIAS – (...) – DISCUSSÃO QUE DEVE SER REALIZADA DE FORMA RACIONAL, COM RESPEITO ENTRE INTERLOCUTORES E SEM POSSIBILIDADE LEGÍTIMA DE REPRESSÃO ESTATAL, AINDA QUE AS IDEIAS PROPOSTAS POSSAM SER CONSIDERADAS, PELA MAIORIA, ESTRANHAS, INSUPORTÁVEIS, EXTRAVAGANTES, AUDACIOSAS OU INACEITÁVEIS – O SENTIDO DE ALTERIDADE DO DIREITO À LIVRE EXPRESSÃO E O RESPEITO ÀS IDEIAS QUE CONFLITEM COM O PENSAMENTO E OS VALORES DOMINANTES NO MEIO SOCIAL – CARÁTER NÃO ABSOLUTO DE REFERIDA LIBERDADE FUNDAMENTAL (CF, art. 5º, incisos IV, V e X; CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Art. 13, § 5º) – A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE PENSAMENTO COMO SALVAGUARDA NÃO APENAS DAS IDEIAS E PROPOSTAS PREVALECENTES NO ÂMBITO SOCIAL, MAS, SOBRETUDO, COMO AMPARO EFICIENTE ÀS POSIÇÕES QUE DIVERGEM, AINDA QUE RADICALMENTE, DAS CONCEPÇÕES PREDOMINANTES EM DADO MOMENTO HISTÓRICO-CULTURAL, NO ÂMBITO DAS FORMAÇÕES SOCIAIS – O PRINCÍPIO MAJORITÁRIO, QUE DESEMPENHA IMPORTANTE PAPEL NO PROCESSO DECISÓRIO, NÃO PODE LEGITIMAR A SUPRESSÃO, A FRUSTRAÇÃO OU A ANIQUILAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, COMO O LIVRE EXERCÍCIO

DO DIREITO DE REUNIÃO E A PRÁTICA LEGÍTIMA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, **SOB PENA DE COMPROMETIMENTO** DA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL – **A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA** DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – **INADMISSIBILIDADE** DA ‘**PROIBIÇÃO ESTATAL DO DISSENSO**’ – **NECESSÁRIO RESPEITO** AO DISCURSO ANTAGÔNICO NO CONTEXTO DA SOCIEDADE CIVIL, **COMPREENDIDA** COMO ESPAÇO PRIVILEGIADO **QUE DEVE VALORIZAR O CONCEITO DE ‘LIVRE MERCADO DE IDEIAS’** – **O SENTIDO** DA EXISTÊNCIA DO ‘**FREE MARKETPLACE OF IDEAS**’ COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL E INERENTE AO REGIME DEMOCRÁTICO (AC **2.695-MC/RS**, REL. MIN. CELSO DE MELLO) – **A IMPORTÂNCIA DO CONTEÚDO ARGUMENTATIVO DO DISCURSO** FUNDADO EM CONVICÇÕES DIVERGENTES – **A LIVRE CIRCULAÇÃO DE IDEIAS COMO SIGNO IDENTIFICADOR** DAS SOCIEDADES ABERTAS, CUJA NATUREZA **NÃO SE REVELA COMPATÍVEL** COM A REPRESSÃO AO DISSENSO **E ESTIMULA** A CONSTRUÇÃO DE ESPAÇOS DE LIBERDADE **EM OBSÉQUIO** AO SENTIDO DEMOCRÁTICO **QUE ANIMA** AS INSTITUIÇÕES DA REPÚBLICA (...).”

(**ADPF 187/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)

Vê-se, portanto, que o direito ao dissenso, ainda que se revele no plano sensível e delicado das convicções de caráter religioso – **desde que não resvale, abusivamente, quanto** ao seu exercício, **para o campo do direito penal, vindo a concretizar, p. ex.,** em virtude de conduta desviante, **qualquer** dos delitos contra a honra (calúnia, difamação ou injúria) –, **encontra** suporte legitimador em nosso ordenamento jurídico, **mesmo** que de sua prática possam resultar posições, opiniões ou ideias que não reflitam o

possam resultar posições, opiniões ou ideias que não reflitam o pensamento eventualmente prevalecente em dado meio social ou que, até mesmo, hostilizem severamente, por efeito de seu conteúdo argumentativo, a corrente majoritária de pensamento em determinada coletividade.

