

REVISTA DE DIREITO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL RDCI

ANO 30 • 134 • NOVEMBRO-DEZEMBRO • 2022

COORDENAÇÃO:
CLÁUDIO FINKELSTEIN
FLÁVIA PIOVESAN
MARIA GARCIA

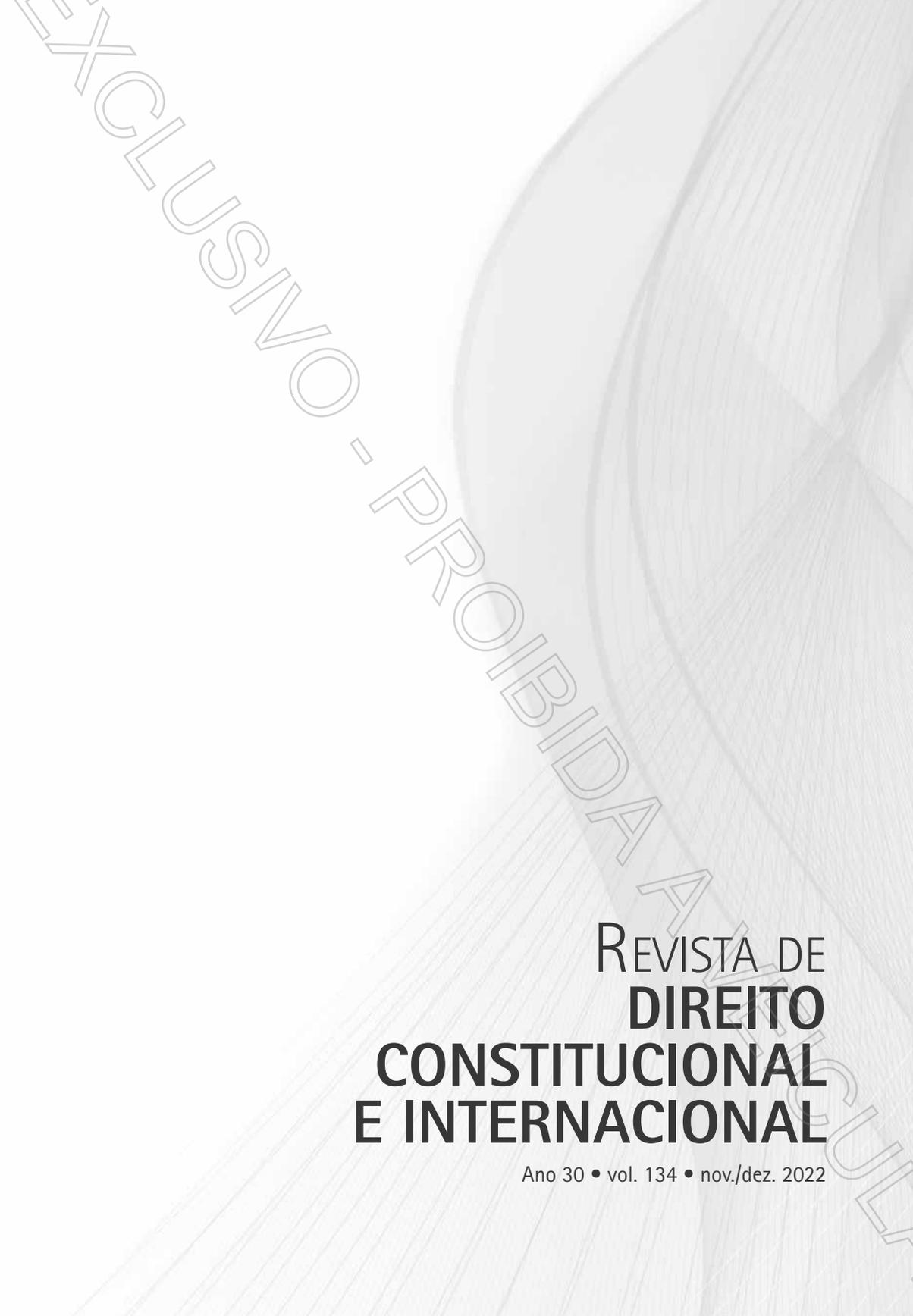
PUBLICAÇÃO OFICIAL



Instituto Brasileiro
de Direito Constitucional

THOMSON REUTERS

REVISTA DOS
TRIBUNAIS™



REVISTA DE
DIREITO
CONSTITUCIONAL
E INTERNACIONAL

Ano 30 • vol. 134 • nov./dez. 2022

REVISTA DE DIREITO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

Ano 30 • vol. 134 • nov./dez. 2022

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 Fábio Jacob Nogueira (Universidade Federal do Amazonas – UFAM), Dinaura Godinho Pimentel Gomes, Dirceó 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, Marcílio 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*), Pêrcles Prade, Raul Machado Horta (*in memoriam*), Regina M. Macedo Nery Ferrari, Regis Fernandes de Oliveira, Ricardo Lewandowski, Roberto Rosas, Sérgio Alves Gomes, Tercio Sampaio Ferraz Junior

CONSELHO EDITORIAL INTERNACIONAL

Albrecht Weber, André Roux, Daniel Girsberger (Universidade Luzern – Suíça), Diogo Leite de Campos, Francis Délépérée, 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 (*Double 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. Prof.ª Dra. Isabel Maria Freitas Valente
Universidade de Coimbra
7. Prof. Dr. Jerson Carneiro Gonçalves Junior
Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ
8. Prof.ª Dra. Carla Noura Teixeira
Universidade da Amazônia – UNAMA
9. Prof.ª Alencar Frederico Margraf
Faculdades Integradas dos Campos Gerais – CESCAGE
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 30 • vol. 134 • nov./dez. 2022

Coordenação

CLÁUDIO FINKELSTEIN
FLÁVIA PIOVESAN
MARIA GARCIA



Publicação oficial do

Instituto Brasileiro de Direito Constitucional – IBDC

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

REVISTA DE DIREITO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

Ano 30 • vol. 134 • nov./dez. 2022

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

Av. Dr. Cardoso de Melo, 1855 – 13º andar – Vila Olímpia

CEP 04548-005 – 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 THOMSON REUTERS SELO REVISTA DOS TRIBUNAIS
(ATENDIMENTO, EM DIAS ÚTEIS, DAS 09H ÀS 18H)

TEL. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sacrt@thomsonreuters.com

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

Conheça mais sobre Thomson Reuters: www.thomsonreuters.com.br

Accesse o nosso eComm

www.livrariart.com.br

Impresso no Brasil: [12-2022]

Profissional

Fechamento desta edição: [19.10.2022]



REVISTA DE DIREITO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

Ano 30 • vol. 134 • nov./dez. 2022

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Camilla Sampaio, Emanuel Silva, Karolina de Albuquerque Araújo Martino e Quenia Becker

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Conteúdo Editorial Júnior: Bárbara Baraldi

Estagiária: Ana Carolina Francisco e Francisco Prado

Produção Editorial

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

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

Analista de Projetos: Thyara Pina da Silva

Analistas de Operações Editoriais: Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial: Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Gabriela Cavalcante Lino e Victória Menezes Pereira

Estagiárias: Beatriz Hammond, Caroline Dubovicki, Michelle Kwan e Thabata Flausino Almeida

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação capa: Linotec

Líder de Inovações de Conteúdo para Print

CAMILLA FUREGATO DA SILVA

Equipe de Conteúdo Digital

Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

Gerente de Operações e Produção Gráfica

MAURICIO ALVES MONTE

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

Assistente de Produção Gráfica: Ana Paula de Araújo Evangelista

SUMÁRIO

DIREITO CONSTITUCIONAL

- Fundamentação da decisão judicial e recursos repetitivos: uma análise crítica do entendimento adotado no tema 339 de repercussão geral
Motivation of judicial decision and repetitive appeals: a critical analysis of the understanding adopted in the theme 339 of general repercussion
JOSÉ MARCELO LEAL DE OLIVEIRA FERNANDES 11
- A (in)constitucionalidade da MP 984/20 ante a Lei Pelé (Lei 9.615/88): uma análise da disputa judicial entre a Globo Comunicação e Participações S.A. x Clube de Regatas do Flamengo
The (un)constitutionality of MP 984/20 under the Pelé Law (Law 9,615/88): an analysis of the legal dispute between Globo Comunicação e Participações S.A. x Clube de Regatas do Flamengo
EGNALDO DOS SANTOS OLIVEIRA JUNIOR..... 31
- Comentário ao acórdão: o papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo poder público
Comment on the judgment: the role of Judiciary power in the implementation of public policies instituted by the Constitution and not performed by the Public
DANIELA COSTA SOARES MATTAR..... 49
- Democracia participativa: a rejeição do constituinte derivado pelas vias diretas de participação popular no processo legiferante pós-redemocratização
Participatory democracy: the rejection of the constituent derived by direct channels of popular participation in the post-redemocratization legislative process
SAMUEL LEVY PONTES BRAGA MUNIZ e ALEXANDRE DE CASTRO COURA 59
- O direito ao esquecimento pela lente da fraternidade
The right to be forgotten through the lens of fraternity
LUCIANO ROSA VICENTE..... 75
- Princípio da separação dos poderes sob uma perspectiva contemporânea: poder judiciário e o viés político na concretização de políticas públicas
Principle of separation of powers from a contemporary perspective: judicial power and political bias in the implementation of public policies
TATYANNE MARIA LINS DE ARAUJO 95

Uma breve investigação sobre o regimento interno da câmara dos deputados (RICD), a Lei dos Crimes de Responsabilidade (Lei 1.079/1950) e a Constituição Federal de 1988 na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF)

A brief investigation on the Internal Rules of the Chamber of Deputies (RICD), the Responsibility Crimes Statute (Law 1,079/1950) and the Federal Constitution of 1988 in the precedents of the Supreme Federal Court (STF)

RODRIGO MARCHETTI RIBEIRO 109

Adjetivação social da segurança pública: progresso constitucional na visão moderna dos direitos sociais

Social adjectivation of public security: constitutional progress in the modern view of social rights

EMERSON ADEMIR BORGES DE OLIVEIRA, JOANA D'ARC DIAS MARTINS e PEDRO LIMA MARCHERI 133

Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais: uma abordagem sobre a educação e o exercício da cidadania

Social rights as fundamental rights: an approach to education and the exercise of citizenship

CLEIDE ALVES DE ARRUDA e RAFAEL DE LAZARI 155

Infiltração policial no âmbito virtual como meio de combate à violação da dignidade sexual de crianças e adolescentes: um estudo a partir da experiência estadunidense

Police infiltration in the virtual framework as a means to combat violation of the sexual dignity of children and teenagers: a study based on the United States experience

LETÍCIA BEZERRA DUARTE DE QUEIROZ 179

DIREITOS HUMANOS

A evolução dos direitos humanos no Brasil

The evolution of human rights in Brazil

RAFAELLA MOURA VILELA e MARINA ZAVA DE FARIA 197

DIREITO INTERNACIONAL

O procedimento de citação em ações de responsabilização de corporações transnacionais por violação de direitos humanos no Brasil: o Caso União v. Indústria do tabaco

The citation procedures of transnational corporations regarding judicial proceedings for human rights violations in Brazil: the Case Union v. Tobacco Industry

LEONARDO DE CAMARGO SUBTIL e VINÍCIUS DE AZEVEDO FONSECA 223

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA 247

EXCLUSIVO - PROIBIDA A VEÍCULO

Direito Constitucional

EXCLUSIVO - PROIBIDA A VEICULAÇÃO

FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL E RECURSOS REPETITIVOS: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO ENTENDIMENTO ADOTADO NO TEMA 339 DE REPERCUSSÃO GERAL

*MOTIVATION OF JUDICIAL DECISION AND REPETITIVE APPEALS:
A CRITICAL ANALYSIS OF THE UNDERSTANDING ADOPTED IN
THE THEME 339 OF GENERAL REPERCUSSION*

JOSÉ MARCELO LEAL DE OLIVEIRA FERNANDES

Mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP). Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). Advogado. marcelo@sfeadv.com

ÁREAS DO DIREITO: Constitucional; Civil; Processual

RESUMO: No Tema 339 de repercussão geral, o STF firmou o entendimento de que magistrado, para fundamentar a decisão judicial, não tem o dever de manifestação sobre todas as alegações das partes. As decisões judiciais sobre a aplicação de precedentes como parâmetro de julgamento devem ser produzidas mediante atividade analítica e dialética e devem ter motivação pormenorizada quanto à correspondência ou à distinção entre o caso sob julgamento e o precedente. Diante disso, este artigo examina se o entendimento de que o magistrado não é obrigado a responder a todos os argumentos das partes é compatível com a ideia de utilização dos precedentes de recursos repetitivos como referência para julgamento de outros processos. São abordados o trabalho e a fundamentação das decisões judiciais quanto à aplicação de precedentes de recursos repetitivos e é feita uma descrição e uma análise crítica do acórdão proferido pelo STF no Tema 339.

ABSTRACT: In the Theme 339 of general repercussion, the Brazilian Supreme Court adopted the thesis that the judge, to motivate his decision, does not have the duty of pronouncing about all the arguments presented by the parties. The judicial decisions about applicability of precedents as a parameter of judgment must be produced through analytic and dialectic activity and must have detailed motivation about the correspondence or distinction between the case in judgment and the precedent. In view of that, this paper examines whether the understanding that the judge, while motivates the decision, does not have the duty of pronouncing about all the arguments presented by the parties is compatible with the idea of using precedents of repetitive appeals as reference to decide other cases. This analysis is done through digressions concerning the work and the motivation of decisions about the applicability of precedents of repetitive appeals as well as description and critical examination of the Theme 339.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Civil – Recursos repetitivos – Aplicação de precedentes – Fundamentação das decisões judiciais – Tema 339 de repercussão geral.

KEYWORDS: Civil procedure – Repetitive appeals – Applicability of precedents – Motivation of judicial decisions – Theme 339 of general repercussion.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Precedentes dos recursos repetitivos – aplicação e distinção. 3. A fundamentação das decisões jurisdicionais quando se discute a aplicabilidade de precedente oriundo de recursos repetitivos. 4. O acórdão do STF no AI 791.292 QO-RG/PE (Tema 339 de repercussão geral). 4.1. Descrição do acórdão e utilização de seu entendimento em casos posteriores. 4.2 Análise crítica da decisão, especialmente quanto à compatibilidade com a utilização de precedentes de recursos repetitivos como parâmetro de julgamento de outros casos. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas. Legislação. Jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

No Tema 339 de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal adotou a tese (à luz do art. 93, IX, da Constituição Federal) de que o magistrado, ao fundamentar a decisão, não tem o dever de examinar pormenorizadamente cada uma das alegações ou provas. Em casos posteriores, esse entendimento vem sendo utilizado na motivação de decisões jurisdicionais recorrentemente (não só a partir do art. 93, IX, da CF, mas das normas sobre dever de fundamentação das decisões judiciais como um todo).

O art. 489 do Código de Processo Civil de 2015 trata de forma bastante cuidadosa a fundamentação das decisões judiciais, sobretudo no § 1º que institui um patamar mínimo de motivação, mencionando em seus incisos casos nos quais as decisões não são consideradas fundamentadas.

Um dos motivos para esse tratamento atencioso que o Código dá à motivação das decisões judiciais é o direito jurisprudencial e a valorização do pronunciamento dos tribunais, incluídos aí os precedentes oriundos de julgamentos de recursos repetitivos. A aplicabilidade de precedente para orientar o julgamento de outra ação exige das partes e dos magistrados atividade intensamente analítica e dialética, a fim de que se conclua se a discussão jurídica e os fatos do caso em julgamento se equiparam aos do precedente. É o que se nota dos incisos V e VI do art. 489, § 1º, do CPC/2015, que dizem não ser fundamentada a decisão que aplica ou deixa de aplicar precedente sem demonstrar que o caso apreciado se ajusta ou se distingue do paradigma.

Esses aspectos conduzem a uma questão bastante importante no que concerne à motivação das decisões jurisdicionais: o entendimento de que o magistrado não tem o dever de pronunciar-se sobre todas as alegações das partes é consonante com a ideia de utilização dos precedentes de recursos repetitivos como parâmetro para julgamento de outros processos?

É essa a questão que este artigo busca solucionar, e para isso são feitas considerações sobre a aplicação e a não aplicação de precedentes de recursos repetitivos para solucionar outros casos e sobre a fundamentação das decisões jurisdicionais quando se discute a aplicabilidade desses precedentes. Após, é feita uma descrição do acórdão do STF do Tema 339 de repercussão geral e abordada a aplicação, em casos posteriores, do entendimento nele consignado. Em seguida, é analisado criticamente o acórdão, sobretudo quanto à sua compatibilidade com a utilização de precedentes de recursos repetitivos. Por fim, expõe-se a conclusão.

2. PRECEDENTES DOS RECURSOS REPETITIVOS – APLICAÇÃO E DISTINÇÃO

A premissa da qual se intenta partir neste estudo é a de que o trabalho com os precedentes formados na sistemática de recursos repetitivos é, em maior ou menor grau, argumentativo e analítico.

Essa característica é evidenciada já na formação do precedente. O art. 1.038 do CPC,¹ nos incisos de seu *caput*, prevê um procedimento qualitativo com oitiva de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, audiência pública e requisição de informações aos tribunais inferiores. Em razão disso, o § 3º desse mesmo artigo impõe que o tribunal, ao proferir o acórdão nos recursos afetados, analise os *fundamentos relevantes* da tese jurídica em discussão. Evidentemente, não seria correto conceber-se a produção de uma decisão que segundo o Código é vinculante, com impacto em elevado número de processos, sem que fosse prestigiado, em um grau sobremodo intenso, o contraditório com os inerentes argumentos acerca da questão jurídica.

De igual modo, à aplicação do precedente formado na sistemática dos recursos repetitivos é inerente essa atividade argumentativa.

A utilização da sistemática dos recursos repetitivos tem como pressuposto a existência de multiplicidade de recursos com idêntico fundamento de direito (art. 1.036 do CPC). É dada, nos recursos afetados, uma solução para a questão jurídica discutida em todos esses recursos.² Caso uma parte de processo suspenso para aguardar essa solução entenda que o apelo no qual está envolvida discute tese jurídica distinta, o Código autoriza, no art. 1.037, § 9º, o requerimento de prosseguimento do feito, por meio da demonstração da distinção, procedimento comumente denominado do vocábulo anglo-saxão *distinguishing*.

A interpretação dessa regra é controvertida, suscita importantes questões em torno de aspectos fronteiriços, notadamente no tocante à compreensão do que seja *idêntica questão jurídica*.

1. No decorrer deste texto, o Código de Processo Civil mencionado sem referência de ano é o de 2015.
2. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 19. ed. São Paulo: Ed. RT, 2020. p. 1.198.

Para Cassio Scarpinella Bueno, idêntica questão de direito é “a mesma tese de direito constitucional ou de direito federal a incidir sobre casos concretos iguais na essência”.³ Ao partir-se desse conceito, portanto, a tese do tribunal superior deve ser aplicada a casos *essencialmente* (e não absolutamente) iguais.

Daniel Mitidiero também defende que o precedente se aplica quando há igualdade essencial, semelhança relevante, sendo desnecessária a absoluta identidade. Diz que esse critério – semelhança relevante – é elemento essencial do raciocínio jurídico de um sistema de precedentes.⁴

Alexandre Freitas Câmara entende que não há possibilidade de aplicação subsuntiva, automática, dos padrões decisórios. Há de existir interpretação, diálogo hermenêutico, para que casos *semelhantes* sejam tratados do mesmo modo. Por isso, o autor enfatiza a importância da concepção coparticipativa de processo, de modo a construir o resultado concernente à incidência, ou não, do precedente.⁵

Taís Schilling Ferraz, no mesmo sentido, defende que os precedentes devem ser aplicados a casos subsequentes por meio de um método muito mais analítico do que silogístico, não apenas para resolver casos (absolutamente) iguais.⁶

A igualdade essencial entre casos se dá quando existe, de comum entre eles, um núcleo pequeno, mas significativo a ponto de permitir a aplicação do mesmo raciocínio jurídico.⁷ Deve haver, como diz Frederick Schauer, uma *relevant similarity*.⁸ É o critério das jurisdições de *common law*, que permite trabalhar com a analogia fática e tem como base os fatos relevantes e a *ratio decidendi*.

O autor, explicando a aproximação análogica de casos nesse sistema, cita exemplo bastante ilustrativo de casos de responsabilidade civil extracontratual objetiva.

No processo *Donoghue v. Stevenson*, julgado pela *House of Lords*, uma mulher, Mrs. Donoghue, ao servir-se de uma bebida da fabricante e engarrafadora *Stevenson & CO*, se deu conta de que havia dentro da garrafa opaca restos de um caracol em decomposição, o que lhe provocou danos gástricos e mentais. Por essa razão, a consumidora processou a fabricante de bebidas. Em *MacPherson v. Buick Motor Company*, um consumidor adquiriu um automóvel fabricado pela *Buick Motor Company* e posteriormente sofreu danos em

3. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Procedimento comum, processos nos tribunais e recursos. 9. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020. v. 2. p. 735.
4. MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 100-101.
5. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 283-285.
6. FERRAZ, Taís Schilling. *Ratio decidendi x tese jurídica. A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro*. *Revista de processo*, São Paulo, v. 265, p. 419-441, mar. 2017.
7. ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2019. p. 195.
8. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Londres: Harvard University Press, 2009. p. 45.

razão de rodas defeituosas que haviam sido fabricadas por outra empresa e incorporadas ao automóvel pela *Buick*, razão pela qual pretendeu a responsabilização desta por esses danos. Ambos os casos versam sobre relações de consumo, tratam de defeito que causou danos, de defeito que não era visível de imediato e de ausência de liame contratual entre o consumidor e a empresa acionada.⁹

Essa aproximação analógica não é, na maioria das vezes, tarefa fácil. Com razão, Ravi Peixoto, comentando sobre a técnica de distinção para não aplicação do precedente quando houver diferenças relevantes entre os casos, observa existir um grande desafio argumentativo, que consiste demonstrar em qual medida os fatos que ensejam a distinção são decisivos para a consequência jurídica.¹⁰

Distinto é o conceito da identidade absoluta, que pressupõe a existência de verdadeira identidade entre os fatos tidos como relevantes para a incidência da consequência jurídica. Não se exige, é importante enfatizar, identidade entre as totalidades dos fatos dos processos, e sim entre aqueles necessários à consequência jurídica sobre a qual se discute.¹¹

Um exemplo de casos que se aproximam segundo a igualdade absoluta pode ser dado à luz do Tema Repetitivo 989 do STJ.¹² Adotou-se a tese de que, nos planos de saúde coletivos custeados apenas pelo empregador, não existe direito de continuidade do ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa como beneficiário, salvo disposição contrária expressa prevista em contrato ou em acordo/convenção coletiva de trabalho; não caracteriza contribuição nem salário indireto o pagamento apenas de coparticipação. Os casos absolutamente iguais são as ações propostas por ex-empregados aposentados ou demitidos sem justa causa que tiveram, durante o emprego, plano de saúde coletivo custeado apenas pelo empregador e que almejam sua manutenção. Por esse critério, apenas os fatos irrelevantes à implicação jurídica podem ser distintos, como a idade dos ex-empregados e o ramo de atuação das empresas.

Humberto Theodoro Júnior compreende que a ideia da sistemática de recursos repetitivos é dar uniformidade de tratamento judicial aos litigantes colocados em *situação igual* à do caso padrão, de sorte que não deve ser suspenso (e, conseqüentemente, não deve haver aplicação automática da tese) recurso que envolva suporte fático diverso.

-
9. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Londres: Harvard University Press, 2009. p. 45-46.
 10. PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015: uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 248, p. 331-355, out. 2015.
 11. ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2019. p. 194.
 12. STJ, Tema Repetitivo 989. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp]. Acesso em: 16.11.2021.

Segue o mesmo raciocínio o recurso que discuta outros preceitos legais (que não os debatidos nos recursos afetados) que possam alterar a interpretação.¹³

É o que comumente vem sendo adotado na prática.

Uma solução diversa e, a nosso ver, correta, é dada por Teresa Arruda Alvim e Rodrigo Barioni, segundo os quais o precedente produzido na sistemática de recursos repetitivos deve ser aplicado de forma seriada, conforme o procedimento previsto pelo Código, a casos de hipótese fática idêntica àquela retratada na tese jurídica firmada no precedente. Porém, o precedente também deve ser aplicado a casos fáticos semelhantes e que permitam o mesmo raciocínio jurídico; a aplicação analógica não deve acontecer sistematicamente no regime de julgamento de recursos repetitivos, mas posteriormente, caso a caso, de forma analítica. Esse caminho duplo, dizem os autores, dá maior rendimento ao sistema e proporciona maior segurança jurídica.¹⁴

Os autores defendem que, na discussão em torno da aplicabilidade da *ratio decidendi* (o segundo método mencionado), o advogado de uma das partes argumentará, possivelmente, que os fatos relevantes da demanda em julgamento são essencialmente idênticos aos do precedente, enquanto o advogado da parte contrária sustentará argumentos no sentido da existência de distinção quanto ao núcleo essencial da *ratio decidendi*. Enfatizam que “o uso do precedente está diretamente atrelado ao poder argumentativo das partes [...]”.¹⁵ Essa mesma dialética acontece, embora com maior facilidade, quando o debate reside na aplicabilidade de precedente mediante tese jurídica a caso absolutamente idêntico.

Prescinde de maiores digressões, como se nota, concluir-se que as decisões relativas à aplicação, ou não, do precedente emanado do julgamento de recursos repetitivos são construídas mediante trabalho argumentativo e dialético, seja no tocante à verificação da igualdade das normas jurídicas em discussão, seja no que concerne à constatação da igualdade fática. Daí a possibilidade da demonstração da distinção para não ser aplicado o precedente.

A formação argumentativa e dialética das decisões tem importância ainda mais acentuada quando se pretende a aplicação, ou não, do precedente a casos não absolutamente iguais (mas iguais na essência), tendo em vista a sutileza inerente ao trabalho com analogia.

13. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. III. p. 1.128-1.131.

14. ARRUDA ALVIM, Teresa; BARIONI, Rodrigo. Recursos repetitivos: tese jurídica e *ratio decidendi*. In: BIANCHI, José Flávio; MENDONÇA PINHEIRO, Rodrigo Gomes de; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coords.). *Jurisdição e direito privado: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ*. São Paulo: Ed. RT, 2020. [livro eletrônico] RB-34.5/34.6.

15. ARRUDA ALVIM, Teresa; BARIONI, Rodrigo. Recursos repetitivos: tese jurídica e *ratio decidendi*. In: BIANCHI, José Flávio; MENDONÇA PINHEIRO, Rodrigo Gomes de; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coords.). *Jurisdição e direito privado: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ*. São Paulo: Ed. RT, 2020. [livro eletrônico] RB-34.3.

3. A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JURISDICIONAIS QUANDO SE DISCUTE A APLICABILIDADE DE PRECEDENTE ORIUNDO DE RECURSOS REPETITIVOS

O dever de fundamentação das decisões judiciais está intrinsecamente relacionado à superação da ideia de aplicação mecânica da letra da lei que existia no período posterior à Revolução Francesa. Sendo certo que a sociedade contemporânea apresenta, não raramente, casos nos quais a solução não está clara na lei, o magistrado exerce atividade interpretativa e deve expor as razões pelas quais encontrou determinada solução. O dever de motivação tem como origem, também, a ideia de justificação imanente ao Estado de Direito.¹⁶

Anteriormente ao advento da Constituição Federal de 1988, José Rogério Cruz e Tucci, em obra clássica sobre fundamentação das decisões, preconizava serem insuficientes os dispositivos do CPC e propunha que o dever de motivação da decisão judicial ganhasse “dignidade constitucional, a fim de complementar a legislação vigente e obstar a introdução de qualquer norma ordinária que venha a suprimir tal princípio”.¹⁷

Seguindo essa linha de reconhecimento da relevância da fundamentação das decisões judiciais, o constituinte de 1988 optou por registrar, no art. 93, IX, da Constituição Federal, o dever de fundamentação, inclusive prevendo pena de nulidade para o caso de inobservância, uma evidente exceção às outras disposições da Constituição, que normalmente não têm sanções.

Nelson Nery Junior observa que inobstante a Constituição Federal de 1988 não tenha, normalmente, norma sancionadora, mas afirmação de direitos e imposição de deveres, “a falta de fundamentação é vício de tamanha gravidade que o legislador constituinte, abandonando a técnica de elaboração da Constituição, cominou no próprio texto constitucional a pena de nulidade”.¹⁸

Na legislação federal infraconstitucional, o CPC de 1939, no parágrafo único do art. 118, determinava que o juiz indicasse na sentença os fatos e circunstâncias motivadores de seu convencimento. Em semelhante perspectiva, o CPC de 1973, no art. 458, II, prescrevia como requisito essencial da sentença os fundamentos, em que o juiz analisasse as questões de fato e de direito.

O legislador, na elaboração do CPC de 2015, adotou postura muito mais cuidadosa no que diz respeito ao dever de justificação das decisões. Em que pese tenha adotado, no inciso II do *caput* do art. 489, redação semelhante à do CPC de 1973, prevendo como elemento essencial da sentença os fundamentos, nos quais o juiz analisará as questões de

16. ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2019. p. 332 e 270-271.

17. TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 153-154.

18. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 13. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 341.

fato e de direito, instituiu, nos parágrafos subsequentes desse artigo, disposições detalhadas a respeito do dever de motivação. O § 1º assegura um patamar mínimo de fundamentação, elencando nos incisos fatores que configuram decisões não fundamentadas.

Entre as situações nas quais não se pode considerar fundamentada a decisão judicial, merece destaque, inicialmente, a do inciso IV do art. 489, § 1º, do CPC: decisão que não enfrenta todos os argumentos capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

A ruptura do paradigma anterior de previsões mais tímidas e a adoção dessas regras pormenorizadas guardam umbilical relação com a ideia do Código de direito jurisprudencial e valorização dos pronunciamentos dos tribunais, incluídos aí os recursos repetitivos. Dois dos seis incisos do aludido § 1º evidenciam essa relação: o inciso V diz não ser fundamentada a decisão que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”; o VI assevera que não é fundamentada a decisão que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.¹⁹

Como ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery sobre o inciso V, “A exigência legal é de que haja menção a precedente ou enunciado de súmula de tribunal (vinculante ou simples), seguida da análise dos fatos e do direito da causa, que se amoldariam àquele enunciado ou precedente”.²⁰ O mesmo raciocínio vale, em nossa visão, para o inciso VI.

Georges Abboud, da mesma forma, leciona que os incisos V e VI do art. 489, § 1º, do CPC “tratam como não fundamentada a decisão meramente performática ou que não realize o cotejo analítico entre ‘precedente’ (*rectius súmula/jurisprudência*) e os fatos do caso”.²¹

Inclusive, o art. 966, § 5º, do CPC prevê cabimento de ação rescisória quando há aplicação equivocada de precedente, sendo possível perceber uma eventual ligação entre a deficiência de fundamentação e o direito jurisprudencial. A rescisória é cabível, por violação manifesta de norma jurídica, “contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento”.²²

19. 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: 07.11.2021.

20. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2020. [livro eletrônico] p. RL-1.98.

21. ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. [livro eletrônico] RB-6.23.

22. 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: 07.11.2021.

Além do mais, vale reiterar – embora o objetivo deste artigo diga respeito à fundamentação das decisões quanto à aplicabilidade do precedente, e não à motivação do próprio precedente – que, para a formação das decisões paradigmáticas, existe também regra de fundamentação expressa, qual seja o já referido § 3º do art. 1.038 do CPC, que impõe que o tribunal, ao proferir o acórdão nos recursos afetados, analise os *fundamentos relevantes* da tese jurídica em discussão. Não faria sentido, evidentemente, fosse a ampliação do contraditório prevista no procedimento qualitativo de formação do precedente desprestigiada quando da prolação do acórdão.

A garantia de fundamentação das decisões judiciais no tocante à aplicabilidade dos precedentes assegura que estes somente sejam aplicados aos casos em que se ajustem. Isso decorre da ligação entre o contraditório e a fundamentação das decisões judiciais. A fundamentação deve ser realizada com atenção ao contraditório existente no debate em torno da aplicação, ou não, do precedente.²³

Como pontuado no tópico antecedente, a aplicabilidade do precedente dos recursos repetitivos é baseada em argumentação e dialética, tanto para a averiguação da igualdade das normas jurídicas como para a constatação da igualdade fática, esta última ainda mais acentuada no caso de aplicação do precedente a casos fáticos análogos. O legislador garante que a dialética e a argumentação sejam observadas na fundamentação das decisões, seja para dizer das razões pelas quais o precedente se aplica, seja para explicar a distinção que implica sua não incidência. Não seria coerente, por óbvio, que essa característica argumentativa que é intrínseca ao debate em torno da aplicabilidade do precedente fosse inobservada na fundamentação das decisões.

Nesse sentido, Taís Schilling Ferraz lucidamente enfatiza que “Em um sistema que pretende o respeito aos precedentes judiciais, a atenção à fundamentação das decisões assume contornos essenciais”.²⁴ Tratando sobre a fundamentação das decisões para aplicação do precedente a casos análogos, diz, com acerto, que:

“Fundamentar com base em precedentes não se compatibiliza com o raciocínio eminentemente silogístico e dedutivo para aplicar a lei ao fato, solucionando o caso concreto. O argumento é construído em bases analógicas, partindo-se do particular – dos fatos da causa – para o geral. Decidir pela aplicabilidade ou não de um precedente a um caso subsequente exige a leitura integral do caso candidato a servir como paradigma. Não é suficiente importar seu resultado”.²⁵

23. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 289.

24. FERRAZ, Taís Schilling. A construção da motivação nas decisões colegiadas: o importante papel da *majority opinion* em um sistema de precedentes. *Revista de processo*, São Paulo, v. 282, ano p. 435-451, ago. 2018.

25. FERRAZ, Taís Schilling. A construção da motivação nas decisões colegiadas: o importante papel da *majority opinion* em um sistema de precedentes. *Revista de processo*, São Paulo, v. 282, ano p. 435-451, ago. 2018.

Não se pode perder de vista, também, que eventuais acórdãos proferidos por tribunais de segunda instância e que versem sobre a aplicação, ou não, de precedente produzido na sistemática de recursos repetitivos são impugnáveis por recursos extraordinário ou especial. Os tribunais superiores, STF e STJ, têm súmulas que vedam o reexame de provas por meio desses recursos²⁶ e que exigem o prequestionamento da questão jurídica.²⁷ À luz desses enunciados, os acórdãos de segunda instância devem ser fundamentados com registro completo dos fatos e provas referentes à incidência, ou não, do precedente e da questão jurídica controvertida, sob pena de ser inviabilizado o futuro exercício do contraditório por meio da interposição dos recursos excepcionais.

Possibilitar a impugnabilidade por meio dos recursos é justamente uma das finalidades do dever de motivação das decisões judiciais.²⁸

Oportuna, derradeiramente, a observação de Chaím Perelman ao discorrer sobre a importância da argumentação jurídica no diálogo entre as partes, o magistrado e a sociedade: “a paz judicial só se restabelece definitivamente quando a solução, a mais aceitável socialmente, é acompanhada de uma argumentação jurídica suficientemente sólida”.²⁹ Desprovida de fundamentação profunda e não sendo emanada de um efetivo diálogo, a decisão não cumpre seu mister.

4. O ACÓRDÃO DO STF NO AI 791.292 QO-RG/PE (TEMA 339 DE REPERCUSSÃO GERAL)

4.1 Descrição do acórdão e utilização de seu entendimento em casos posteriores

O acórdão do AI-QO-RG 791.292/PE (Tema 339 de repercussão geral),³⁰ publicado em 13.08.2010, versa sobre caso no qual o tribunal *a quo* negou provimento ao agravo interposto contra decisão que negara seguimento ao recurso principal. O desprovimento do agravo ocorreu sob a justificativa de que seus argumentos não logravam infirmar os termos daquela decisão denegatória de seguimento; os fundamentos da decisão denegatória foram adotados como razões de decidir para a negativa de provimento do agravo (fundamentação *per relationem*). Contra esse acórdão, a parte agravante opôs embargos declaratórios questionando a fundamentação *per relationem*, mas foram rejeitados sob o

26. Súmula 279 do STF e Súmula 7 do STJ.

27. Súmula 282 do STF e Súmula 211 do STJ.

28. ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 287.

29. PERELMAN, Chaím. *Lógica jurídica: nova retórica*. Trad. Vergínia K. Pup. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 191.

30. STF, Repercussão geral na Questão de Ordem no agravo de instrumento 791.292/PE, j. 23.06.2010, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* 13.08.2010. Disponível em: [<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4772022>]. Acesso em 10.11.2021.

motivo de que a adoção dos fundamentos da decisão de admissibilidade não configurava omissão no julgado ou negativa de prestação jurisdicional, estando plenamente cumprido o dever de fundamentação.

A rejeição dos embargos de declaração motivou a interposição de recurso extraordinário com apontamento de violação aos arts. 5º, XXXV e LV, e 93, IX, da Constituição Federal. A parte recorrente argumentou que a fundamentação *per relationem* era insuficiente e que o tribunal deveria expor as razões próprias de seu convencimento, sob pena de descumprimento do dever de motivação. Negado seguimento ao apelo extremo, foi interposto agravo de instrumento.

O relator, ministro Gilmar Mendes, votou no sentido de acolher questão de ordem para reconhecer a repercussão geral da questão jurídica. Afirmou que o STF já tinha jurisprudência no sentido de que o art. 93, IX, da CF exige a fundamentação da decisão, mas não o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas; citou decisões anteriores nesse sentido. Reafirmou essa jurisprudência e concluiu que o acórdão recorrido (que adotara fundamentação *per relationem*) estava em conformidade. Assim, converteu o agravo em recurso extraordinário e negou provimento a este, ratificando a compreensão jurisprudencial antecedente.

Entre as decisões anteriores do STF, a do RE 418.416/SC teve sua ementa reproduzida no voto do ministro Gilmar Mendes. Diz ela:

“Decisão judicial: fundamentação: alegação de omissão de análise de teses relevantes da Defesa: recurso extraordinário: descabimento. Além da falta do indispensável questionamento (Súmulas 282 e 356), não há violação dos arts. 5º, LIV e LV, nem do art. 93, IX, da Constituição, que não exige o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas apresentadas pelas partes, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão; exige, apenas, que a decisão esteja motivada, e a sentença e o acórdão recorrido não descumpriram esse requisito” (v.g., RE 140.370, 1ª T., 20.04.1993, Pertence, DJ 24.05.1993; AI 242.237 – AgR, 1ª T., 27.06.2000, Pertence, DJ 22.09.2000).³¹

Esse voto prevaleceu, por maioria, acompanhado pelos ministros Celso de Mello, Ellen Gracie, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Cezar Peluso.

Ficou vencido o ministro Marco Aurélio Mello, que teve opinião diversa no tocante ao procedimento da repercussão geral, em razão de os autos terem chegado ao Supremo por agravo de instrumento. Além disso, o ministro entendeu cumprir ao Judiciário emitir pronunciamento expresso sobre todas as causas de defesa e todos os pedidos formulados pela parte. Disse que o órgão judicante não tem esse dever apenas quando as alegações são incompatíveis com o entendimento já adotado na manifestação judicial. Enfatizou

31. STF, RE 418.416/SC, Tribunal Pleno, j. 10.05.2006, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.12.2006.

que não existe prestação jurisdicional aperfeiçoada se não se examinarem, mesmo que para a declaração de improcedência, todas as alegações da parte.

A tese jurídica ficou assim definida: “O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas”.³²

Os tribunais superiores vêm proferindo decisões – não só à luz do art. 93, IX, da CF, mas de normas sobre fundamentação das decisões judiciais de modo geral – seguindo esse entendimento de que não é dever do magistrado, ao fundamentar as decisões, responder a todas as alegações das partes.³³ Essa interpretação tem sido adotada inclusive sob a perspectiva do art. 489 do CPC³⁴ e na fundamentação de decisões de casos nos quais se discute a aplicação de precedente produzido no rito dos recursos repetitivos.³⁵

4.2. *Análise crítica da decisão, especialmente quanto à compatibilidade com a utilização de precedentes de recursos repetitivos como parâmetro de julgamento de outros casos*

Um aspecto que, de logo, sobressalta é o de que a tese jurídica firmada se distancia, em absoluto, do fato levado ao STF no recurso afetado. O fato devolvido no recurso era a existência de fundamentação *per relationem* (adoção dos fundamentos da decisão

32. STF, Tema 339 de repercussão geral. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/abrirTemasComRG.asp?num=339]. Acesso em: 15.11.2021.