Memoráveis, por isso mesmo, as palavras do Justice OLIVER WENDELL HOLMES, JR. (que foi Juiz da Suprema Corte dos EUA), no caso “United States v. Rosika Schwimmer” (279 U.S. 644), proferidas, em 1929, em notável e histórico *voto vencido* (hoje qualificado como uma “powerful dissenting opinion”), então inteiramente acompanhado pelo Juiz Louis Brandeis, nas quais HOLMES deixou positivado um “dictum” imorredouro fundado na Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, que reproduzo, a seguir, em livre tradução:

“(...) *but IF there is any principle of the Constitution that more imperatively calls for attachment than any other it is the principle of free thought – not free thought for those who agree with us BUT freedom for the thought that we hate.*” (“mas, se há algum princípio da Constituição que deva ser imperiosamente observado, mais do que qualquer outro, é o princípio que consagra a liberdade de expressão do pensamento, mas não a liberdade do pensamento apenas em favor daqueles que concordam conosco, mas, sim, a liberdade do pensamento que nós próprios odiamos e repudiamos.”) (grifei)

Trata-se de fragmento histórico e retoricamente poderoso que bem define o verdadeiro sentido da proteção constitucional à liberdade de manifestação do pensamento: garantir não apenas o direito daqueles que pensam como nós, mas, igualmente, proteger o direito dos que sustentam ideias que odiamos, abominamos e, até mesmo, repudiamos!

O pluralismo (que legitima a livre circulação de ideias e que, por isso mesmo, estimula a prática da tolerância) exprime, por tal razão, um dos

fundamentos estruturantes do Estado Democrático de Direito! **É o que expressamente proclama**, em seu art. 1º, inciso V, **a própria Constituição da República**.

Impende advertir, desde logo, **que a incitação ao ódio público** contra outras denominações religiosas e seus seguidores **não está protegida** pela cláusula constitucional **que assegura a liberdade de expressão**.

É que pronunciamentos, como os de que trata este processo, **que extravasam** os limites da prática confessional, **degradando-se** ao nível primário do insulto, da ofensa e, **sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público** *contra fiéis de outras denominações religiosas*, **não merecem** a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão do pensamento, **que não pode compreender**, em seu âmbito de tutela, manifestações **revestidas** de ilicitude penal.

Isso significa, portanto, **que a prerrogativa** concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente **que deva ser** o seu campo de incidência, **não constitui** meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, **especialmente** quando as expressões de ódio público a outras denominações confessionais – **veiculadas com evidente superação** dos limites da pregação religiosa – **transgridem**, de modo inaceitável, valores tutelados **pela própria ordem constitucional**.

Esta Suprema Corte, por mais de uma vez, ao pronunciar-se sobre a **extensão** dos direitos e garantias individuais, **fez consignar** a seguinte advertência, **que cumpre ser relembrada**:

*“**Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto**, mesmo porque razões de **relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam**, ainda que*

*excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que **respeitados** os termos estabelecidos pela própria Constituição.*

*O **estatuto constitucional das liberdades públicas**, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o **substrato ético** que as informa –, **permite** que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, **destinadas**, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido **em detrimento** da ordem pública ou **com desrespeito** aos direitos e garantias de terceiros.”*

(RTJ 173/805-810, 807-808, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)

O estatuto constitucional das liberdades públicas, bem por isso, **ao delinear** o regime jurídico a que elas estão sujeitas – e **considerado o substrato ético** que as informa –, **permite** que sobre tais prerrogativas incidam limitações de ordem jurídica **destinadas**, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido **em detrimento** da ordem pública ou **com desrespeito** aos direitos e garantias de terceiros, **ainda que integrantes de grupos minoritários**.

Cabe referir, por oportuno, julgamento emanado da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, **proferido em 07/04/2003**, no exame do caso *Virginia v. Black et al.*, quando essa Alta Corte **concluiu que não é incompatível** com a Primeira Emenda (**que protege** a liberdade de expressão naquele país) a lei penal **que pune, como delito, o ato de queimar uma cruz** (“cross burning”) **com a intenção** de intimidar, **eis que** o gesto de queimar uma cruz, **com tal intuito**, representa, **no meio social em que praticado, um iniludível símbolo de ódio** destinado a transmitir **àqueles a quem se dirige tal mensagem o propósito criminoso de ameaçar**.

Em tal julgamento, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América – **cuja jurisprudência em torno da Primeira Emenda orienta-se** no sentido de reconhecer, **quase incondicionalmente**, a prevalência da liberdade de expressão (**adotando, por isso mesmo, o critério da “preferred position”**) – **proclamou, não obstante**, que essa proteção constitucional **não é absoluta, sendo lícito ao Estado punir** certas manifestações do pensamento cuja exteriorização traduza comportamentos **que veiculem propósitos criminosos**.