33. STF, ARE 1.321.613 AgR/PE, 2ª T., j. 09.10.2021, rel. Min. Edson Fachin, *DJe* 20.10.2021; STF, RE 1.260.150 ED-AgR/PR, 1ª T., j. 04.05.2020, rel. Min. Alexandre de Moraes, *DJe* 15.05.2020; STJ, AgInt no AREsp 1.569.477/SP, 3ª T., j. 20.09.2021, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, *DJe* 23.09.2021; STJ, AgInt no REsp 1.833.502/SP, 1ª T., j. 30.08.2021, rel. Min. Gurgel de Faria, *DJe* 08.09.2021; STJ, AgInt no AREsp 1808325/DF, 4ª T., j. 31.05.2021, rel. Min. Lui Felipe Salomão, *DJe* 07.06.2021; STJ, AgRg no RE nos EDcl no AgRg no REsp 1.374.181/GO, Corte Especial, j. 17.12.2014, rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* 05.02.2015.

34. STJ, EDcl no MS 21315/DF, Primeira Seção, j. 08.06.2016, rel. Des. Convocada Diva Malerbi, *DJe* 15.06.2016.

35. “Na verdade, a questão não foi decidida conforme objetivava a recorrente, uma vez que foi aplicado entendimento diverso. É sabido que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu. A Primeira Seção, no julgamento do Recurso Especial 1.123.539/RS, sob o rito dos recursos repetitivos, assentou compreensão segundo a qual MP 2.196-3/2001, editada para fortalecer as instituições financeiras federais, transferiu para a União os créditos titularizados pelo Banco do Brasil, sendo a execução fiscal o instrumento cabível para a respectiva cobrança, não importando a natureza pública ou privada dos créditos em questão. [...] Verifica-se que o Tribunal a quo decidiu de acordo com esta Corte, que sedimentou o entendimento de que a capitalização de juros é permitida nas hipóteses expressamente autorizadas por norma específica em mútuo rural, comercial ou industrial, desde que pactuada.” (STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1610756/RS, 2ª T., j. 02.10.2018, rel. Min. Francisco Falcão, *DJe* 08.10.2018).

recorrida como razões de decidir) e a discussão jurídica consistia em saber se o tribunal deve, ao julgar o recurso, adotar seus próprios fundamentos ou se pode incorporar os da decisão recorrida. A premissa fática em torno da qual girava a discussão jurídica não dizia respeito, portanto, à falta de pronunciamento sobre todas as alegações das partes.

É importante ressaltar que fundamentação *per relationem* não se confunde com falta de manifestação sobre a totalidade dos argumentos das partes, uma vez que é possível que a motivação *per relationem* contenha pronunciamento sobre todas essas alegações, caso a decisão recorrida, cujos fundamentos venham a ser incorporados pelo tribunal *ad quem*, as tenha enfrentado.

O distanciamento entre a tese jurídica e o fato relevante objeto de discussão e levado ao tribunal não se coaduna com a técnica de trabalho com precedentes. A tese jurídica deve descrever a situação fática e a regra jurídica a ela correspondente e não deve ser caracterizada como regra genérica, abrangendo situações fáticas que não tenham sido objeto de contraditório. Como dizem Teresa Arruda Alvim e Rodrigo Barioni, “A formação da tese jurídica não é e nem pode ser isolada e autônoma dos processos em que surgiu a questão jurídica apreciada [...] A vinculação da questão jurídica ao caso concreto julgado é essencial [...]”.³⁶

Ainda que superado esse ponto, o entendimento merece reflexões também no tocante à compatibilidade com a ideia de utilização dos precedentes de recursos repetitivos para julgamento de outros casos. Também é discutível a correção desse entendimento de forma geral (existência, ou não, de dever de pronunciamento do magistrado sobre todas as alegações das partes em qualquer situação, não apenas no debate sobre aplicabilidade de precedente), mas não é esse o objetivo do presente artigo.

Ao se discutir, quando do julgamento de uma ação, a aplicabilidade de precedente emanado de recursos repetitivos, é imprescindível que o magistrado emita pronunciamento sobre todas as alegações fáticas das partes a respeito da questão. A motivação da decisão judicial de tal maneira exaustiva é essencial para que se saiba, ao certo, se os fatos em julgamento equiparam-se aos do precedente e permitem a mesma solução jurídica.

Também o pronunciamento sobre todas as alegações jurídicas em torno da aplicabilidade do precedente é imprescindível para que se conclua se os aspectos de direito em discussão no caso sob julgamento são exatamente os mesmos enfrentados no precedente.

A falta de manifestação sobre a integralidade dos argumentos das partes, sejam fáticos ou jurídicos, prejudica o trabalho com precedentes produzidos em recursos repetitivos, que deve ser desenvolvido de maneira especialmente argumentativa. Inviabiliza o procedimento de *distinguishing*, já que o magistrado pode deixar de responder a alegações que eventualmente levem à não aplicação do precedente. Da mesma maneira, embaraça

36. ARRUDA ALVIM, Teresa; BARIONI, Rodrigo. Recursos repetitivos: tese jurídica e *ratio decidendi*. In: BIANCHI, José Flávio; MENDONÇA PINHEIRO, Rodrigo Gomes de; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coords.). *Jurisdição e direito privado: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ*. São Paulo: Ed. RT, 2020. RB-34.4.

potencial aplicação do precedente, uma vez que o juiz pode não responder a alegações que porventura levem a sua incidência.

Dentro do regime de recursos repetitivos, a não manifestação sobre todas as alegações das partes pode trazer consequências perniciosas a um caso no qual possivelmente existam particularidades aptas a afastar a incidência do precedente. Por exemplo, a aplicação da tese jurídica do precedente e a automática negativa de seguimento a eventual recurso excepcional interposto contra essa decisão (como prescrevem os arts. 1.030, I, “b”, e 1.040, I, do CPC/2015), dificultando a devolução ao tribunal superior da controvérsia em torno da aplicabilidade do precedente; ou até impedindo, tendo em vista que a inadmissão do recurso nesse contexto autoriza o cabimento não do agravo ao tribunal superior, e sim de agravo interno ao tribunal de origem, nos termos do art. 1.030, § 2º, do CPC/2015. É prejudicado, portanto, o exercício do contraditório em plenitude.

Para a aplicação, ou não, do precedente a casos supostamente análogos, a fundamentação sem pronunciamento sobre a integralidade dos argumentos é igualmente deveras gravosa. Isso porque, como já se disse anteriormente, nessa conjuntura a dialética argumentativa tende a ser ainda mais delicada e importante para que se constate se há efetiva *semelhança*, ou não, entre o caso sob julgamento e o que deu azo ao precedente e se ambos permitem o desenvolvimento de um mesmo raciocínio jurídico. Trata-se de tarefa comumente difícil e que leva em conta aspectos tênues, como se percebe dos casos e doutrinas do *common law*, e que pode tornar-se tanto mais complexa quanto menos fundamentadas foram as decisões.

Esse dever assume ainda maior destaque quando se trata de decisão impugnável por recurso de natureza extraordinária. Não é demais reiterar que os tribunais superiores possuem enunciados sumulados vedando o reexame de provas mediante o julgamento desses recursos e exigindo, como requisito de admissibilidade, o prequestionamento. O registro exaustivo das alegações fáticas e o pronunciamento sobre todos os argumentos jurídicos é condição para viabilizar, em plenitude, a impugnabilidade por recurso de natureza extraordinária.

Desse modo, quando a decisão que aplica ou deixa de aplicar precedente é de última ou única instância, é absolutamente imprescindível que enfrente todas as alegações fáticas e jurídicas da inicial e da defesa, seja para viabilizar a interposição do recurso excepcional pelo sucumbente, seja para dar ao vencedor (recorrido no recurso excepcional) possibilidade de êxito na instância extraordinária quando do rejuízo da causa por meio do recurso da parte vencida.

Daí se conclui que, à luz da Constituição Federal, o entendimento de que o magistrado, ao fundamentar a decisão, não tem o dever de enfrentar todas as alegações das partes não se coaduna com a ideia de utilização de precedentes. Isso porque desprestigia a ideia de que as decisões sobre aplicação de precedentes sejam construídas mediante contraditório marcado por atividade dialética e argumentativa entre as partes e o magistrado, além de tender a cercear o pleno exercício do contraditório por meio da impugnação por recursos. O art. 93, IX, da CF deve ser interpretado em conjunto com o art. 5º, LV, da CF,

tendo em conta que fundamentação da decisão judicial e princípio do contraditório são conceitos que caminham juntos – aliás, uma das finalidades do dever de motivação é viabilizar a recorribilidade.

Tampouco sob a perspectiva da legislação infraconstitucional o entendimento aqui analisado está em consonância com a prática de utilização dos precedentes. Como já dito anteriormente, o art. 489, § 1º, do CPC, no inciso IV, aponta um dever de manifestação exaustivo sobre as alegações das partes, ao dizer que não é fundamentada a decisão que deixar de emitir pronunciamento sobre todos os argumentos capazes de infirmar sua conclusão. Os subsequentes incisos V e VI impõem que o magistrado justifique o motivo pelo qual aplica ou deixa de aplicar precedente, súmula ou jurisprudência (incisos V e VI).

Em síntese, as decisões sobre a aplicação, ou não, dos precedentes devem ser produzidas com especial atenção ao contraditório e à construção dialética, mormente para que se precise se as premissas fáticas e a discussão jurídica do caso a ser julgado correspondem, efetivamente, às do precedente e para que se viabilize futura recorribilidade quanto à incidência do precedente. Portanto, não é correto utilizar, especialmente quando se debate a aplicabilidade de precedente de recursos repetitivos, o entendimento de que o magistrado não é obrigado a responder a todas as alegações.

5. CONCLUSÃO

Seja na perspectiva da Constituição Federal, seja na do Código de Processo Civil, o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 339 de repercussão geral – de que o magistrado, ao fundamentar a decisão judicial, não é obrigado a enfrentar todas as alegações das partes – não nos parece correto, especialmente na prática de utilização de precedentes de recursos repetitivos como parâmetro decisório. A razão estava, em nossa visão, com o ministro Marco Aurélio.

A aplicabilidade de precedente formado na sistemática de recursos repetitivos para o julgamento de outra demanda depende, em maior ou menor grau, de atividade argumentativa e analítica: há que se definir se os fatos em julgamento equiparam-se aos do precedente e permitem a mesma solução jurídica.

Além disso, muitas decisões em torno de aplicabilidade de precedente são impugnáveis por recursos de natureza extraordinária, que, de acordo com entendimento sumulado do STF e do STJ, têm como requisito o prequestionamento e não podem provocar reexame de provas. Daí a importância, para verdadeiramente viabilizar a impugnabilidade por recurso, da fundamentação exaustiva dessas decisões quanto aos argumentos fáticos e jurídicos em torno da incidência da decisão paradigma.

O entendimento do STF em análise desprestigia a ideia de que as decisões sobre aplicação de precedentes sejam construídas mediante contraditório marcado por atividade dialética e argumentativa entre as partes e o magistrado, bem como tende a prejudicar

o pleno exercício do contraditório por meio da impugnação por recursos. Ofende, portanto, o art. 5º, LV, da CF.

Além disso, o art. 489, § 1º, IV, V e VI, do CPC exige fundamentação com pronunciamento sobre todas as alegações das partes capazes de infirmar a conclusão da decisão e motivação de maneira pormenorizada no que concerne à aplicação, ou não, de precedente, com demonstração de que o caso em julgamento se ajusta ou se distingue das particularidades do acórdão paradigma.

Tamanha é a preocupação do legislador com a aplicação do precedente apenas aos casos aos quais realmente se ajustem, que é prevista, no art. 966, § 5º, do CPC, uma hipótese de cabimento de ação rescisória para decisões baseadas em acórdão proferido em recursos repetitivos que não tenham considerado a diferença entre a questão em debate no processo e a do precedente.

Por esses motivos, em nossa visão, é incorreto afirmar, na fundamentação de decisões judiciais de casos nos quais é debatida a utilização de interpretação adotada em acórdão oriundo de recursos repetitivos, que o magistrado não é obrigado a enfrentar todas as alegações das partes.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: Ed. RT, 2016.
- ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2019.
- ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2019.
- ARRUDA ALVIM, Teresa; BARIONI, Rodrigo. Recursos repetitivos: tese jurídica e *ratio decidendi*. In: BIANCHI, José Flávio; MENDONÇA PINHEIRO, Rodrigo Gomes de; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coords.). *Jurisdição e direito privado: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ*. São Paulo: Ed. RT, 2020.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Procedimento comum, processos nos tribunais e recursos. 9. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020. v. 2.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018.

- FERRAZ, Taís Schilling. A construção da motivação nas decisões colegiadas: o importante papel da *majority opinion* em um sistema de precedentes. *Revista de processo*, São Paulo, v. 282, ano p. 435-451, ago. 2018.
- FERRAZ, Taís Schilling. *Ratio decidendi* x tese jurídica. A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. *Revista de processo*, São Paulo, v. 265, p. 419-441, mar. 2017.
- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 13. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2020.
- PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015: uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 248, p. 331-355, out. 2015.
- PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. Trad. Vergínia K. Pup. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Londres: Harvard University Press, 2009.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. III.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

Legislação

- 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: 07.11.2021.

Jurisprudência

- BRASIL. STF, ARE 1.321.613 AgR/PE, 2ª T., j. 09.10.2021, rel. Min. Edson Fachin, DJe 20.10.2021.
- BRASIL. STF, RE 418.416/SC, Pleno, j. 10.05.2006, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.12.2006.
- BRASIL. STF, RE 1.260.150 ED-AgR/PR, 1ª T., j. 04.05.2020, rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 15.05.2020.
- BRASIL. STF Repercussão geral na Questão de Ordem no agravo de instrumento 791.292/PE, j. 23.06.2010, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 13.08.2010.

Disponível em: [<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4772022>]. Acesso em 10.11.2021.

BRASIL. STF. Tema 339 de repercussão geral. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/abrirTemasComRG.asp]. Acesso em: 15.11.2021.

BRASIL. STJ, AgInt no AREsp 1.569.477/SP, 3ª T., j. 20.09.2021, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, *DJe* 23.09.2021.

BRASIL. STJ, AgInt no AREsp 1.808.325/DF, 4ª T., j. 31.05.2021, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 07.06.2021.

BRASIL. STJ, AgInt no REsp 1.833.502/SP, 1ª T., j. 30.08.2021, rel. Min. Gurgel de Faria, *DJe* 08.09.2021.

BRASIL. STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1.610.756/RS, 2ª T., j. 02.10.2018, rel. Min. Francisco Falcão, *DJe* 08.10.2018.

BRASIL. STJ, AgRg no RE nos EDcl no AgRg no REsp 1.374.181/GO, Corte Especial, j. 17.12.2014, rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* 05.02.2015.

BRASIL. STJ, EDcl no MS 21315/DF, 1ª Seção, j. 08.06.2016, rel. Des. Convocada Diva Malerbi, *DJe* 15.06.2016.

BRASIL. STJ. Tema Repetitivo 989. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp]. Acesso em: 16.11.2021.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Constitucional; Civil; Processual

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A fundamentação como um dos pressupostos de existência das decisões judiciais, de Benedito Cerezzo Pereira Filho e Rodrigo Nery – *RePro* 328/17-33;
- Papel criativo da jurisprudência, precedentes e formas de vinculação, de Teresa Arruda Alvim – *RePro* 333/373-405;
- Recurso extraordinário com repercussão geral. Exclusão do ICMS-ST da base de cálculo do PIS e da COFINS (RE 574.706). Efeitos da decisão em face do art. 102, § 2º, da CF. Oferecimento de embargos de declaração pela união com efeitos infringentes para sanar eventuais imprecisões do julgado. Pedido de modulação. Solução de Consulta 13 emanada da Cosit. Necessidade de se aguardar a decisão dos aclaratórios para que o contribuinte possa, sem riscos, proceder à exclusão autorizada no acórdão. Opinião legal, de Ives Gandra da Silva Martins e Fátima Fernandes Rodrigues de Souza – *RT* 1005/347-356;
- Repercussão Geral do Recurso Extraordinário: dever de demonstração da transcendência e relevância da questão constitucional, de Luiz Edson Fachin e Luiz Henrique Krassuski Fortes – *RPC* 7/227-251; e
- Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.041.210/SP: a discussão quanto aos requisitos para criação dos cargos em comissão, com a fixação de tese pelo Supremo Tribunal Federal, de Antonio Carlos Alves Pinto Serrano – *RLAI* 22/347-357.

Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- STF, RE 1.040.229, j. 21/12/2020, *DJE-STF* 12/02/2021, *RePro* 317/531; e
- STF, Repercussão Geral no RE com Ag 1.162.883, j. 11/10/2018, *DJe* 09/11/2018, *RePro* 291/469.

Veja também Legislações relacionadas ao tema

- Art. 93, IX, da CF; e
- Art. 489 do CPC

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA MP 984/20 ANTE A LEI PELÉ (LEI 9.615/88): UMA ANÁLISE DA DISPUTA JUDICIAL ENTRE A GLOBO COMUNICAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S.A. X CLUBE DE REGATAS DO FLAMENGO

THE (UN)CONSTITUTIONALITY OF MP 984/20 UNDER THE PELÉ LAW (LAW 9,615/88): AN ANALYSIS OF THE LEGAL DISPUTE BETWEEN GLOBO COMUNICAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S.A. X CLUBE DE REGATAS DO FLAMENGO

EGNALDO DOS SANTOS OLIVEIRA JUNIOR

Bacharel em Direito pela Faculdade Ruy Barbosa – Campus Paralela. Especialização em Direito Constitucional e Humanos pela UCAM. Discente do curso de Licenciatura em História pela UNEB– Universidade Estadual da Bahia – Campus XIV. Advogado. egnaldojr.adv@gmail.com

ÁREA DO DIREITO: Constitucional

RESUMO: O presente artigo analisa a problemática acerca da MP 984/20, que promoveu mudanças significativas acerca dos direitos de transmissão dos jogos de futebol dos times brasileiros, alterando a Lei Pelé (Lei 9.615/88), que discorria acerca do tema. Diante desses novos contornos, iniciou-se uma disputa judicial entre a Globo Comunicação e Participações S.A. e o Clube de Regatas do Flamengo. Dessa forma, tal alteração ensejará uma discussão que causará diversos impactos no mundo do futebol, como a realização do pagamento dos direitos de imagens dos jogadores. Para a abordagem da temática, é utilizado o método dedutivo e bibliográfico, com estudo da lei acerca do tema. Por fim, será analisado a disputa judicial, com apresentação dos argumentos dispostos nos autos 0126468-06.2020.8.19.0001.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Desportivo – Direito de Transmissão – MP 984/20 – Flamengo – Rede Globo.

ABSTRACT: The present article analyzes the problem regarding MP 984/20, which promoted significant changes regarding the broadcasting rights of the soccer games of Brazilian teams, changing the Pelé Law (Law 9.615/88) which discussed the theme. In view of these new contours, a legal dispute between Globo Comunicação e Participações S.A. and the Clube de Regatas do Flamengo began. Thus, this change will give rise to a discourse that will cause several impacts in the world of football, such as the payment of rights to images of players. The deductive and bibliographic method is used to approach the theme, with a study of the law on the theme. Finally, the legal dispute will be analyzed, with the presentation of the arguments set forth in the records No. 0126468-06.2020.8.19.0001.

KEYWORDS: Sports Law – Transmission Right – MP 984/20 – Flamengo – Rede Globo.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Direito Desportivo no Brasil: conceito, legislação e competência. 2.1. O Direito de Imagem com enfoque no futebol brasileiro. 2.2. O Direito de Arena e a sua repercussão nas verbas direcionadas aos atletas. 3. A Medida Provisória 984, de 2020, e os novos contornos do Direito de Arena. 3.1. Edição da MP acaba em disputa judicial. 4. Considerações finais. 5. Referências. Legislação. Jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

Em 18 de junho de 2020, o Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, decretou a Medida Provisória 984/20, alterando a Lei Pelé 9.615/88, mais especificamente no que concerne ao direito de transmissão previsto no art. 42, que sempre foi interpretado como direitos compartilhados de arena, ou seja, uma negociação que ocorria entre os clubes mandantes e visitantes.

Para compreensão acerca dos direitos de transmissão dos jogos de futebol, será necessário abarcar outros temas que fazem ponte com o objeto do presente artigo.

Nos aspectos futebolísticos, é ideal apresentar a temática direito de imagem, com um viés voltado para atletas, sem desconsiderar os aspectos dos clubes (nome, uniforme) e o direito de arena. Já no âmbito jurídico/constitucional, é preciso elencar conceitos acerca de controle de constitucionalidade, tipologia de leis, medida provisória e emendas constitucionais para melhor compreender a questão das alterações realizadas a partir do vigor da MP.

Esse novo panorama trazido pela MP984/20 foi objeto de debate em diversos telejornais esportivos, pois a aludida Medida Provisória estabeleceu que é conferido o poder de negociação dos direitos dos jogos ao mandante do jogo, iniciando um grande entrave entre a Rede Globo e o Flamengo.

A emissora Globo Comunicação e Participações S.A, por via contratual, tinha o direito de captação, fixação, emissão, transmissão, retransmissão ou a reprodução de imagens de todos os jogos do Campeonato Carioca 2020, exceto sobre os direitos de transmissão do Clube de Regatas do Flamengo, que teve seu contrato findado em 2019, e decidiu por não renovar.

Dessa forma, durante todo o campeonato, a rede de televisão transmitiu todos os jogos com exceção daqueles em que o Flamengo disputava, seja como mandante ou não mandante, já que os mesmos não possuíam qualquer relação jurídica para os direitos do campeonato estadual 2020.

Diante de tal cenário, veio a edição da MP 984/2020, autorizando os mandantes a negociar o direito de transmissão dos seus jogos. O Flamengo, único time participante do Campeonato Carioca 2020 que não possuía contrato com a Rede Globo, passou a negociar os direitos que lhe pertencia.

A intenção do estudo é analisar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da MP 984/2020, discutindo seus principais aspectos e efeitos no mundo jurídico e do

futebol, englobando também a sua repercussão financeira, midiática e atrativa nas emisoras, clubes e torcedores.

O presente artigo compreende uma pesquisa qualitativa, examinando bibliografias, artigos e casos concretos. As propostas apresentadas pela doutrina e jurisprudência buscam fundamentar a tese apresentada. A análise de casos concretos evidencia o crescimento e fortalecimento do pensamento apresentado, mostrando como se aplica o plano teórico na realidade prática.

Foram utilizados alguns instrumentos de coletas de dados, sendo eles: os sistemas processuais eletrônicos, onde foi possível a análise dos autos de processos; jurisprudência do Poder Judiciário brasileiro, no intuito de convalidar a tese em análise.

2. O DIREITO DESPORTIVO NO BRASIL: CONCEITO, LEGISLAÇÃO E COMPETÊNCIA

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 217, elenca o Desporto como um direito da ordem social, incumbindo ao Estado o dever de fomentar as práticas desportivas como direitos individuais.¹

Ao esmiuçar o direito desportivo, é necessário observar uma série de regramentos e instituições atípicas que só possuem aplicabilidade no âmbito dos desportos, fazendo com que esta legislação seja uma matéria rica em especificidades para assegurar os direitos dos clubes, jogadores e dos torcedores.

Nesta ótica, uma precisa definição do direito desportivo é entoada na obra de autoria de Francisco José de Oliveira Vianna. Vejamos:

“Dominados pela preocupação do direito escrito, não vendo nada mais além da lei, os nossos juristas esquecem este vasto submundo do direito costumeiro do nosso povo, de cuja capacidade criadora o direito desportivo é um dos mais belos exemplos. É de autêntica realização popular esse Direito e aplicação com rigor que muito direito escrito não possui. O direito desportivo organizou instituições suas, peculiares, que velam pela regularidade e exação dos seus preceitos e dispõe de uma constituição própria – clubes, ligas, federações e confederações – cada qual com administração regular, de tipo eletivo e democrático, além de um código penal seu, com a justiça vigilante e os seus recursos, agravos e apelações, obedecidos uns e outros, na sua atividade legislativa ou repressiva, como se tivessem a seu lado o poder do estado. Direito vivo, pois.”²

-
1. Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados [...].
 2. VIANNA, Francisco José de Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 1974. 2. v. p. 22-23.

OLIVEIRA JUNIOR, Egnaldo dos Santos. A (in)constitucionalidade da MP 984/20 ante a Lei Pelé (Lei 9.615/88): uma análise da disputa judicial entre a Globo Comunicação e Participações S.A. x Clube de Regatas do Flamengo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 134. ano 30. p. 31-47. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2022.

O ordenamento jurídico pátrio, em seu âmbito infraconstitucional, basicamente é composto por três legislações que regulamentam o desporto, sendo elas:

1. Lei 9.615/98 – também conhecida como a Lei Pelé, tem o condão de instituir normas gerais sobre o desporto, abrangendo os princípios fundamentais; finalidade; sistema brasileiro; controle de dopagem; justiça desportiva; recursos para desportos; com destaque para o direito dos atletas de futebol acerca de seus direitos econômicos;
2. Lei 10.671/03 – dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor, elenca as normas de proteção e segurança dos torcedores, crimes e penalidades; e
3. Lei 11.438/06 – abarca os incentivos e benefícios para fomentar as atividades de caráter desportivo, é a lei de incentivos fiscais ao desporto.

Todos os direitos, deveres e divergências derivadas das relações desportivas, ou seja, provenientes do arcabouço teórico retromencionado, são regidos por um Sistema Nacional de Desporto, abrigando Comitês, Entidades Nacionais e Regionais, Ligas, Confederações e a Justiça Desportiva, como aduz a Lei Pelé.³

No tocante à Justiça Desportiva, é necessário fazer uma pequena ressalva, pois nem todas as dissonâncias derivadas do tema esporte são resolvidas pela legislação especial, algumas poderão ter o cunho trabalhista, cível e até criminal.

Costumeiramente no mundo do futebol e em outros esportes há situações em que os atletas são obrigados a recorrer à Justiça do Trabalho para tratar de rescisões contratuais, pagamentos de salários e verbas trabalhistas que não foram respeitadas durante o seu contrato de trabalho.

Mesmo ocorrendo as intervenções de outros ramos do direito, que são necessárias, o Direito Desportivo desenvolve um papel importante na regulação de agenciamento de atletas, relação com os Clubes e Federações, defendendo os interesses de imagem, contratações, transferências e outras particularidades do meio esportivo.

O esporte não pode ser analisado apenas como diversão, há de ser considerado que existem inúmeros profissionais envolvidos de diferentes áreas, os atletas, profissionais de educação física, os clubes sociais e empresariais com seus funcionários, as emissoras de televisão, rádio, veículos de internet (sites, blogs...), os patrocinadores e, por fim, o público, ao qual é direcionado o entretenimento.

-
3. Art. 13. O Sistema Nacional do Desporto tem por finalidade promover e aprimorar as práticas desportivas de rendimento.

Parágrafo único. O Sistema Nacional do Desporto congrega as pessoas físicas e jurídicas de direito privado, com ou sem fins lucrativos, encarregadas da coordenação, administração, normatização, apoio e prática do desporto, bem como as incumbidas da Justiça Desportiva e, especialmente: (Redação dada pela Lei 12.395, de 2011). I - o Comitê Olímpico Brasileiro-COB; II - o Comitê Paraolímpico Brasileiro; III - as entidades nacionais de administração do desporto; IV - as entidades regionais de administração do desporto; V - as ligas regionais e nacionais; VI - as entidades de prática desportiva filiadas ou não àquelas referidas nos incisos anteriores. VII - a Confederação Brasileira de Clubes.

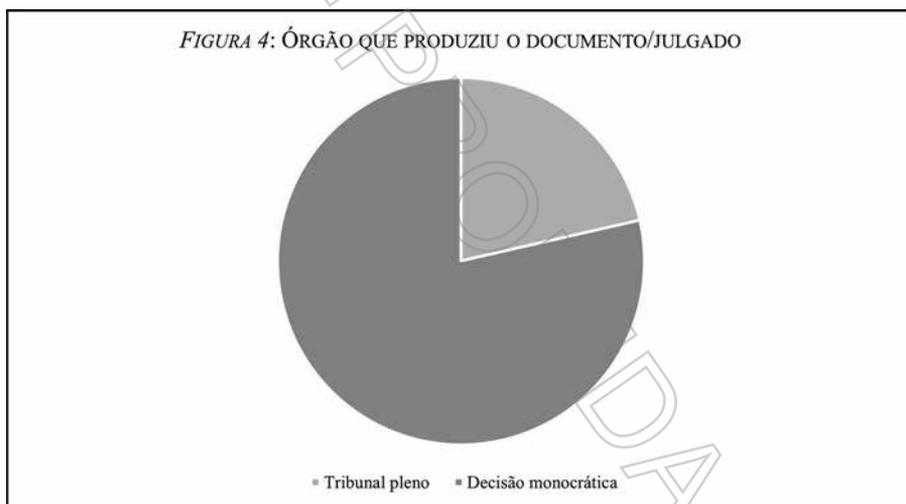
OLIVEIRA JUNIOR, Egnaldo dos Santos. A (in)constitucionalidade da MP 984/20 ante a Lei Pelé (Lei 9.615/88): uma análise da disputa judicial entre a Globo Comunicação e Participações S.A. x Clube de Regatas do Flamengo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 134. ano 30. p. 31-47. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2022.

Esses fatores fazem com que o futebol, que é a grande paixão nacional, movimente milhões de reais por ano, nas relações entre jogadores, clubes, emissoras e torcedores.

2.1. O Direito de Imagem com enfoque no futebol brasileiro

Ao abordar a temática do Direito Desportivo no Brasil, há uma relação direta com o produto esportivo mais consumido no País, o futebol.

Em estudos realizados pela *Sport Value* – empresa de marketing esportivo, *branding*, patrocínios, avaliações de marcas e de propriedades esportivas – em maio de 2018 foi constatado que o Brasil é o segundo mais importante mercado de audiência do futebol mundial, ficando atrás apenas da China, mesmo enfrentado uma queda de interesse dos torcedores nos últimos anos.⁴ A seguir:



Nesse raciocínio, o Direito de Imagem derivado dos clubes, atletas e marcas tem um papel fundamental atrelado ao capital de giro em torno da exibição de partidas de futebol.

A CRFB/88, em seu art. 5º, inciso XXVII, alínea *a*⁵, ensina que o direito a imagem, inclusive nas atividades desportivas são invioláveis, já o Código Civil, no art. 20º,

4. Disponível em: [www.sportsvalue.com.br/wp-content/uploads/2018/05/SportsValue-consumo-dos-torcedores-de-futebol-Maio-2018.pdf].
5. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas.
6. Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou

preconiza que a reprodução da imagem para fins comerciais, sem autorização do lesado, enseja o direito a reparação a indenização, mesmo que não tenha lhe atingindo a honra, boa fama ou a respeitabilidade.

A doutrina elenca o direito a imagem como um direito da personalidade, sendo este de cunho subjetivo, inerentes à pessoa, o jurista Carlos Roberto Gonçalves afirma que:

“A concepção dos direitos da personalidade apoia-se na ideia de que, a par dos direitos economicamente apreciáveis, destacáveis da pessoa de seu titular, como propriedade ou crédito contra um devedor, outros há, não menos valiosos e merecedores da proteção da ordem jurídica, inerentes à pessoa humana e a ela ligados de maneira perpétua e permanente. São os direitos da personalidade, cuja existência tem sido proclamada pelo direito natural, destacando-se, dentre outros o direito à vida, à liberdade, ao nome, ao próprio corpo, à imagem e a honra.”⁷

“O direito à própria imagem integra, pois, o rol dos direitos da personalidade. No sentido comum, imagem é a representação pela pintura, escultura, fotografia, filme etc. de qualquer objeto e, inclusive, da pessoa humana, destacando-se, nesta, o interesse primordial que apresenta o rosto.”⁸

No âmbito futebolístico, os direitos de imagem são regulados pela Lei 9.961/98 (Lei Pelé), onde, segundo prescreve o art. 87-A, “O direito ao uso da imagem do atleta pode ser por ele cedido ou explorado, mediante ajuste contratual de natureza civil e com fixação de direitos, deveres e condições inconfundíveis com o contrato especial de trabalho desportivo”. Necessário observar a limitação nas negociações impostas pelo parágrafo único do aludido artigo, o qual aduz que o valor correspondente ao uso da imagem não poderá ultrapassar 40% da remuneração total paga ao atleta.⁹

A imagem do atleta profissional é explorada de diversas formas por um time de futebol, o mencionado esporte, conforme pesquisa realizada pela *Sports Value* atestou que clubes brasileiros geraram R\$ 5,5 bilhões em receitas totais no ano de 2017, englobando

a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (Vide ADIN 4815).

7. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 10. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1. p. 184.
8. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 10. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1. p. 203.
9. Art. 87-A. O direito ao uso da imagem do atleta pode ser por ele cedido ou explorado, mediante ajuste contratual de natureza civil e com fixação de direitos, deveres e condições inconfundíveis com o contrato especial de trabalho desportivo. (Incluído pela Lei 12.395, de 2011).

Parágrafo único. Quando houver, por parte do atleta, a cessão de direitos ao uso de sua imagem para a entidade de prática desportiva detentora do contrato especial de trabalho desportivo, o valor correspondente ao uso da imagem não poderá ultrapassar 40% (quarenta por cento) da remuneração total paga ao atleta, composta pela soma do salário e dos valores pagos pelo direito ao uso da imagem. (Incluído pela Lei 13.155, de 2015).

direitos de TV, transferências de jogadores, patrocínios, mensalidade de sócios, receitas de bilheteria e venda de produtos.¹⁰

Tais números fazem com que haja uma supervalorização dos direitos da imagem dos jogadores profissionais, pois um clube pode atingir uma expressiva popularidade e sucesso, apoiando-se nos desempenhos individuais e coletivos dos seus atletas.

O contrato de licença de uso de imagem é negociado diretamente com o atleta profissional, como mencionado anteriormente, por se tratar de direito da personalidade, este é inalienável e intransmissível, podendo ser disponibilizado, ou seja, apesar de não haver a venda, renúncia ou cessão definitiva, poderá haver a contratação. Nesse sentido ensina Maria Helena Diniz:

“Reprodução de uma pessoa ou coisa obtida pela fotografia, escultura, desenho etc., que gera responsabilidade civil quando não autorizada pelo titular. Está proibida a exibição e divulgação pública de retrato sem consentimento do fotografado, salvo se tal publicação se relacionar com fins científicos, didáticos, isto é, culturais, ou com eventos de interesse público ou que aconteceram publicamente.”¹¹

Nesse mesmo sentido, o STJ expediu a Súmula 403, aduzindo que o uso indevido de imagem pode acarretar ação indenizatória, sem a comprovação do prejuízo:

“Prova do Prejuízo – Indenização pela Publicação de Imagem de Pessoa – Fins Econômicos ou Comerciais Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.”¹²

Necessário esclarecer que a relação contratual entre clubes e atletas não está vinculada apenas ao direito de imagem, já que este não poderá extrapolar o limite de 40% dos vencimentos do atleta, portanto, outros direitos e deveres são regidos pelo contrato de trabalho, regidos pela CLT, havendo, assim, contratos com objetos distintos de repercussões em áreas jurídicas diferente para um mesmo atleta.

Neste raciocínio, preleciona Álvaro de Melo Filho:

“O contrato de cessão do direito de imagem do jogador de futebol é de natureza civil, não se prestando a registro na entidade nacional de administração desportiva, despido, portanto, de qualquer repercussão na relação laboral-desportiva. Já o contrato de trabalho desportivo profissional, de evidente natureza trabalhista, deve ser obrigatória

10. Disponível em: [www.sportsvalue.com.br/wp-content/uploads/2018/05/SportsValue-consumo-dos-torcedores-de-futebol-Maio-2018.pdf].

11. DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 761.

12. STJ, Súmula 403 – 28.10.2009 - DJe 24.11.2009.

e cogentemente registrado na respectiva entidade nacional de administração do desporto, consoante dispõe a novel redação do art. 33 da Lei 8.615/98.¹³

Assim, o direito de imagem é direcionado à utilização e exposição da figura do atleta em produtos licenciados pela entidade desportiva, propagandas e até vínculos com patrocinadores.

Contudo, não é só a imagem pessoal do jogador que lhe oferece renda, há também os direitos de arena, os quais discorreremos no tópico posterior.

2.2. O Direito de Arena e a sua repercussão nas verbas direcionadas aos atletas

A Lei Pelé (9.615/98), no artigo 42, § 1º, estabelece o Direito de Arena como sendo àquele que pertence às entidades desportivas a prerrogativa de negociar a captação, emissão, transmissão, retransmissão ou reprodução de imagens do espetáculo desportivo, salientando ainda que 5% da receita proveniente dessa exploração, será repassada ao sindicato dos atletas profissionais, para distribuição aos atletas participantes do espetáculo, como parcela de natureza civil.¹⁴

De pronto, a leitura do aludido artigo demonstra que o direito de transmissão não se confunde com o direito à imagem, sendo verbas de natureza iguais (civil), porém incidem sobre objetos diferentes, enquanto a imagem está vinculada ao atleta, o direito de arena é de propriedade do clube, discutindo aqui os direitos coletivos, já que quando se negocia a transmissão vende-se a marca do time.

O direito de arena não carece da autorização dos atletas. Assim, o fato de os mesmos fazerem parte de uma entidade desportiva, ou seja, possuírem contrato de trabalho e direito de imagens firmados com a instituição, concede ao clube o poder de negociar, autorizar ou proibir a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução de imagens, por qualquer meio ou processo, sendo que o esportista deverá participar de tal ato para possuir tal parcela.

Em consonância com o exposto, elenca a Doutrina:

13. MELO FILHO, Álvaro. *Novo ordenamento jurídico-desportivo*. Fortaleza: ABC Fortaleza, 2018. p. 124.

14. Art. 42. Pertence às entidades de prática desportiva o direito de arena, consistente na prerrogativa exclusiva de negociar, autorizar ou proibir a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução de imagens, por qualquer meio ou processo, de espetáculo desportivo de que participem.

§ 1º Salvo convenção coletiva de trabalho em contrário, 5% (cinco por cento) da receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais serão repassados aos sindicatos de atletas profissionais, e estes distribuirão, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo, como parcela de natureza civil.

“Direito do atleta profissional de usufruir, se participante de espetáculo desportivo, de parte do quantum recebido pela associação desportiva não só para autorizar a fixação, transmissão ou retransmissão por quaisquer meios, obedecidas as convenções e contratos firmados, como também para comercializar imagens. A autorização da entidade a que se filia o atleta também é necessária para transmissão ou a retransmissão, por qualquer meio, de espetáculo desportivo público com entrada paga.”¹⁵

Em suma, o jogador de futebol só terá direito a receber valores referentes ao direito de arena quando o mesmo participar dos jogos, lembrando que tais verbas serão repassadas pelo sindicato profissional, o que exime o clube de tais responsabilidades.

Embora grafado alhures que o direito de arena possui natureza civil, isso devido a uma alteração legislativa – como prediz o art. 42, § 1º, da Lei 9.615/98 –, ainda há entendimentos jurisprudenciais de que tais verbas possuem natureza remuneratória, aliçada na justificativa de que há uma similaridade de tais pagamento com gorjetas. Vejamos:

“RECURSO DE REVISTA. DIREITO DE ARENA. NATUREZA JURÍDICA. A jurisprudência desta Corte tem atribuído natureza jurídica remuneratória à parcela paga ao atleta decorrente do denominado direito de arena. De outro lado, não corresponde a uma parcela paga diretamente pelo empregador, aproximando-se do sistema das gorjetas. Portanto, em face de sua similaridade com as gorjetas, aplica-se, por analogia, o artigo 457 da CLT e a Súmula 354 do TST, o que exclui os reflexos no cálculo do aviso-prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal e autoriza repercussão em gratificação natalina, férias com o terço constitucional e FGTS. Precedentes. Não conhecido.”¹⁶

Coadunando com o mesmo pensamento, explica Zainaghi: “[...] forçoso é concluir que o direito de arena, quanto à parte do pagamento ao jogador de futebol, tem natureza jurídica de remuneração, pois guarda similitude com as gorjetas previstas no art. 457 da CLT”.¹⁷

Assim, a MP 984/2020 alterou o modelo de negociação dos direitos de arena, o que poderá refletir na forma de pagamento de tais verbas aos atletas.

15. DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 150.

16. TST, RR - 2960-19.2012.5.02.0036, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 11.02.2015, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20.02.2015.