Vale lembrar, na linha do caráter **não absoluto da liberdade de palavra, a incisiva advertência** do Juiz OLIVER WENDELL HOLMES, JR., **constante** de voto memorável, em 1919, **no julgamento do caso Schenck v. United States** (249 U.S. 47, 52), **quando, ao pronunciar-se sobre a natureza relativa da liberdade de expressão, tal como protegida pela Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, acentuou** que “A mais rígida proteção da liberdade de palavra **não protegeria um homem que falsamente gritasse fogo num teatro** e, assim, causasse pânico”, **concluindo**, com absoluta exatidão, que “a questão em cada caso é saber se as palavras foram usadas em tais circunstâncias e são de tal natureza que envolvem perigo evidente e atual (*‘clear and present danger’*) de se produzirem os males gravíssimos que o Congresso tem o direito de prevenir. É uma questão de proximidade e grau”.

É inquestionável que o exercício concreto da liberdade de expressão **pode fazer instaurar situações de tensão dialética** entre valores essenciais **igualmente** protegidos pelo ordenamento constitucional, **dando causa** ao surgimento de verdadeiro **estado de colisão de direitos**, **caracterizado pelo confronto** de liberdades revestidas **de idêntica** estatura jurídica, **a reclamar** solução, **tal seja o contexto em que se delineie, que torne possível** conferir primazia **a uma** das prerrogativas básicas, **em relação de antagonismo** com determinado interesse fundado em cláusula inscrita na própria Constituição.

O caso ora exposto na presente sede recursal, *contudo, não traduz, a meu juízo, a ocorrência de situação de conflituosidade* entre direitos básicos titularizados por sujeitos diversos.

Com efeito, há, na espécie, norma constitucional que objetiva fazer preservar, no processo de livre expressão do pensamento, a incolumidade dos direitos da personalidade, como a essencial dignidade da pessoa humana, buscando inibir, desse modo, comportamentos abusivos que possam, impulsionados por motivações subalternas, disseminar, criminosamente, em exercício explícito de inadmissível intolerância, o ódio público contra outras pessoas em razão de sua fé religiosa, mesmo porque a incitação – que constitui um dos núcleos do tipo penal – *reveste-se de caráter proteiforme, dada a multiplicidade de formas executivas* que esse comportamento pode assumir, *concretizando, assim, qualquer* que tenha sido o meio empregado, *a prática inaceitável do delito tipificado* no art. 20 da Lei nº 7.716/89.

O fato irrecusável, no tema ora em exame, Senhor Presidente, *é um só: o abuso* no exercício da liberdade de expressão **não pode** ser tolerado. Ao contrário, **deve** ser reprimido e neutralizado.

Presente esse contexto, cabe reconhecer que os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos **constituem limitações externas** à liberdade de expressão, **que não pode, e não deve, ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público.**

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. **E, ao fazê-lo, não posso aceitar** a tese exposta no presente recurso ordinário, **especialmente se**

se considerar o precedente **firmado** por esta Corte no julgamento **do HC 82.424/RS** (caso *Ellwanger*), **pois admitir** a pretensão recursal em causa **significaria tornar perigosamente menos intensa e socialmente mais frágil** a proteção que o ordenamento jurídico **dispensa, no plano nacional e internacional, aos grupos religiosos, minoritários ou não, notadamente** àqueles que se expõem **a uma situação de maior vulnerabilidade**.

Este julgamento, segundo penso, mostra-se impregnado de alto valor emblemático, pois nele está em debate, uma vez mais, o permanente conflito entre civilização e barbárie, cabendo ao Supremo Tribunal Federal fazer prevalecer, em toda a sua grandeza, a essencial e inconspicável dignidade das pessoas, em solene reconhecimento de que, acima da estupidez humana, acima da insensibilidade moral, acima das distorções ideológicas, acima das pulsões irracionais e acima da degradação torpe dos valores que estruturam a ordem democrática, deverão sempre preponderar os princípios que exaltam e reafirmam a superioridade ética dos direitos humanos, cuja integridade será preservada, aqui e agora, em prol de todos os cidadãos e em respeito à fé religiosa de cada pessoa que vive sob a égide dos postulados que informam o próprio conceito de República.

Sendo assim, em face das razões expostas, e pedindo respeitosa vênia ao eminente Ministro Relator, **acompanho o dissenso** iniciado pelo eminente Ministro DIAS TOFFOLI, **para, em consequência, negar provimento** ao presente recurso ordinário, **mantendo os acórdãos proferidos tanto** pelo E. Superior Tribunal de Justiça **quanto** pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

É o meu voto.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (PRESIDENTE E RELATOR) - Muito obrigado a Vossa Excelência. Também peço vênias a Vossa Excelência para manter o voto na companhia insular que restou vencido nesta apreciação colegiada.