17. ZAINAGHI, Domingos Sávio. *Os atletas profissionais de futebol no direito de futebol no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

3. A MEDIDA PROVISÓRIA 984, DE 2020, E OS NOVOS CONTORNOS DO DIREITO DE ARENA

Antes da edição da MP 984/2020, a Lei Pelé regravava que para a exibição das partidas de futebol as empresas deveriam comprar os direitos dos times visitantes e dos mandantes.

Durantes décadas, o futebol brasileiro seguiu nesse compasso, emissoras de grande porte, como a Globo Comunicação e Participações S.A, monopolizam o mercado, fazendo a compra exclusiva de campeonatos nacionais, adquirindo não só o poder de transmissão, como também a sua revenda.

Contudo, após a edição da Medida Provisória 984/2020, surgiram novos regramentos para a comercialização dos direitos de transmissão dos clubes brasileiros.

A CRFB/88, em seu artigo 62º, disciplina que “em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”. A MP editada permanecerá em vigor no prazo de 60 dias e será submetida, imediatamente, ao Poder Legislativo para apreciação.¹⁸

Assim, em 18 de junho de 2020, o Presidente da República decretou a Medida Provisória 984/20, alterando o art. 42 da Lei Pelé. A partir de então, a negociação dos direitos de transmissão não necessitaria da concordância dos clubes visitantes, sendo assim o time mandante pode vender livremente seus jogos.

Para uma melhor visualização das alterações introduzidas, vejamos o quadro comparativo seguinte:

Lei 9.615/1988 – Antes da MP:

Art. 42. Pertence às entidades de prática desportiva o direito de arena, consistente na prerrogativa exclusiva de negociar, autorizar ou proibir a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução de imagens, por qualquer meio ou processo, de espetáculo desportivo de que participem. (Redação dada pela Lei 12.395, de 2011).

§ 1º Salvo convenção coletiva de trabalho em contrário, 5% (cinco por cento) da receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais serão repassados aos sindicatos de atletas profissionais, e estes distribuirão, em partes iguais, aos

18. Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

[...]

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

atletas profissionais participantes do espetáculo, como parcela de natureza civil. (Redação dada pela Lei 12.395, de 2011).

Lei 9.615/1988 – Após edição da MP 984/2020:

Art. 42. Pertence à entidade de prática desportiva *mandante* o direito de arena sobre o espetáculo desportivo, *consistente na prerrogativa exclusiva* de negociar, autorizar ou proibir a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução de imagens, por qualquer meio ou processo, do espetáculo desportivo. (Redação dada pela Medida Provisória 984, de 2020).

§ 1º Serão distribuídos, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo de que trata o caput, cinco por cento da receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais, como pagamento de natureza civil, exceto se houver disposição em contrário constante de convenção coletiva de trabalho. (Redação dada pela Medida Provisória 984, de 2020). (g.n.)

Embora a Lei 9.615/1988, na sua redação, não abordasse que a negociação dos direitos de arena deveria ser bilateral, ou seja, mandante e visitante, por uma *práxis*, tal negociação sempre ocorreu dessa forma, exercendo os chamados “direitos compartilhados”, onde a regra que valia era a autorização/contratação dos direitos de arena pelos clubes envolvidos nos eventos.

Esta negociação se dava de forma coletiva, por meio do Clube do 13 – entidade responsável por representar os clubes na negociação – contudo, a partir de 2016, alguns times brasileiros resolveram ceder os direitos do campeonato brasileiro de 2019 até 2024 para a Rede Globo, ensejando uma ruptura na negociação coletiva, eis que alguns clubes, não estando em acordo com a negociação, passaram a ajustar seus contratos de forma individual, ou em pequenos blocos.

Logo, a partir da Medida Provisória, os clubes que não venderam ainda seus direitos de arena podem negociá-los de forma individual, tendo como único requisito ser titular do mando de campo.

Além disso, outro ponto que enseja discussão é que, após a edição da MP, os contratos deveriam ser reformulados, pois agora adquiriria o direito de transmitir todos os jogos que tem contrato com o mandante, dobrando, assim, o número de eventos contratados.

Na prática, esse debate toma os seguintes contornos: antes da edição da MP, o Time A cedeu seus direitos de arena para determinada emissora, que também possui contrato com Time B, assim ela poderia transmitir qualquer evento esportivo entre as duas entidades.

Após entrar em vigor a MP, os titulares dos direitos de arena passam a ser apenas os mandantes, nesta ótica, àquela emissora que tem contrato com Time A para exibição de todos os seus jogos só poderá exibir os eventos em que a equipe for mandante, e, caso

tenha contrato com o Time B, também poderá transmitir as partidas efetuadas com o seu mando de campo.

Assim, os contratos entabulados antes da MP devem seguir os modelos de contratação com a nova redação proposta, pois os clubes que cederam seus direitos de transmissão para períodos futuros independem da anuência dos seus adversários nos seus mandos, entretanto, essa medida causa uma vantagem para emissora, que, mesmo com as alterações em virtudes de rebaixamento ou não contratação, não teria que modificar seus contratos.

Acredita-se, neste particular, que o caminho a ser seguido é o diálogo entres as partes, para que não haja uma vantagem excessiva para emissoras diante da modificação da lei.

3.1. Edição da MP acaba em disputa judicial

No Campeonato Carioca de Futebol 2020, principal competição do Estado do Rio de Janeiro, a Medida Provisória 984/20 foi um fator que causou uma grande discussão entre a Rede Globo e o Clube de Regatas do Flamengo.

A Emissora adquiriu os direitos de arena de todos os clubes do aludido campeonato, exceto do Flamengo, fazendo com que os jogos em que o Clube atuasse não pudessem ser transmitidos em seus canais, isso sendo como mandante ou visitante, frise-se que, nesse momento, ainda não estava em vigor a MP.

A negociação arrastou-se ao longo do campeonato, porém as partes não chegaram a um consenso.

Em 25 de junho de 2020, foi publicada a Medida Provisória 984/2020, que alterou a redação do artigo 42 da Lei 9.615, esse fato convalidou a ideia do Clube de Regatas do Flamengo de transmitir ou ceder a terceiros os direitos de transmissão da partida Flamengo X Boavista, válida pela quinta rodada do campeonato carioca.

Contudo, a Globo Comunicação e Participações S.A. requereu uma Tutela Antecipada em Caráter Antecedente, na 10ª Vara Cível do Estado do Rio de Janeiro, tombada sob o n. 0126468-06.2020.8.19.0001, tentando evitar a transmissão do jogo.

A seguir trechos dos principais fundamentos utilizados pela Empresa nas suas alegações:

“5. Ocorre que a GLOBO já havia celebrado contratos de aquisição desses direitos, com exclusividade, na vigência da legislação anterior, com todos os clubes participantes do Campeonato Carioca de Futebol, com exceção apenas do FLAMENGO (doc. 6). Portanto, os direitos de transmissão de todos os demais clubes, inclusive do Boavista, com quem o FLAMENGO jogará na próxima semana, pertencem à autora, por força de ato jurídico perfeito e acabado celebrado na vigência da lei anterior.

6. Caso o FLAMENGO concretize a ameaça já feita, será irremediavelmente lesado o direito da autora, o que justifica a apresentação desta medida liminar antecedente.

7. Como se passa a demonstrar, a Medida Provisória editada é assustadoramente inconstitucional. Custa a crer que tenha sido editada de forma tão irresponsável. Note-se bem: a discussão sobre a melhor forma de alocar os direitos de transmissão de um evento esportivo é legítima e precisa ser feita. O que não se pode admitir em ordenamentos jurídicos sérios é que isso se dê numa canetada para beneficiar aliados, sem qualquer debate sobre o tema. E muito menos que a nova legislação possa afetar contratos e atos jurídicos perfeitos anteriormente celebrados.¹⁹

No intuito de justificar a transmissão dos jogos, intimado para manifestar-se do pedido de tutela antecipada, o Clube de Regatas do Flamengo esposou os seguintes argumentos:

“3. Numa palavra, a lide versa sobre os direitos de transmissão dos jogos do FLAMENGO pelo Campeonato Carioca de 2020. A GLOBO invoca seus direitos com base em um contrato celebrado com a Federação de Futebol do Estado do Rio de Janeiro (‘FERJ’), ao qual o FLAMENGO não aderiu (‘CONTRATO’ – doc. 2), o que é incontroverso. O FLAMENGO, por seu turno, sustenta seu direito com base na recente Medida Provisória 984/20 (‘MP 984/20’), que, alterando parcialmente a Lei Pelé (Lei 9.615/98), estabeleceu disposições importantes no contexto da pandemia, dentre eles, o de conferir aos clubes mandantes dos jogos o direito de negociar a sua transmissão. 3. Portanto, seu direito tem suporte legal e contratual (no caso, por não estar vinculado ao CONTRATO celebrado entre GLOBO e FERJ).

4. A disputa judicial entre as partes promete ser longa, mas, seja como for, quem não pode ser prejudicado é o torcedor, o qual, pelo abuso da GLOBO, ficará privado de assistir os jogos do seu time, no caso, o de maior torcida do País (mais de 40 milhões de torcedores).

5. Ademais, a MP 984/20 foi editada no contexto da grave situação por que passa o País em razão da pandemia, conforme se verifica na sua ementa (‘[...] em razão da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia da Covid-19, de que trata da Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020’). Sua interpretação se dá, portanto, tendo presente este contexto.

6. Desta forma, o torcedor, impedido de ir ao estádio ver seu time jogar, não pode ficar privado de vê-lo pela televisão, ou por outras mídias, em razão de uma interpretação abusiva da GLOBO, que pretende impor seus direitos a não signatários do seu contrato com a FERJ. Na prática, a GLOBO impôs ao FLAMENGO um verdadeiro *lockout* televisivo no Campeonato Carioca, apenas porque o clube não cedeu às suas pressões.²⁰

19. Autos 0126468-06.2020.8.19.0001, Petição Inicial. fls. 5 e 6.

20. Autos 0126468-06.2020.8.19.0001, Manifestação acerca do pedido de tutela provisória, fls. 143 e 144.

Sopesando os argumentos apresentados, o magistrado Ricardo Cyfer, Juiz de Direito da 10ª Vara Cível, indeferiu o pleito da parte Autora, sob os seguintes termos:

“A eventual transmissão dos jogos pelo réu [Flamengo] com base na MP 984 não rompe o compromisso entre autora e os demais clubes signatários do termo de cessão de direitos. Isso porque, ao tempo em que foi firmado o contrato, os clubes tinham ciência da não adesão do Flamengo e do seu consequente reflexo contratual [...].

A parte autora é detentora dos direitos de transmissão de todos os jogos do Campeonato Carioca, com exclusividade, à exceção dos jogos do clube não aderente. Com a não adesão do réu ao contrato, a autora deixou de ser titular dos direitos de transmissão dos jogos do Clube de Regatas do Flamengo. Ou seja, as transmissões desses jogos nunca foram um ativo econômico da cessão de direitos.”²¹

Assim, a transmissão de Flamengo X Boavista ocorreu na “Fla TV” – canal oficial do clube no Youtube – registrando o nono maior pico de audiência para um conteúdo ao vivo na plataforma. A vitória rubro-negra por 2 a 0 chegou a reunir 2,1 milhões de pessoas no final do primeiro tempo.²²

Mesmo com o indeferimento da Tutela Antecedente, a Rede Globo tentou, em sede de 2º Grau, modificar a decisão, contudo, tal resultado só saiu após a realização do evento esportivo, ocorrendo a perda do objeto.

Diante deste panorama, a Emissora rescindiu o contrato com todos os clubes do Rio de Janeiro, referente ao Campeonato Carioca, deixando-os livres para negociarem os jogos subsequentes.

Esse fato fez com que os clubes envolvidos nas finais organizassem a transmissão dos seus jogos em que foram mandantes em seus canais no youtube, ou efetivando a cessão do direito de arena a outras emissoras, como fez o Flamengo junto ao SBT – Sistema Brasileiro de Televisão.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Medida Provisória 984/20 mudou o modelo de transmissão dos direitos de arena dos times brasileiros, o mencionado normativo é dotado de constitucionalidade, uma vez que o Presidente da República, no âmbito de suas atribuições e justificando o motivo de relevância, poderá editar a MP.

21. Disponível em: [www.espn.com.br/futebol/artigo/_id/7102036/flamengo-x-globo-justica-indefere-pedido-e-autoriza-clube-a-transmitir-jogo-desta-quarta-feira-ainda-cabe-recurso]. Acesso em: 19.10.2020.

22. Disponível em: [www.espn.com.br/futebol/artigo/_id/7112900/flamengo-x-boavista-garante-lugar-lives-mais-vistas-youtube-ranking]. Acesso em: 19.10.2020.

Carece destaque que o controle de constitucionalidade da MP será exercido em sede de processo legislativo, uma vez que, caso não haja a sua conversão em Lei, após seu prazo de vigência, perderá a sua eficácia.

A discussão perpetrada entre a Rede Globo e o Clube do Flamengo não deve pairar se a Medida Provisória 984/20 é constitucional ou inconstitucional, mas deve versar acerca do modelo de cessão de direitos de arena adotado pela legislação pátria.

É de sabença geral que os reflexos provocados pela pandemia derivada da Covid-19 impôs restrições ao convívio social e o estabelecimento de isolamento, quarentena e de medidas restritivas à locomoção de pessoas, gerando a diminuição da atividade econômica, com possibilidade, inclusive, da descontinuidade do exercício das mais variadas atividades, com exceção aos serviços considerados essenciais.

Considerando a questão pandêmica, compreende-se que tal momento não seria oportuno para edição de uma MP no tocante às questões relativas à direito de transmissão, uma vez que tais mudanças são importantíssimas e foram realizadas sem um debate entre clubes, emissoras, atletas e o público, salientando que tais decisões/mudanças só devem ser adotadas após um processo legislativo adequado e construtivo.

A guisa de exemplo, pode-se elencar o modelo adotado pela legislação espanhola. Em 2015, foi realizada uma intervenção estatal, definindo a venda centralizada como a melhor ferramenta para exercer a cessão dos direitos de transmissão dos clubes de futebol.

As equipes espanholas são obrigadas a cederem seus direitos de transmissão para “La Liga” e para Federação Espanhola, no que concerne ao Campeonato Espanhol, Copa do Rei e Supercopa da Espanha, 90% da verba obtida com a comercialização das competições está destinada aos times da 1ª divisão e 10% aos times da segunda.

Assim, a divisão dos 90%, no caso da primeira divisão, ocorre da seguinte forma: 50% são divididos em partes iguais para todos os clubes e os outros 50% englobam uma subdivisão, onde 25% são repartidos de forma variável, tendo como parâmetro as melhores colocações no campeonato nos últimos cinco anos, e o outros 25% é denominado “implantação social”, uma fórmula que considera audiência de TV e dinheiro com bilheteria.²³

Com as mudanças significativas da MP, os clubes também terão que sair das suas zonas de conforto, expor a marca e transmitir jogos, e estas são ações que custam caro.

Não é uma conta de pensar apenas em arrecadação, mas nos altos custos para transmitir um evento esportivo. No futebol são cerca de 32 câmeras captando cada lance, outro fato importante é a visibilidade que será dada aos patrocinadores, mesmo num mundo de acessibilidade, onde cada um assiste o conteúdo que deseja, muitas pessoas ainda estão vinculadas às transmissões da TV aberta, que possuem uma abrangência muito maior do que a internet.

Nesses novos aspectos e demandas geradas pela MP 984/20, os clubes e emissoras devem buscar soluções que produzam um equilíbrio financeiro para ambas as partes, não

23. Disponível em: [www.espn.com.br/futebol/artigo/_/id/7069983/para-diminuir-poder-barcelona-real-madrid-espanha-oposto-brasil-mp-984-direitos-tv].

podendo deixar de lado o bem mais importante para o clube, que é o torcedor, e que para as emissoras se configura como o telespectador.

5. REFERÊNCIAS

- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- ESPN. *Flamengo x Globo: Justiça indefere pedido e autoriza clube a transmitir jogo de quarta; ainda cabe recurso*. Disponível em [www.espn.com.br/futebol/artigo/_id/7102036/flamengo-x-globo-justica-indefere-pedido-e-autoriza-clube-a-transmitir-jogo-desta-quarta-feira-ainda-cabe-recurso]. Acesso em: 19.10.2020.
- ESPN. *Flamengo x Boavista garante lugar em 'lives' mais vistas do Youtube; veja o ranking*. Disponível em: [www.espn.com.br/futebol/artigo/_id/7112900/flamengo-x-boavista-garante-lugar-lives-mais-vistas-youtube-ranking]. Acesso em: 19.10.2020.
- ESPN. *Para diminuir poder de Barcelona e Real, Espanha fez o oposto do Brasil com direitos de TV*. Disponível em: [www.espn.com.br/futebol/artigo/_id/7069983/para-diminuir-poder-barcelona-real-madrid-espanha-oposto-brasil-mp-984-direitos-tv]. Acesso em: 19.10.2020.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.
- MELO FILHO, Álvaro. *Novo ordenamento jurídico-desportivo*. Fortaleza: ABC Fortaleza, 2000.
- SPORTSVALUE. *Consumo dos Torcedores no Futebol Brasileiro*. Disponível em: [www.sportsvalue.com.br/wp-content/uploads/2018/05/SportsValue-consumo-dos-torcedores-de-futebol-Maio-2018.pdf]. Acesso em: 03.10.2020.
- VIANNA, Francisco José de Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 1974. 2 v.
- ZAINAGHI, Domingos Sávio. *Os atletas profissionais de futebol no direito de futebol no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

Legislação

- BRASIL. Lei 9.615, de 24 de março de 1998. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências.
- BRASIL. Lei 10.671, de 15 de maio de 2003. Dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor e dá outras providências.
- BRASIL. LEI 11.438, de 29 de dezembro de 2006. Dispõe sobre incentivos e benefícios para fomentar as atividades de caráter desportivo e dá outras providências.

Jurisprudência

STJ. Súmula 403 – 28.10.2009 – *DJe* 24.11.2009.

TST. Recurso de Revista - 2960-19.2012.5.02.0036, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 11.02.2015, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20.02.2015.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Constitucional

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Direitos de transmissão do evento, de Paulo Sérgio Feuz e Ricardo Piragini – *RT* 993/267-276.

Veja também Legislação relacionada ao tema

- Art. 42 da Lei 9.615/1988.

COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO: O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO

COMMENT ON THE JUDGMENT: THE ROLE OF JUDICIARY POWER IN THE IMPLEMENTATION OF PUBLIC POLICIES INSTITUTED BY THE CONSTITUTION AND NOT PERFORMED BY THE PUBLIC

DANIELA COSTA SOARES MATTAR

Doutoranda em Proteção e Efetivação dos Direitos Fundamentais – linha de pesquisa em Organizações Internacionais e a Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna/MG. Mestre em Direito das Relações Econômicas Empresariais pela Universidade de Franca – Unifram (2005). Especialista em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera – Uniderp (2012); em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina – Unisul (2008) e em Direito Processual pelas Faculdades Integradas do Oeste de Minas – Fadom (2002). Advogada e professora na Faculdade Una e Unifenas campus Divinópolis/MG.
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9459-3278>
dcsmattar@terra.com.br

ÁREAS DO DIREITO: Constitucional; Processual

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo avaliar a possibilidade, viabilidade e a necessidade da intervenção do Poder Judiciário para determinar a implantação de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatutura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas públicas – Ação civil pública – Separação dos poderes – Direitos trans-individuais – Intervenção do judiciário.

ABSTRACT: The present work aims to evaluate the possibility, feasibility and need for the intervention of the Judiciary to determine the implementation of public policies when the competent state bodies, for failing to comply with the political and legal burdens that affect them, come to compromise, with such behavior, the effectiveness and integrity of individual and/or collective rights impregnated with constitutional stature, even if derived from clauses coated with programmatic content.

KEYWORDS: Public policies – Public civil action – Separation of powers – Trans-individual rights – Judiciary intervention.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. 3. Conclusões. 4. Bibliografia

DECISÃO

RE 592.581/RS – RIO GRANDE DO SUL

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI

Julgamento: 13.08.2015

Publicação: 01.02.2016

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Ementa

Ementa: REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. I – É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II – Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III – Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV – Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V – Recurso conhecido e provido.

Decisão

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 220 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para cassar o acórdão recorrido, a fim de que se mantenha a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau. Ainda por unanimidade, o Tribunal assentou a seguinte tese: “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição

Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”.

Tese: É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

Tema 220 – Competência do Poder Judiciário para determinar ao Poder Executivo a realização de obras em estabelecimentos prisionais com o objetivo de assegurar a observância de direitos fundamentais dos presos.

1. INTRODUÇÃO

No atual estágio de prospecção doutrinária e jurisprudencial sobre as políticas públicas,

“pensamos que a política pública pode ser considerada como a conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados”.¹

A doutrina tradicional, contudo, vem refutando a utilização da ação civil pública em situações que imponham a efetivação de políticas públicas exatamente com fulcro no princípio da separação de poderes. Observa-se tal apontamento nas palavras de Paulo Salvador Frontini:²

“o certo, todavia, é que cabe ao Poder Executivo formular e executar as políticas públicas a serem desenvolvidas nos vários e amplos setores em que o Estado age. E a adoção de políticas públicas é matéria que se insere na competência interna e exclusiva do Poder Executivo. Assim, as deliberações do governo, enquanto age ele dentro do cumprimento normal e de boa-fé de sua competência constitucional, adotando decisões

-
1. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesse difusos: conceito e legitimação para agir*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 776-777.
 2. FRONTINI, Paulo Salvador. Ação civil pública e separação dos poderes do estado. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública – 15 anos*. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 669.

de conveniência e oportunidade que lhe são próprias e exclusivas, ficam resguardadas da ingerência dos demais Poderes. As decisões do Poder Executivo, assim, assumidas, ficam subtraídas a apreciação ou interferência dos demais Poderes”.

Nesse seguimento, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu, com base no princípio constitucional da separação de poderes, ser vedado ao Poder Judiciário interferir na formulação das políticas públicas que constituam matéria sob reserva de governo.³ No mesmo compasso, é a decisão proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais.⁴

Isto posto, verifica-se que a corrente doutrinária e jurisprudencial que defende a impossibilidade de o Poder Judiciário intervir nas políticas públicas sustenta sua tese no princípio da tripartição dos poderes, sendo certo que a discricionariedade do ato administrativo só poderia ser avaliada pela própria Administração; não sendo passível, portanto, de controle jurisdicional.

Logo, o presente trabalho tem como objetivo avaliar a possibilidade, viabilidade e a necessidade da intervenção do Poder Judiciário determinar a implantação de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

2. O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO

No Brasil, durante algum tempo, os tribunais entendiam não poder adentrar ao mérito do ato administrativo; todavia Ada Pellegrini Grinover⁵ aponta que a lei da ação popular abriu ao Judiciário a apreciação do mérito do ato administrativo, sendo requisitos para que o Judiciário intervenha no controle das políticas públicas: a) o limite fixado

3. “[...] 1. O Ministério Público Estadual de Minas Gerais ajuizou ação civil pública, objetivando compelir o Município de Três Pontes/MG a promover a criação, instalação e manutenção de abrigo a crianças e adolescentes que necessitem do serviço, de preferência em entidade mantida com o Poder Público Municipal, bem como implementar a política de atendimento, nos termos do artigo 87, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente. [...] 6. Enfoque constitucional do aresto impugnado. O acórdão impugnado, com base no princípio constitucional da Separação dos Poderes, consignou ser vedado ao Poder Judiciário interferir na formulação das Políticas Públicas, ‘que constituam matéria sob reserva de governo’. 7. Recurso especial não conhecido.” (STJ, REsp 1.140.992 MG 2009/0095708-0, rel. Min. Castro Meira, j. 10.11.2009, *DJe* 20.11.2009).
4. TJMG, Ap. Cível 1.0024.06.931520-8/001, rel. Des. Armando Freira, j. 02.06.2009, *DJe* 17.07.2009. STJ, REsp 169.876, rel. Min. José Delgado, j. 16.06.1998, *DJe* 21.09.1990.
5. GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Belo Horizonte: Arraes, 2010. (Coleção direitos fundamentais individuais e coletivos, v. 1.). p. 2-6.

pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; b) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público; e c) a existência de disponibilidade-financeira do Estado para tornar as prestações positivas dele reclamadas.

Constata-se que o cenário doutrinário e jurisprudencial atual não se justifica mais pela inviabilidade do controle de políticas públicas em razão do princípio da separação de poderes, mas sim pela efetividade de direitos sociais por meio da concretização de políticas públicas. Referido cenário não demonstra uma invasão do Poder Judiciário na seara da Administração Pública, e sim, como dito, uma efetivação de políticas públicas por meio da judicialização da ação civil pública, em especial, por meio da atuação do Ministério Público que busca a concretização de direitos sociais por meio de implementação de políticas públicas.⁶

O posicionamento mais representativo a favor da intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas foi do Supremo Tribunal Federal, na ADPF 45-9.⁷ O Supremo Tribunal Federal, em decisão recente, consolidou o entendimento de que é:

“função institucional do Poder Judiciário determinar a implantação de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático”.⁸

Nesse viés, analisando Recurso Extraordinário 592.581 em sede de Repercussão Geral, objeto da presente pesquisa, verifica-se a possibilidade e necessidade da intervenção do

6. *Ibidem*, p.125.

7. “ADPF MC/DE POLÍTICAS PÚBLICAS. INTERVENÇÃO JUDICIAL. RESERVA DO POSSÍVEL. Relator: min. Celso de Mello. Ementa: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da ‘reserva do possível’. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).” (STF, ADPF 45-9, rel. Min. Celso de Mello, j. 29.04.2004, *DJe* 04.05.2004).

8. “O Supremo fixou entendimento no sentido de que é função institucional do Poder Judiciário determinar a implantação de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Precedentes”. (STF, RE 367.432 AgR, rel. Min. Eros Grau, j. 20.04.2010, *DJe* 14.05.2010).

Poder Judiciário no controle das políticas públicas diante da inércia da Administração Pública, não havendo qualquer extrapolção do Poder Judiciário, não justificando a invasão de poderes, em obediência ao princípio da supremacia da dignidade da pessoa humana, que legitima a intervenção judicial.

É notório no acórdão recorrido que a situação revela o estado de inércia da Administração Pública em relação aos direitos e garantias das pessoas privadas de liberdade, esvaziando-se, em consequência, o elevado significado que representa o postulado da dignidade da pessoa humana. Esta condição é inaceitável no Estado Democrático de Direito, o que torna inequívoca a decisão do Recurso Extraordinário 592.581, em sede de Repercussão Geral, no sentido de acolher os grupos vulneráveis, em face da omissão da Administração Pública em implementar medidas eficazes de ordem estrutural que neutralizem a situação absurda encontrada nos autos, que violam e vulneram a dignidade dos custodiados, legitimando a intervenção judicial. Ademais, o texto constitucional dispõe sobre os direitos fundamentais do preso, sendo certo que as condições precárias dos estabelecimentos prisionais importam ofensa à sua integridade física e moral.

Nesse viés, foi reconhecida pela Suprema Corte a integridade física e moral dos presos como interesse de natureza fundamental, cuja observância se faz obrigatória em um Estado que tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, fazendo jus à obrigação de fazer do Estado do Rio Grande do Sul, no caso específico, de realizar as devidas obras de reforma geral no Albergue Estadual de Uruguaiana, a fim de que se garanta a observância dos direitos fundamentais dos presos.

Cumprе ressaltar que o postulado da dignidade da pessoa humana, nos dizeres de José Afonso da Silva,⁹ “não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional”. Portanto, a centralidade do valor da dignidade da pessoa humana em nosso sistema constitucional permite a intervenção judicial para que seu conteúdo mínimo seja assegurado aos jurisdicionados em qualquer situação em que estes se encontrem,¹⁰ uma vez que o postulado da inafastabilidade da jurisdição é um dos principais alicerces do Estado Democrático de Direito.

Por esse ângulo, em face do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, não pode o Poder Judiciário se furtar da atividade jurisdicional, e nesse sentido têm decidido os tribunais,¹¹ atuando na concretização e efetivação de políticas públicas e garantindo a supremacia da Constituição.

9. SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à constituição. 6. ed. SP: Malheiros, 2009. p. 38.

10. STF, RE 592.581, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13.08.2015, *DJe* 01.02.2016, p. 22.

11. STF, HC 172.136, rel. Min. Celso de Mello, j. 10.10.2020, *DJe* 01.12.2020.

STF, ADI 1.484, rel. Min. Celso de Mello, j. 21.08.2001, *DJe* 28.08.2001.

STF, RE 436.969, rel. Min. Celso de Mello, j. 26.10.2005, *DJe* 07.11.2005.

STF, ADI 3.540, rel. Min. Celso de Mello, j. 01.09.2005, *DJe* 03.02.2006.

STF, RE 410.715, rel. Min. Celso de Mello, j. 22.11.2005, *DJe* 03.02.2006.

Nessa perspectiva, sanada está a controvérsia acerca da discussão dos limites de atuação do Poder Judiciário, sendo legítima a necessidade da intervenção pelo Judiciário no controle das políticas públicas diante da inércia da Administração Pública, de forma especial, na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física, protegendo direitos sociais e fundamentais. Não cabe, portanto, o argumento de que o dever estatal de garantir a integridade física e moral dos presos está condicionado a previsões orçamentárias e não pode ser submetido ao crivo do Poder Judiciário. É imperioso acrescer que os direitos fundamentais da pessoa humana estão previstos em normas de eficácia imediata e constituem o chamado “mínimo existencial”, não podendo ser suplantados pelos direitos patrimoniais do Estado.¹²

Resta claro, portanto, que sob o ângulo da repercussão geral, é visível que o que está em causa são os direitos fundamentais do preso e a ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, ambos assegurados constitucionalmente, o que legitima a intervenção estatal. Logo, resta evidente, que não se trata de norma de cunho programático e não há que se falar em “aplicação da reserva do possível”, que não constitui justificativa para que o Poder Executivo possa se eximir das obrigações impostas pela Constituição Federal.¹³ Ao revés, “trata-se do cumprimento da obrigação mais elementar deste Poder que é justamente a de dar concreção aos direitos fundamentais, abrigados em normas constitucionais, ordinárias, regulamentares e internacionais”¹⁴ uma vez que a integridade física e

STF, RE 603.575, rel. Min. Eros Grau, j. 20.04.2010, *DJe* 14.05.2010.

STF, RE 367.432 – AgR, rel. Min. Eros Grau, j. 20.04.2010, *DJe* 14.05.2010.

STF, RE 559.646 – AgR, rel. Min. Ellen Gracie, j. 07.06.2011, *DJe* 24.06.2011.

STF, RE 763.667, rel. Min. Celso de Mello, j. 22.10.2013, *DJe* 13.12.2013.

STF, RE 745.745 – ARE, rel. Min. Celso de Mello, j. 13.02.2014, *DJe* 19.02.2014.

STF, RE 581.488, rel. Min. Dias Toffoli, j. 03.12.2015, *DJe* 08.04.2016.

STF, RE 631.289, rel. Min. Teori Zavascki, j. 06.12.2016, *DJe* 13.12.2016.

STF, RE 1.155.959 – AgR, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 30.11.2018, *DJe* 28.05.2019.

STF, RE 1.250.595, rel. Min. Marco Aurélio, j. 15.05.2020, *DJe* 29.05.2020.

STJ, REsp 718.203, rel. Min. Luiz Fux, j. 06.12.2005, *DJe* 13.02.2006.

STJ, REsp 736.524, rel. Min. Luiz Fux, j. 21.03.2006, *DJe* 03.04.2006.

STJ, REsp 1.041.197, rel. Min. Humberto Martins, j. 25.08.2009, *DJe* 06.09.2009.

STJ, REsp 1.185.474, rel. Min. Humberto Martins, j. 20.04.2010, *DJe* 29.04.2010.

STJ, REsp 1.657.156, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 25.04.2018, *DJe* 04.05.2018.

STJ, REsp 1.537.530, rel. Min. Herman Benjamin, j. 27.04.2017, *DJe* 27.02.2020.

12. STF, RE 592.581, Repercussão geral, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13.08.2015, *DJe* 01.02.2016, p. 2.

13. STF, RE 592.581, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13.08.2015, *DJe* 01.02.2016, p. 25.

14. SCAFF Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 51, p. 79-99, jun. 2007. p. 90.

moral dos presos configura interesse de natureza geral, consubstanciando direito fundamental de observância obrigatória pelo Estado.

Destarte, explana José Renato Nalini¹⁵

“é fundamental a lucidez de consciência do Judiciário, quanto ao que lhe incumbe quando custódia interesses difusos. Tranquilizem-se os juizes: não estão a invadir seara alheia. Apenas cumprem o papel que lhes preordenou a própria ordem constitucional e suprem a omissão do Poder Público, incapaz de satisfazer integralmente a todos”.

Nesse sentido, já assentou o Ministro Celso de Mello que não pode o Judiciário omitir-se “se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade os direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional”.¹⁶

Por fim, observa-se, conforme demonstrado, que os Tribunais vêm mudando a concepção em matéria de políticas públicas constitucionalmente previstas e, em virtude da omissão da Administração Pública, é viável a intervenção do Poder Judiciário como forma de concretização de direitos fundamentais. Em especial, no caso analisado, a situação degradante a que estão submetidos os detentos do Albergue Estadual importa em patente desrespeito e violação à dignidade pessoal, sobretudo no Estado Democrático de Direito sob o qual vivemos. Resta claro que na decisão proferida em sede do RE 592.581 não há qualquer extrapolação do Poder Judiciário, não justificando a invasão de poderes; o princípio da supremacia da dignidade da pessoa humana e a inafastabilidade da jurisdição legitimam a intervenção judicial.

3. CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto, conclui-se pela viabilidade da intervenção do Poder Judiciário no controle das políticas públicas, o que se justifica pela necessidade e observância de certos parâmetros constitucionais; numa forma de efetivação da inafastabilidade do controle jurisdicional, propiciando a consecução dos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito preconizado no artigo 3º da Constituição Federal.¹⁷

15. NALINI, José Renato. O juiz e a proteção dos interesses difusos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 680, 1992, p. 265.

16. STF, ADPF 45-9, rel. Min. Celso de Mello. j. 29.04.2004, DJe 04.05.2004.

17. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ademais esse controle não fere o princípio da separação de poderes, devendo o Poder Judiciário observar a restrição à garantia do mínimo existencial, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a proibição de retrocesso social, propiciando o alcance da finalidade precípua da Administração Pública e o acesso à ordem jurídica justa e efetiva, e fazendo com que a Administração atue pautada pelos princípios da eficiência, da razoabilidade/proporcionalidade e da legalidade estrita, sempre tendo em conta o objetivo social. Necessário frisar que a reserva do possível não constitui justificativa para que o Poder Executivo possa se eximir das obrigações impostas pela Constituição, devendo ser prontamente afastada quando sua adoção implique violação aos direitos constitucionais fundamentais.

Nesse viés, contrariamente ao sustentado pelo acórdão recorrido, não se está diante de normas meramente programáticas; tampouco é possível cogitar hipótese na qual o Poder Judiciário estaria ingressado indevidamente em seara reservada à Administração Pública, uma vez que a omissão do Estado autoriza a intervenção do Poder Judiciário, bem como do Ministério Público, a utilizar dos instrumentos constitucionais com o objetivo de buscar a implementação das políticas públicas efetivando, dessa forma, os direitos fundamentais.

No caso dos autos, está-se diante de clara violação a direitos fundamentais, praticada pelo próprio Estado contra pessoas sob sua guarda, cumprindo ao Poder Judiciário, por dever constitucional, oferecer-lhes a devida proteção, diante de omissão do Estado em oferecer condições de vida minimamente digna aos detentos. Exige-se, dessa forma, a intervenção do Poder Judiciário para assegurar a dignidade da pessoa humana e consistente implementação de políticas públicas com a finalidade de garantir a observância dos direitos fundamentais.

Desse modo, em face do princípio da inafastabilidade da jurisdição, dos direitos fundamentais e da promoção da dignidade humana, todos assegurados constitucionalmente, não há que falar em indevida intervenção e invasão por parte do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas diante da omissão por parte da Administração Pública.

4. BIBLIOGRAFIA

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- FRONTINI, Paulo Salvador. *Ação civil pública e separação dos poderes do estado*. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública – 15 anos*. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle de políticas públicas pelo poder judiciário*. Belo Horizonte: Arraes, 2010. (Coleção Direitos fundamentais individuais e coletivos, v. 1.)
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *O município enquanto co-legitimado para a tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Ed. RT, 1987.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesse difusos: conceito e legitimação para agir*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.
- MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- NALINI, José Renato. O juiz e a proteção dos interesses difusos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 680, p. 260-267, jun. 1992.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 6. ed. SP: Malheiros, 2009.
- SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 51, p. 79-99, jun. 2007.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Constitucional; Processual

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Limites ao ativismo judicial em políticas públicas, de Luiz Fernando Arantes Paulo – *RDAI* 22/251-271;
- O controle judicial de políticas públicas e a máxima efetividade dos direitos fundamentais sociais por meio de técnicas estruturais, de Luana Steffens – *RT* 1027/155-177; e
- Para além da reserva do possível: cognição conglobante e dialética pública no controle jurisdicional de políticas públicas, de Luis Felipe Vidal Arellano – *RePro* 266/393-417.

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: A REJEIÇÃO DO CONSTITUINTE DERIVADO PELAS VIAS DIRETAS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NO PROCESSO LEGIFERANTE PÓS-REDEMOCRATIZAÇÃO

*PARTICIPATORY DEMOCRACY: THE REJECTION OF THE CONSTITUENT
DERIVED BY DIRECT CHANNELS OF POPULAR PARTICIPATION IN
THE POST-REDEMOCRATIZATION LEGISLATIVE PROCESS*

SAMUEL LEVY PONTES BRAGA MUNIZ

Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Mestre em Direito pelo Centro Universitário 7 de Setembro – UNI7. Professor do Curso de Graduação em Direito e Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito e Processo do Trabalho e Seguridade Social do Centro Universitário Inta – UNINTA. Advogado. munizsamuellevy@gmail.com

ALEXANDRE DE CASTRO COURA

Pós-Doutor em Direito como *visiting scholar* na *American University Washington College of Law* e *visiting foreign judicial fellow* no Centro Judiciário Federal em Washington D.C., Estados Unidos da América. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, Vitória/ES, Brasil. Promotor de Justiça do Estado do Espírito Santo. acastrocoura@gmail.com

ÁREA DO DIREITO: Constitucional

RESUMO: O presente trabalho possui como principal objetivo tratar das modalidades de participação popular direta no processo de produção das leis nacionais. Em um primeiro momento, falaremos acerca da ideia de Estado de Direito e Constituição no Brasil, trazendo algumas premissas epistêmicas e conceituais para se compreender os elos entre política, direito e democracia. Posteriormente, trataremos da ideia de democracia propriamente dita, alguns de seus

ABSTRACT: The main objective of this paper is to discuss the different methods of direct popular participation in the process of producing national laws. First, we will discuss the idea of the Rule of Law and Constitution in Brazil, bringing some epistemic and conceptual premises to understand the links between politics, law and democracy. Later, we will discuss the idea of democracy itself, some of its concepts over time and the expansion of the democratic principle as

conceitos ao longo do tempo e a ampliação do princípio democrático como pilar da entidade política que ficou conhecida como Estado Democrático de Direito. Por fim, traremos a experiência constitucional brasileira com os mecanismos da democracia participativa após a redemocratização e uma crítica ao Parlamento Federal por praticamente ignorar os inovadores e avançados mecanismos de participação direta do povo no processo legiferante.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia – Direito Constitucional – Direitos fundamentais – Processo legislativo – Redemocratização.

a pillar of the political entity that became known as the Democratic State of Law. Finally, we will bring in the Brazilian constitutional experience with its mechanisms of participative democracy after the re-democratization and a criticism of the Federal Parliament for practically ignoring the innovative and advanced mechanisms for the direct participation of the people in the legislative process.

KEYWORDS: Democracy – Constitutional Law – Fundamental rights – Legislative process – Redemocratization.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Estado de Direito e a Constituição. 3. As democracias: conceito, história e modalidades. 3.1. Democracia direta. 3.2. Democracia indireta. 3.3. Democracia semidireta. 4. A democracia direta após a redemocratização brasileira. 5. Considerações finais. 6. Referências. Legislação.

1. INTRODUÇÃO

Durante mais de 20 anos (1964-1988) o povo brasileiro viveu num regime ditatorial, um período de expurgo democrático, da supressão de direitos fundamentais, no qual generais das forças armadas alternaram-se nas mais altas funções do Estado, especialmente nos âmbitos executivo e legislativo. Nosso retorno à democracia ainda caminha a passos lentos e, mesmo com grandes inovações constitucionais visando maior participação popular no processo de criação normativa, os constituintes derivados, há mais de 30 anos, deixaram claro não ter interesse no uso dos instrumentos fundamentais de democracia participativa.