Creio que há uma unanimidade entre os componentes desta Segunda Turma. Este elemento unânime é de que estamos diante de um tema verdadeiramente de índole constitucional e de uma sensibilidade imensa para o desate não apenas do caso, mas a compreensão que se tem dessa matéria.

Suscitei um conjunto de questionamentos para formar o convencimento. Os argumentos substanciais dos eminentes ministros que, como sempre, de modo acutíssimo, dissentiram do voto que trago, estavam em boa medida presentes nos questionamentos que também fiz para trazer esta convicção. Confesso que um dos elementos que aportou, inclusive, como um receio, é que, às vezes, o dilema entre civilização e barbárie leva a práticas civilizatórias, a cometerem barbárie em nome da civilização, e eu não menciono fenômenos históricos ligados inclusive a determinadas religiões que, à guisa de civilizar, cometeram também atos bárbaros, mas enalteço os votos de Vossas Excelências e também agradeço a acolhida, porque é no dissenso que se faz precisamente o conjunto de pronunciamentos reiterados dos colegiados, das turmas e deste Tribunal.

SEGUNDA TURMA**EXTRATO DE ATA****RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 146.303**

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S) : TUPIRANI DA HORA LORES

ADV.(A/S) : ROBERTO FLAVIO CAVALCANTI (163183/RJ)

RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Decisão: A Turma, por maioria, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Ministro Dias Toffoli, vencido o Relator. Redator para o acórdão o Ministro Dias Toffoli. Presidência do Ministro Edson Fachin. **2ª Turma**, 6.3.2018.

Presidência do Senhor Ministro Edson Fachin. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Ravena Siqueira
Secretária

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA

1. A *seleção* de trabalhos (Conteúdo Editorial) para publicação é de competência do Conselho Editorial de cada Revista e da Editora Revista dos Tribunais. Referido Conselho Editorial é formado por vários membros, de forma a preservar o pluralismo, a imparcialidade e a independência na análise dos artigos encaminhados. Eventualmente, os trabalhos poderão ser devolvidos ao Autor com sugestões de caráter científico, o qual, caso as aceite, poderá adaptá-los e reencaminhá-los para nova análise. Não será informada a identidade dos responsáveis pela análise do Conteúdo Editorial de autoria do Colaborador.
2. O envio de Conteúdo Editorial para publicação em qualquer produto editorial da Editora Revista dos Tribunais implica aceitação dos termos e das condições da *Cessão de Direitos Autorais de Colaboração Autoral Inédita e Termo de Responsabilidade*, por meio da qual o Autor cede globalmente os direitos autorais do Conteúdo Editorial enviado exclusivamente para a Editora Revista dos Tribunais.
 - 2.1. A publicação ocorrerá em duplo formato: impresso e digital.
 - 2.2. O Conteúdo Editorial encaminhado para a Editora Revista dos Tribunais não pode ter sido publicado nem estar pendente de publicação em outro veículo, seja em mídia impressa, seja em mídia eletrônica.
- 2.3. O material recebido e não publicado não será devolvido.
3. Normas de publicação
 - 3.1. Formatação exigida para os artigos
 - (a) Tamanho do papel: A4.
 - (b) Tamanho do texto: mínimo de 15 e máximo de 30 laudas (cada lauda deve ter 2.100 caracteres sem espaços, incluindo notas de rodapé e bibliografia), com exceção dos comentários jurisprudenciais e legislativos, que poderão contar com um número de laudas inferior ao mínimo estabelecido.
 - (c) Margens: superior e inferior de 2,0 cm, esquerda e direita de 3,0 cm.
 - (d) Alinhamento: justificado.
 - (e) Fonte: Times New Roman, normal, com tamanho 12 para título, corpo de texto, citações e sumário e tamanho 10 para notas de rodapé (não utilizar notas de fim).
 - (f) Espaçamento entre linhas: 1,5.
 - (g) Destaques: em itálico. Jamais deve ser usado o negrito ou o sublinhado.
 - (h) Citações: entre aspas – quando ultrapassar três linhas, usar recuo de 4 cm (nesse caso, não usar aspas). Caso haja destaque em citação, indicar “grifo nosso” se for do autor do artigo e “grifo do autor” se for do autor citado (original).

(i) Título do artigo em português e em inglês.

(j) Lista de cinco palavras-chave em português e em inglês (*keywords*).

(k) Resumo do artigo em português e em inglês com, no máximo, 750 caracteres (sem espaços).