Quando se busca o significado do vocábulo Democracia, regra geral, encontra-se algo como: governo em que o povo exerce a soberania, direta ou indiretamente. Este é um conceito bastante enxuto e simples, mas que, objetivamente, descreve de forma satisfatória tal palavra. Pelo conceito, percebe-se que o povo pode exercer a soberania de duas formas distintas: direta ou indiretamente. De acordo com o parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.

Percebe-se que o Princípio Democrático está esculpido como cláusula pétrea em nossa Constituição. Sabendo que uma Constituição é a norma suprema de uma nação, o conjunto de regras cogentes de maior força imperativa, a conclusão, pelo que foi dito até o momento, não pode ser outra: o Brasil, por força de determinação máxima, é uma

democracia semidireta, na qual o povo é titular do poder e o exerce pelos seus representantes ou diretamente, nos termos previstos na Carta Magna. Exercer a soberania estatal por meio de representantes nas esferas administrativa e legislativa, que foi o mais usual na história do Brasil e que, desafortunadamente, assim continua sendo na contemporaneidade, não significa que se vive em uma democracia nos moldes constitucionalmente previstos, mas que se vive numa quase democracia, que se exerce apenas parcela do poder soberano e que constantemente se desrespeita a vontade popular que culminou com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Portanto, é imperativo que a soberania do Estado Brasileiro não se confunda com o seu exercício por meio da democracia representativa, posto que esta diz respeito apenas a parte da legitimidade constitucional para o exercício do poder. A democracia participativa, direta, é o meio de que dispõe o cidadão para governar a si mesmo, para efetivar todas as gerações/dimensões de direitos fundamentais e, assim como manda a Constituição, construir uma sociedade livre, justa e solidária. O Estado Democrático de Direito não se faz completo, se plena não for a democracia nos moldes constitucionalmente previstos. E a cidadania não se faz apenas mediante o voto durante as eleições e sim quando o cidadão se faz ativo nas decisões políticas. O constituinte selecionou alguns meios que instrumentalizam a participação direta do povo nas decisões, servindo estes para a verdadeira implementação da Democracia Participativa no Estado Brasileiro.

Os principais objetivos do presente trabalho são analisar o tema democracia participativa, tratar do uso dos mecanismos de participação direta previstos no artigo 14 da CF/88 e confeccionar crítica aos sucessivos constituintes derivados que optaram por convenientemente ignorar os instrumentos de participação direta do povo no processo legiferante.

2. O ESTADO DE DIREITO E A CONSTITUIÇÃO

Democracia é tema que afeta todas as ciências ditas sociais e não poderia ser diferente com o Direito. Na seara jurídica, é assunto dos mais relevantes. Ainda em seu primeiro artigo, a atual Constituição determina que o país se constitui em Estado Democrático de Direito. Quanto ao que se entende por Estado, este se constitui da harmônica conjugação entre um território, uma dada população e um poder soberano¹. Não é de difícil digestão intelectual a ideia de povo e a de território, sendo estes entendidos praticamente pelo mero conhecimento do vernáculo, porém fazem-se necessárias algumas ponderações a mais sobre o que se entende por soberania.

No atual contexto político mundial de globalização, imperialismo financeiro, formação de blocos econômicos, redução das barreiras alfandegárias, o que tradicionalmente se entende por soberania fica claramente mitigado. Bonavides afirma que a

1. SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 137.

soberania foi sem dúvida o grande princípio para a Construção do Estado Moderno, sendo aquela “impossível de constituir-se se lhe falecesse a sólida doutrina de um poder inabalável e inexpugnável, teorizado e concretizado na qualidade superlativa de autoridade central, unitária, monopolizadora da coerção”². Soberania é o poder supremo e último de um Estado, é a não submissão a qualquer outro tipo de poder, seja ele intrínseco ou extrínseco ao próprio Estado. De acordo com Weber, a soberania é, principalmente, a capacidade estatal de exercer a violência e a coação física legitimamente dentro de um dado território³.

Quanto ao que se entende como Direito, adotamos a Teoria de Hans Kelsen⁴, compreendendo o fenômeno jurídico exclusivamente como as normas de cumprimento obrigatório positivadas no ordenamento de um Estado soberano, afastando, assim, as chamadas correntes do direito natural ou jusnaturalistas⁵. Ademais, rechaça-se a crítica dos defensores do direito natural de que a corrente positivista seria por demais formalista e indiferente aos direitos humanos, uma vez que as constituições formuladas na segunda

2. BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 33.
3. BIANCHI, Alvaro. O conceito de Estado em Max Weber. *Lua Nova*, São Paulo, n. 92, p. 79-104, agosto de 2014. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452014000200004&lng=en&nrm=isso]. Acesso em: 28.01.2022. [dx.doi.org/10.1590/S0102-64452014000200004].
4. “Se a questão do fundamento de validade do Direito positivo, isto é, a questão de saber por que as normas de uma ordem coercitiva eficaz devem ser aplicadas e observadas, visa uma justificação ético-política desta ordem coercitiva, ou seja, visa um critério firme segundo o qual uma ordem jurídica positiva possa ser julgada justa e, por isso, válida, ou injusta e, por isso, não válida, então deve dizer-se que a norma fundamental determinada pela Teoria Pura do Direito não realiza uma tal justificação, não fornece um tal critério. [...] De acordo com a Teoria Pura do Direito, como teoria jurídica positivista, nenhuma ordem jurídica positiva pode ser considerada como não conforme à sua norma fundamental, e, portanto, como não válida. O conteúdo de uma ordem jurídica positiva é completamente independente da sua norma fundamental. Na verdade – tem de acentuar-se bem – da norma fundamental apenas pode ser derivada a validade e não o conteúdo da ordem jurídica. [...] Uma doutrina consequente do Direito natural distingue-se de uma teoria positivista pelo fato de aquela procurar o fundamento da validade do Direito positivo, isto é, de uma ordem coercitiva globalmente eficaz, num Direito natural diferente do Direito positivo e, portanto, numa norma ou ordem normativa a que o Direito positivo, quanto ao seu conteúdo, pode corresponder mas também pode não corresponder; por tal forma que, quando não corresponda a esta norma ou ordem normativa, deve ser considerado como não válido. Segundo uma genuína doutrina do Direito natural, portanto, não pode – ao contrário do que se dá com a Teoria Pura do Direito como teoria jurídica positivista – toda e qualquer ordem coercitiva globalmente eficaz ser pensada como ordem normativa objetivamente válida”. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 242-243.
5. FIORAVANTI, Maurizio. *Stato e Costituzione: Materiali per una Storia delle Dottrine Costituzionali*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993. p. 144-145.

metade do século XX e no século XXI optaram por positivizar normas conhecidas como princípios⁶, assegurando, assim, força normativa aos mesmos.

Conjugando as ideias já expostas e numa tentativa de definir de forma sucinta o que se concebe como Estado de Direito, podemos dizer que tal modalidade de organização política apresenta como grande característica a ideia de que devem predominar as leis, acima da vontade pessoal e subjetiva dos governantes/representantes⁷ do povo, especialmente a constituição. O Estado de Direito é aquele que tem limites e fundamentos definidos por normas jurídicas⁸.

Adotamos neste trabalho a premissa de que não é a constituição que faz nascer o Estado, mas que o Estado, enquanto entidade política concreta, é pressuposto para a criação de uma ordem jurídica constitucional⁹. Afastamos, assim, a ideia de que a constituição seria uma “criatura metafísica” fora do tempo e do espaço; rechaçamos a compreensão de que a constituição, uma vez promulgada ou outorgada, serviria como grilhão jurídico para encarcerar o Estado e as pessoas definitivamente. O povo, como titular último da soberania e do poder, tem plena legitimidade para, quando achar necessário, revogar uma constituição (documento) e criar uma nova, a qualquer tempo, pois as cartas políticas é que estão a serviço das pessoas e não o contrário. A constituição, enquanto durar sua vigência, possui juridicidade, na medida em que tem força cogente e aplicabilidade imediata em relação a alguns direitos, como os chamados direitos de primeira geração/

6. “Uma vez que, conforme Kelsen, no positivismo jurídico, restam afastados critérios valorativos para definir se a norma é válida ou inválida, e não justa ou injusta, percebe-se algum grau de afastamento de conceitos como os de justiça e equidade. Apesar da referida análise se revelar aparentemente formalista, não se pode afirmar que as teorias positivistas carecem de juízos valorativos, pois o ato de optar por um modelo teórico e afastar outro já é uma escolha de caráter ideológico: para os seus defensores, essa teoria se mostra como a melhor opção de como deve ser o próprio fenômeno jurídico. Ademais, o positivismo reconhece o poder discricionário do juiz vinculado à norma posta, que pode inclusive possuir conteúdo indeterminado, como os princípios, o que afasta a crítica que afirma ser o magistrado para o positivismo nada mais que um escravo das disposições estritamente gramaticais da legislação”. MUNIZ, Samuel Levy Pontes Braga; PONTES, Ysllaia de Aguiar. Neoconstitucionalismo: a nova designação do jusnaturalismo no Brasil. XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS. Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line]. Organização CONPEDI/UNISINOS. Coordenadores: Paulo Roberto Barbosa Ramos; Sérgio Urquhart de Cademartori. – Florianópolis: CONPEDI, 2018. Disponível em: [conpedi.danilolr.info/publicacoes/34q12098/9a74g9mn/084qRslA447MrVP7.pdf]. Acesso em: 28.01.2022.
7. Larenz, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Reimpresión. Madri: Civitas, 2001. p. 152.
8. LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1985.
9. BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova*, São Paulo, n. 61, p. 5-24, 2004. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=en&nrm=isso]. Acesso em: 01.02.2022. [dx.doi.org/10.1590/S0102-64452004000100002].

dimensão (direitos civis e políticos)¹⁰; mas, igualmente, a lei maior apresenta-se como um documento político que instrumentaliza direito/pretenções para o destino de um povo que só podem ser alcançados por meio de políticas públicas positivas, como os direitos à saúde, moradia, saneamento básico, entre outros¹¹, devendo tais direitos serem assegurados por meio de ações conjuntas ou separadas dos poderes executivo e legislativo. Entendemos que o autoritário judiciário brasileiro do século XXI deve interferir o mínimo possível quanto a assegurar direitos que dependem de políticas públicas positivas das tradicionais esferas administrativa e legislativa, em respeito a separação dos poderes¹².

10. “A teoria liberal dos direitos fundamentais, ou teoria burguesa, segue os postulados clássicos do Estado liberal, de limitação do poder do Estado e de valorização da liberdade individual em sentido negativo, liberdade como ausência de impedimentos impostos pelo poder público. Trata-se de concepção teórica surgida nos primórdios do constitucionalismo, período histórico em que sobrelevava o desiderato burguês de pôr fim ao absolutismo estatal, maior inimigo das liberdades do indivíduo. De acordo com a teoria liberal os direitos fundamentais teriam a estrutura de direitos de defesa perante o Estado. Consistem nos chamados direitos de liberdade, ou de primeira geração, responsáveis pela formação da primeira dimensão dos direitos fundamentais do constitucionalismo atual”. MOTA, Marcel Moraes. Teorias axiológicas dos direitos fundamentais e hermenêutica constitucional. In: MATIAS, João Luis Nogueira (Coord.). *Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 90.
11. “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm]. Acesso em: 02.02.2022.
12. “O neoconstitucionalismo ou pós-positivismo, no Brasil, representa um movimento ideológico encabeçado pela Suprema Corte que possui o objetivo de justificar a ampliação dos seus poderes, de interferir com demasiada frequência nas funções do Executivo e Legislativo por meio da tomada de decisões baseadas em conceitos indeterminados, tudo através de um discurso que tenta disfarçar a recriação de um novo poder moderador, formalmente designado de controle de constitucionalidade. Os poderes do Supremo Tribunal Federal foram conferidos por determinações constitucionais e só podem ser legitimamente exercidos nos limites da própria Carta Política. O que se tem visto nas últimas décadas são decisões do Supremo que, abusivamente, substituem a vontade dos membros do executivo e legislativo, em escancarado desrespeito à separação dos poderes nos moldes delineados por Montesquieu. O STF é o órgão máximo do Poder Judiciário Brasileiro responsável pela proteção e respeito à Constituição, estando ao mesmo tempo limitado por este solene documento. O neoconstitucionalismo brasileiro, portanto, se revela como um modelo teórico jusnaturalista, pois vem permitindo, ilimitada e indiscriminadamente, a substituição do texto legal pelas concepções pessoais, subjetivas e morais dos membros do Poder Judiciário que, por meio do reiterado uso de princípios constitucionais, julgam de acordo com suas próprias convicções do que é bom e justo, em claro desrespeito à separação dos poderes e do princípio democrático”. MUNIZ, Samuel Levy Pontes Braga; PONTES, Yslai de Aguiar. Op. cit.

3. AS DEMOCRACIAS: CONCEITO, HISTÓRIA E MODALIDADES

Rousseau ensina, em sua obra o *Contrato Social*, que, “se houvesse um povo de deuses, ele se governaria democraticamente. Um Governo tão perfeito não convém a homens”¹³. Com isso, quer o filósofo dizer que a Democracia é a mais perfeita forma de que pode dispor um povo para governar a si mesmo enquanto senhor de seu próprio destino¹⁴. O ideal democrático, presente logo no início da atual constituição brasileira, tanto no preâmbulo como no título que enumera os princípios fundamentais, modernamente não pode ser concebido apenas como governo da maioria ou como sinônimo de sufrágio universal destinado a eleição de representantes temporários¹⁵. Existem outras implicações político-jurídicas, tais como respeito à separação dos poderes, ao pluralismo político, à legalidade como derivação da separação dos poderes, à igualdade, aos direitos humanos, à dignidade humana como não coisificação das pessoas, entre outros. Aqui reforçamos nosso posicionamento de que o Judiciário Brasileiro, especialmente a Suprema Corte, deve ser o mais autocontido possível quanto a tendências hermenêuticas que distorcem a semântica legal, visando legislar no caso concreto, em claro desrespeito à separação de poderes e tendo como efeito nefasto a criação de um poder moderador que o próprio judiciário desenvolveu para si. A guarda da Constituição, tanto em controle concreto como em controle abstrato, não teve o condão de reativar o poder moderador e, muito menos, dá-lo ao Supremo Tribunal Federal.

Portanto, no plano jurídico, a ideia de democracia se mostra como um super princípio que dialoga em harmonia com as demais normas fundamentais do Estado Brasileiro. Também devemos compreender a democracia como um conceito histórico. A democracia do século XXI não é a mesma da idade antiga. Nos próximos tópicos abordaremos as diferenças entre os tipos de democracia conhecidas no Ocidente.

13. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Porto Alegre: L&PM, 2009. p. 82.

14. “Paradoxalmente, não foram poucos os que se utilizaram das mesmas palavras para justificar pensamentos políticos antidemocráticos. Tiranias com as mais variadas denominações tentaram se autolegitimar com base na frase referida. De fato, o oportunismo político gerou interpretação das mais singelas: se tal governo se revela tão perfeito ao ponto de ser orquestrado apenas por deuses, homens não devem ousar tamanha quimera. Porém tal interpretação pessimista não é apenas errônea, como também oportunista, além de inadequada ao que realmente pensou o filósofo do iluminismo. Democracia é o governo do povo, para o povo e apesar de não ter havido na história um poder organizado plenamente democrático e perfeito na exata medida das palavras de Rousseau, tal fato não há de mitigar ou diminuir a ideia de que do povo e somente dele emana o poder de um Estado Democrático”. MUNIZ, Samuel Levy Pontes Braga; PEREIRA JÚNIOR, José Aldizio. Transparência fiscal: pressuposto democrático e direito do consumidor. *Revista de direito tributário e financeiro*. Disponível em: [indexlaw.org/index.php/direitotributario/article/view/1412]. Acesso em: 05.02.2022. DOI: [dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0138/2016.v2i2.1412].

15. “A definição mais simples e mais realista de Democracia: regime em que os governantes são escolhidos pelos governados; por intermédio de eleições honestas e livres”. DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970. p. 387.

3.1. Democracia direta

Foi na Grécia antiga, berço de toda a civilização ocidental, onde pela primeira vez tivemos uma parcela da população tomando decisões de natureza política acerca do destino da própria sociedade. A democracia da antiguidade era a da cidade, centralizada numa praça conhecida como “Ágora”. Na Ágora, os cidadãos se congregavam com seus pares para tomada de decisões nas mais variadas esferas da vida pública, tais como para questões orçamentárias, criação de leis, julgamentos dos violadores da ordem jurídica, escolhas quanto a ir ou não para a guerra, entre tantas outras. Mas se podemos afirmar que, nos presentes dias, a democracia ainda é um ideal em construção para o bem comum, é claro que a democracia das cidades-estados gregas não era um modelo perfeito, possuindo falhas como todas as estruturas políticas criadas pelo homem até hoje¹⁶.

A base econômica grega era escravocrata e o cidadão poderia, assim, preocupar-se com as questões públicas na maior parte do tempo. O homem livre possuía um ambiente propício a completa dedicação e integração na vida política, pois não tinha preocupações de ordem material. A ordem democrática grega da antiguidade possuía três premissas básicas: a) igualdade perante a lei para os homens livres, sem discriminação nem foro privilegiado a quem quer que fosse; b) fim de privilégios de castas ou hereditários, podendo qualquer cidadão exercer as diversas funções públicas com base em seus próprios méritos e na confiança nele depositada pelos seus pares; e c) todos tinham o direito a palavra, a falar no espaço público comum, que era o Parlamento ou Ágora¹⁷. No próximo tópico

16. “A escura mancha que a crítica moderna viu na democracia dos antigos veio porém da presença da escravidão. A democracia, como direito de participação no ato criador da vontade política, era privilégio de ínfima minoria de homens livres apoiados na esmagadora maioria de homens escravos. De modo que autores mais rigorosos asseveraram que não houve na Grécia democracia verdadeira, mas aristocracia democrática, o que evidentemente traduz um paradoxo. Ou democracia minoritária, como quer Nitti, reproduzindo aquele pensamento célebre de Hegel, em que o filósofo compendiou, com luminosa clareza, o progresso qualitativo e quantitativo da civilização clássica, tocante à conquista da liberdade humana. Com efeito, disse Hegel que o Oriente fora a liberdade de um só, a Grécia e Roma a liberdade de alguns, e o mundo germânico, ou seja, o mundo moderno, a liberdade de todos”. BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 288-289.

17. “Com a *isonomia* – acrescenta o mesmo pensador – proclamava o gênio político da Grécia a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de grau, classe ou riqueza. Dispensava a ordem jurídica aí o mesmo tratamento a todos os cidadãos, conferindo-lhes iguais direitos, punindo-os sem foro privilegiado. Toda discriminação de ordem jurídica em proveito de classes ou grupos sociais, diz ainda Nitti, equivaleria à quebra do princípio da *isonomia*. Com a *isotimia*, abolia a organização democrática da Grécia os títulos ou funções hereditárias, abrindo a todos os cidadãos o livre acesso ao exercício das funções públicas, sem mais distinção ou requisito que o merecimento, a honradez e a confiança depositada no administrador pelos cidadãos. Quanto à *isagoria*, trata-se do direito de palavra, da igualdade reconhecida a todos de falar nas assembleias populares, de debater publicamente os negócios do governo”. BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 291.

abordaremos a modalidade democrática na qual estamos mais habituados na contemporaneidade: a indireta ou representativa.

3.2. *Democracia indireta*

Após a Revolução Francesa, que pôs fim ao absolutismo e com o início do Estado Liberal na Europa continental, nasce um novo tipo de democracia até então desconhecido: a democracia indireta. Nessa modalidade de governo, as pessoas, por meio de voto, e de tempos em tempos, escolhem representantes temporários, responsáveis pela administração da coisa pública¹⁸. Na segunda metade do século XX e na contemporaneidade, a democracia indireta é a regra na maior parte dos países ditos democráticos, sendo o povo representado por mandatários escolhidos pelo sufrágio universal. Bonavides explica os motivos que deram causa à adoção desse modelo político: a) o Estado moderno não é igual as cidades-estados gregas, mas na verdade possui larga base territorial e grande contingente populacional, tornando assim inviável o exercício de um governo organizado por toda a população; b) o Estado moderno possui como essência a ideia de soberania, sobrepujando as demais organizações sociais presentes em seu território; e c) o homem/cidadão do século XIX em diante não vive integralmente devotado aos negócios do Estado, sendo apenas parcialmente político ou tendo a coisa pública como um dos aspectos de sua vida¹⁹.