(l) O *curriculum* deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante) – máximo de três; finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Exemplo: Pós-Doutor em Direito Público pela Università Statale di Milano e pela Universidad de Valencia. Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina.

(m) As *referências legislativas* ou *jurisprudenciais* devem conter todos os

dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de *sites*, deve-se indicar a data de acesso. Ex.: STRECK, Lenio Luiz. *Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC!* Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc]. Acesso em: 22.10.2017.

4. O envio do material relativo aos Conteúdos Editoriais deve ser feito por correio eletrônico para o endereço: *aval.artigo@thomsonreuters.com*. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word. Caso seja usado outro, os arquivos devem ser gravados no formato *.rtf* (de leitura comum a todos os processadores de texto). Indicar no assunto do *e-mail* o nome da revista para a qual deseja que o artigo seja avaliado.
5. Pressupõe-se a autorização de publicação dos artigos encaminhados, quando aprovados. Após a aprovação, será enviada uma cessão de direitos autorais, para que o Autor possa receber um exemplar de cortesia da publicação.

A GARANTIA DA MOTIVAÇÃO E O ARTIGO 935 DO CÓDIGO CIVIL: A INCONSTITUCIONALIDADE DA VINCULAÇÃO DO JUÍZO CÍVEL ÀS SENTENÇAS DO TRIBUNAL DO JÚRI

*REASONED DECISIONS AND THE ARTICLE 935 OF THE BRAZILIAN CIVIL CODE:
UNCONSTITUTIONALITY OF THE BINDING EFFECTS FROM
THE JURY'S DECISIONS TO THE CIVIL JUSTICE*

DANIEL DE OLIVEIRA PONTES

Mestrando em Direito Processual na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado. danielop@globocom.com

Data de recebimento: 01.11.2017

Data de aprovação: 12.11.2017 e 16.11.2017

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Civil; Penal

RESUMO: No presente artigo, destaca-se a problemática dos julgamentos do Tribunal do Júri, em que os jurados decidem por íntima convicção e em sigilo. Diante dessas peculiaridades, pretende-se analisar se as sentenças prolatadas nesse rito especial do processo penal podem repercutir no cível, em especial pela garantia da motivação das decisões jurisdicionais.

PALAVRAS-CHAVE: Motivação – Garantias – Júri – Vinculação – Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The present work seeks to analyze this problem regarding Jury's decisions, because they are confidential and unjustified. Such characters could prevent the application of the article 935 to obey the right of the parts to reasoned decisions.

KEYWORDS: Decisions – Rights – Jury – Binding – Unconstitutionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução e delimitação do tema. 2. O conteúdo da garantia da motivação em um Direito Processual constitucionalizado. 2.1. O neoconstitucionalismo e seu impacto no Direito Processual. 2.2. O princípio da motivação como garantia estrutural da prestação jurisdicional. 3. O artigo 935 do Código Civil e a influência do juízo penal no cível. 4. Os julgamentos no Tribunal do Júri: a peculiaridade do sigilo do voto e da soberania dos veredictos. 5. A inconstitucionalidade da incidência do artigo 935 do CC nos casos de Tribunal do Júri frente à garantia da motivação. 6. Conclusões. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

Ao longo do tempo, o exercício do poder jurisdicional já comportou relações diversas com a exigência da fundamentação de seus atos: a íntima convicção, a prova tarifada e o livre convencimento motivado. No Código de Processo Civil (CPC) atual, afloram críticas de que não haveria liberdade na formação do convencimento, de modo que nos encaminharíamos para um novo momento histórico, tendo em vista que o direito processual deve servir como mecanismo de controle às decisões judiciais.¹

Seja como for, é indubitável que, no atual estado de coisas, a motivação se tornou uma garantia estruturante do processo, que legitima o próprio exercício da jurisdição pelo agente público.

7. REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 41-42, abr.-jun. 2005.
- CALAMANDREI, Piero. *Procedure and Democracy*. Trad. John Clarke Adams e Helen Adams. New York: New York University Press, 1956.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- GALDINO, Flavio. A evolução das ideias de acesso à justiça. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. v. 2.
- PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.
- TIMOTEO, Gabrielle. Normativos internacionais e escravidão. *Revista Hindu*, n. 4, p. 70-83, 2013. Disponível em: [www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/1716/2137]. Acesso em: 27.10.2017.

1. STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.

Diagramação eletrônica:
Microart Com. Editoração Eletrônica Ltda., CNPJ 03.392.481/0001-16
Impressão e encadernação:
DEK Comércio e Serviços Ltda., CNPJ 01.036.332/0001-99