De fato, na contemporaneidade, o cidadão tem como atividade primária o sustendo próprio e de sua família, sendo a política um aspecto acessório à vida moderna. Nos presentes dias, ainda se mantém como verdade a necessidade do sistema representativo, sendo impossível que todos os cidadãos governem conjuntamente para criar leis, decidir questões orçamentárias, entre tantas outras funções²⁰. O Estado Liberal, criado após a Revolução Francesa, estabeleceu alguns predicados básicos à nova república: a) o Estado de Direito implica em rigoroso cumprimento das normas legisladas, possuindo constituições normalmente rígidas; b) existência de um catálogo constitucional de liberdades asseguradas pelo Estado, como os direitos civis e políticos; c) o sufrágio como fonte legitimadora das leis criadas pelo Parlamento, sendo tais normas expressão da própria soberania, como necessidade coletiva de ordenação; d) pluralidade ideológica, por meio da existência de múltiplos partidos políticos; e) rigorosa separação dos poderes, nos moldes do que delineou Montesquieu, com clara supremacia do Legislativo sobre as demais funções básicas do Estado; f) respeito ao princípio constitucional da igualdade, sendo este entendido apenas como isonomia formal, ou seja, sem interferências estatais nas vidas privadas das pessoas e sem privilégios de castas ou de títulos nobiliárquicos;

18. SOARES, Mário Lúcio Quintão. Op. cit., p. 347.

19. BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 293.

20. IBGE. *A atual população do Brasil é de mais de 214 milhões de pessoas*. Brasil. Disponível em: [www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/box_popclock.php]. Acesso em: 06.02.2022.

g) temporariedade no exercício dos mandatos eletivos²¹. Frise-se que as decisões das maiorias temporárias não possuem legitimidade para subjugar as minorias²², sendo estas detentoras de direitos fundamentais (ordem jurídica interna) e humanos (ordem internacional), como representação política, vida, liberdade e outros.

Hodiernamente, a única saída para um governo de bases democráticas é adotar o sistema representativo, mesmo que possa esse não ser o único dentro de um mesmo Estado, como é o caso da democracia semidireta, modalidade esta que será analisada no próximo tópico deste capítulo.

3.3. Democracia semidireta

Trata-se de uma terceira modalidade de democracia, que consiste numa clara evolução da democracia representativa, é uma conjunção positiva entre os dois tipos anteriormente analisados. É modalidade que altera as formas clássicas da democracia representativa a fim de aproximá-la da democracia direta. Não se quer, até pelas impossibilidades anteriormente expostas, se realizar uma democracia nos moldes adotados pelos gregos da antiguidade, mas sim permitir a coexistência harmônica de institutos de exercício direto da soberania com a democracia representativa do Estado moderno. O Brasil adota a modalidade de democracia semidireta e a Constituição estabelece os institutos de participação popular, quais sejam: o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular. Os referidos mecanismos possuem previsão constitucional²³ e foram, também, regulamentados por norma infraconstitucional²⁴.

Nessa modalidade democrática, a alienação política da vontade popular acontece apenas de forma parcial, em contraposição à democracia integralmente representativa²⁵. Na democracia semidireta, os cidadãos exercem a soberania de duas formas: a) pelo sufrágio universal, escolhendo seus representantes, que terão mandatos temporários; b) diretamente, tomando decisões legislativas, no caso brasileiro por meio de plebiscito, referendo e iniciativa popular. O plebiscito e o referendo consistem em consultas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional,

21. SOARES, Mário Lúcio Quintão. Op. cit., p. 350-351.

22. KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1990. p. 281.

23. “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular”. Constituição Brasileira.

24. “Art. 1º A soberania popular é exercida por sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, nos termos desta Lei e das normas constitucionais pertinentes, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular”. Lei 9.709/1998.

25. “A soberania está com o povo, e o governo, mediante o qual essa soberania se comunica ou exerce, pertence por igual ao elemento popular nas matérias mais importantes da vida pública”. BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 296.

legislativa ou administrativa²⁶. Já a iniciativa popular, de acordo com a Lei 9.709/1998, consiste na “apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles” (artigo 13). Feitas essas breves considerações acerca dos tipos de democracias conhecidos no Ocidente, o próximo capítulo abordará a experiência democrática direta no Brasil após a promulgação do atual texto constitucional.

4. A DEMOCRACIA DIRETA APÓS A REDEMOCRATIZAÇÃO BRASILEIRA

O Princípio Democrático (art. 1º da CF/88), atualmente comum na maior parte das constituições dos Estados, consiste não apenas numa opção política do Brasil como nação soberana, mas a própria compreensão da referida norma se alargou nas últimas décadas do século XX²⁷. Ademais, a força normativa da constituição lhe garante a inescusável qualidade de norma jurídica. Portanto, deve o Estado Brasileiro, em todos os níveis federativos, e por meio de todos os poderes institucionais, garantir aplicabilidade máxima ao princípio fundamental democrático em todas as suas dimensões²⁸. Ocorre que, apesar de possuir previsão constitucional e regulamentação infraconstitucional, os sucessivos legisladores constituintes derivados (parlamentares do Congresso Nacional), após mais de

26. “Art. 2º Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa. § 1º O plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido. § 2º O referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição”. Lei 9.709/1998.

27. “Este princípio se configura, no Estado democrático de direito, como princípio jurídico-constitucional com as seguintes dimensões: a) materiais – a constituição condiciona a legitimidade do domínio público à prossecução de certas finalidades e à realização de determinados valores e princípios; b) organizativo-procedimentais – a constituição vincula a legitimação do poder à observância de determinadas regras e processos”. SOARES, Mário Lúcio Quintão. Op. cit., p. 318.

28. “A articulação das duas dimensões do princípio democrático justifica a sua compreensão como um princípio normativo multiforme. [...] Primeiramente, a democracia surge como um processo de democratização, entendido como processo de aprofundamento democrático da ordem política, econômica, social e cultural. Depois, o princípio democrático recolhe as duas dimensões historicamente consideradas como antitéticas: por um lado, acolhe os mais importantes elementos da teoria democrática-representativa (órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes); por outro lado, dá guarida a algumas das exigências fundamentais da teoria participativa (alargamento do princípio democrático a diferentes aspectos da vida econômica, social e cultural, incorporação de participação popular direta, reconhecimento de partidos e associações como relevantes agentes de dinamização democrática etc.)”. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1991. p. 195.

30 anos da promulgação da Constituição Cidadã, optaram por ignorar a vontade popular que culminou com a possibilidade de participação direta do povo na tomada de decisões políticas. Nossa Lei Maior continua sendo desrespeitada materialmente, posto que os detentores de mandatos eletivos, nesses mais de 30 anos, pouco fizeram para permitir a presença do povo brasileiro na condução do seu próprio destino. Ao invés de se respeitar as determinações constitucionais e permitir a participação do povo nos atos de governo, na forma prevista no art. 14 da CF/88, o Parlamento Nacional só utilizou os instrumentos de participação direta em duas ocasiões, um plebiscito (1993) e um referendo (2005), o que só incrementa nosso déficit democrático, por expresse desinteresse das elites, tão vorazmente apegadas ao poder²⁹.

Em 1993 ocorreu um plebiscito para decidir a forma (república x monarquia) e o sistema de governo (presidencialista x parlamentarista), que já estava previsto desde a promulgação do Texto Maior, no art. 2º das Disposições Transitórias³⁰. A vontade popular optou pela manutenção da forma de governo republicana e o sistema presidencialista³¹. Quanto ao referendo, este também foi utilizado uma única vez pelo Parlamento Federal. Em 23 de outubro de 2005, o povo brasileiro foi consultado sobre a proibição da comercialização de armas de fogo em território nacional. Com mais de 63% dos votos, os brasileiros rejeitaram a proibição da comercialização de armas de fogo, mantendo intacto o art. 35 do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003)³².

Diferentemente do plebiscito e referendo, que dependem da vontade do legislador para acontecerem, a iniciativa popular se apresenta como o instrumento de participação direta mais acessível à população, pois depende apenas da sociedade civil organizada, que pode, por sua própria vontade e conveniência, submeter projeto de lei à Câmara dos Deputados. Ocorre que nenhum projeto de lei de iniciativa popular foi aprovado tendo o povo como autor, devido à impossibilidade técnica de validar as assinaturas. Na prática, algum deputado “adota” o projeto e passa a ser o autor, dispensando a checagem das assinaturas coletadas, e tramitando de forma ordinária. Somente

-
29. “Sacrifica-se, assim, a potencialidade constitucional de que dispomos para modernizar o regime e fazê-lo consoante com as tendências do nosso tempo. E maiormente com a inspiração de legitimidade, conceito-padrão sobre o qual assenta o edifício de todo poder consentido em sua manifestação mais adiantada, que outra não pode ser senão a da democracia direta”. BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 127.
30. “Art. 2º. No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País”. ADCT.
31. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral – *Plebiscito de 1993*. Disponível em: [www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-1993/plebiscito-de-1993]. Acesso em: 04.02.2022.
32. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral – *Referendo de 2005*. Disponível em: [www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/referendo-2005/referendo-2005-1]. Acesso em: 04.02.2022.

quatro projetos que começaram por iniciativa popular foram aprovados até hoje e se tornaram leis federais³³.

Portanto, o que se perceber é o quase desuso ou voluntário esquecimento do artigo 14 da CF/88 pelos parlamentares do Congresso Nacional. A comoção nacional contra os mais de 20 anos de ditadura militar, que culminou com o atual texto constitucional, foi convenientemente ignorada pelos constituintes derivados e seguimos sendo governados por elites apátridas, ébrias pelo poder e satisfeitas pelas enormes muralhas físicas, morais e econômicas que a separam do povo brasileiro.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os movimentos políticos e sociais que precederam e deram causa ao advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foram, assim como a própria promulgação da Constituição, eventos dos mais importantes e legítimos dos quais participou o povo brasileiro. A Lei Maior foi fruto da vontade popular por democracia, pela vontade geral de legitimar o exercício do poder.

E foi esse espírito democrático que levou o constituinte a introduzir na Lei Maior os institutos da democracia participativa presentes no art. 14. Os membros do poder legislativo federal, até o presente momento, demonstraram pouco respeito pelo único titular do poder, qual seja, o povo. Evitar, a todo custo, que os brasileiros exerçam prerrogativas democráticas tão louváveis como o plebiscito e o referendo, que se mostram, infelizmente, como institutos quase que totalmente em desuso, mesmo que constitucionalmente previstos, é o mesmo que governar de costas para o povo.

Colocar em prática os institutos da democracia participativa previstos na Constituição Federal é um dos desafios a serem enfrentados pelos brasileiros no século XXI. O povo, em sua imensa maioria, nem ao menos conhece tais garantias constitucionais para o exercício do poder político. Votar, durante as eleições, para o preenchimento dos cargos de mandatos eletivos do executivo e do legislativo constitui apenas parcela das prerrogativas derivadas da soberania atribuída aos cidadãos. Atuar diretamente nos atos de governo por meio dos instrumentos de participação direta é sem dúvida o caminho para a construção de uma verdadeira democracia, para efetivação dos direitos fundamentais e para o desenvolvimento de um país mais livre, justo e solidário.

33. INSTITUTO DE TECNOLOGIA & SOCIEDADE DO RIO. *Relatório Projetos de lei de iniciativa popular no Brasil*. Disponível em: [itsrio.org/wp-content/uploads/2017/08/relatorio-plips-l_final.pdf]. Acesso em: 05.02.2022.

6. REFERÊNCIAS

- BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova*, São Paulo, n. 61, p. 5-24, 2004. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 01.02.2022. [dx.doi.org/10.1590/S0102-64452004000100002].
- BIANCHI, Alvaro. O conceito de Estado em Max Weber. *Lua Nova*, São Paulo, n. 92, p. 79-104, agosto de 2014. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452014000200004&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 28.01.2022. [dx.doi.org/10.1590/S0102-64452014000200004].
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa (Por um Direito Constitucional de luta e resistência – Por uma nova hermenêutica – Por uma repolitização da legitimidade)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1991.
- DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Stato e Costituzione: Materiali per una Storia delle Dottrine Costituzionali*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993.
- INSTITUTO DE TECNOLOGIA & SOCIEDADE DO RIO. *Relatório Projetos de lei de iniciativa popular no Brasil*. Disponível em: <[itsrio.org/wp-content/uploads/2017/08/relatorio-plips-l_final.pdf]. Acesso em: 05.02.2022.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1990.
- LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Reimpresión. Madrid: Civitas, 2001.
- LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1985.
- MOTA, Marcel Moraes. Teorias axiológicas dos direitos fundamentais e hermenêutica constitucional. In: MATIAS, João Luis Nogueira (Coord.). *Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009.
- MUNIZ, Samuel Levy Pontes Braga; PONTES, Yslaia de Aguiar. Neoconstitucionalismo: a nova designação do jusnaturalismo no Brasil. *XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS*. Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNISINOS. Coordenadores: Paulo Roberto Barbosa Ramos; Sérgio Urquhart de Cademartori. – Florianópolis: CONPEDI, 2018. Disponível em: [conpedi.danilolr.info/publicacoes/34q12098/9a74g9mn/084qRslA447MrVP7.pdf]. Acesso em: 28.01.2022.
- MUNIZ, Samuel Levy Pontes Braga; PEREIRA JÚNIOR, José Aldizio. Transparência fiscal: pressuposto democrático e direito do consumidor. *Revista de direito*

tributário e financeiro. Disponível em: [indexlaw.org/index.php/direitotributario/article/view/1412]. Acesso em: 05.02.2022. DOI: [dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0138/2016.v2i2.1412].

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Porto Alegre: L&PM, 2009

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

Legislação

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm]. Acesso em: 02.02.2022.

BRASIL. *Projeção...* Disponível em: [www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/box_popclock.php]. Acesso em: 06.02.2022.

BRASIL. *Lei 9.709*, de 18 de novembro de 1998. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9709.htm]. Acesso em: 06.02.2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral – *Plebiscito de 1993*. Disponível em: [www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-1993/plebiscito-de-1993]. Acesso em: 04.02.2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral – *Referendo de 2005*. Disponível em: [www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/referendo-2005/referendo-2005-1]. Acesso em: 04.02.2022.

BRASIL. *Lei 10.826*, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm]. Acesso em: 05.02.2022.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Constitucional

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- As cinco dimensões dos direitos fundamentais e a problemática envolvendo a dificuldade de implementação da democracia participativa nos moldes propostos por Paulo Bonavides, de Artur Barbosa da Silveira – *RDCI* 117/83-102;
- Democracia participativa, acesso à informação e o cidadão na tutela dos direitos coletivos, de Herivelto de Almeida e Lucas de Souza Lehfeld – *RDCI* 86/259-279; e
- Democracia participativa: uma dimensão interpretativa concretizadora, de João Carlos Azuma – *RDCI* 68/86-110.

O DIREITO AO ESQUECIMENTO PELALENTE DA FRATERNIDADE

THE RIGHT TO BE FORGOTTEN THROUGH THE LENS OF FRATERNITY

LUCIANO ROSA VICENTE

Doutorando em Direito no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e Mestre em Direito pela mesma instituição. Pós-graduado (*lato sensu*) em Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Público, Direito Penal e Direito Administrativo Disciplinar. Bacharel em Direito e em Ciências Contábeis. Servidor público federal.
luciano.rosa@rfb.gov.br

ÁREA DO DIREITO: Constitucional

RESUMO: Na atual sociedade hiperconectada em que vivemos está mais difícil apagar os erros do passado e os acidentes de percurso na jornada da vida, pois com um punhado de *cliques* as informações se eternizam, gerando o conflito entre o direito à informação e o direito ao esquecimento. Este foi o problema que motivou o estudo, com o objetivo de descobrir qual direito deve respirar com mais folga quando se mira pela lente da fraternidade. Concluiu-se que quando a decisão judicial se perfuma com o bálsamo desse princípio, a balança de Têmis tende a valorizar o esquecimento, sempre que não houver interesse público relevante em jogo.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais – Informação – Esquecimento – Tensão – Ótica da fraternidade – Princípio esquecido.

ABSTRACT: In the current hyper-connected society in which we live, it is more difficult to erase past mistakes and accidents along the journey of life, because with a handful of clicks, information becomes eternal, generating the conflict between the right to information and the right to forget. This was the problem that motivated the study, with the aim of finding out which right should breathe more freely when looking through the fraternity lens. It was concluded that when the court decision is perfumed with the balm of this principle, the Themis scale tends to value oblivion, whenever there is no relevant public interest at stake.

KEYWORDS: Fundamental rights – Information – Forgetfulness – Tension – Optic of the fraternity – Forgotten principle.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A diva que quis ser esquecida: o direito ao esquecimento como direito da personalidade. 3. A "mancha" na vida da rainha e a dor na morte da noiva. 4. O solo ainda é movediço: casos internacionais e suas controvérsias. 5. Critérios para julgar a peleia entre direitos de mesma envergadura. 6. O direito ao esquecimento pela ótica da fraternidade. 7. Conclusão. 8. Referências. Legislação. Jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

É certo que tudo seja incerto, porque se tudo fosse certo, previsível, a vida seria um tédio, disse o ganhador do Prêmio Nobel de Física de 1932, Werner Heisenberg, descobridor da mecânica quântica. Fernando Pessoa também já refletiu sobre as incertezas da vida, no embalo da célebre frase “navegar é preciso, viver não é preciso”, no sentido de exatidão, precisão, infalibilidade, previsibilidade, à maneira de um relógio suíço.

O que se quer dizer com essas citações é que o erro é intrínseco à vida, e quanto mais intensamente se vive, mais se expõe a ele, ou aos acidentes de percurso. Encerrado em casa sem mostrar a cara não se erra, mas também não se vive. Não se pode passar pela existência sem falhar uma e outra vez, porque a existência e a falha estão presas uma à outra, à feição de corpos siameses que não se despegam.

Sendo certo que uns erram mais do que outros, é justo aí que reside o mais fascinante exemplo de democracia, que brota como sublime ensinamento da mãe natureza: vivem sob o mesmo sol, respirando o mesmo ar e pisando o mesmo solo, desde o gênio, com seus clarões rutilantes de sabedoria, até o selvagem, com apenas um lampejo de intelectualidade ainda embrionária.

Nessa linha de ideias, o belo planeta Terra, com seus contrastes e renovações incessantes, é uma grande escola de aprimoramento individual e coletivo, como fazem prova todos os avanços experimentados desde a organização em sociedade. Essas renovações incessantes estão por toda parte, vertendo por todos os poros da organização social humana.

Basta uma ligeira visita à história da humanidade para constatar esse avanço imparável, catapultado por três grandes revoluções: a cognitiva, quando o homem passou a se comunicar e transmitir informação, há cerca de 70 mil anos; a agrícola, quando começou a cultivar a terra, domesticar os animais e se fixou ao solo, há cerca de 10 mil anos; e a científica, filha do Renascimento, no final do século XV.

Depois vieram as três revoluções industriais: a primeira, no século XVIII, trouxe a mecanização da produção e as estradas de ferro, com o vapor fornecendo energia; a segunda, a partir do fim do século XIX, trazendo o telefone, o automóvel, o avião e o uso da energia elétrica na produção; na terceira, desde a segunda metade do século XX, vieram os computadores, a telefonia móvel e a internet (HAWKING, 2018 apud BARROSO, 2019, p. 1264).

A internet trouxe benefícios, facilidades e confortos que há 50 anos nem o mais ousado voo da imaginação pressentiria, e muito ainda está por vir, em velocidade vertiginosa. De outra sorte, exercitando o ensinamento de Heráclito (540-470 a.C.) – “nada há que não tenha o seu contrário [...]” – também trouxe problemas. Um deles foi o ataque à privacidade, ferida de morte, depois de tanta luta para conquistá-la, saiu de moda.

Assim, as antigas fórmulas para definição de limites da privacidade (recolhimento e exposição) não são mais razoavelmente eficazes, existindo importantes indefinições

sobre o que é público ou privado, e a questão que naturalmente emerge desse cenário é como balizar a fronteira entre o que é ou não informação privada (HAAB, 2020, p. 311).

Agora se descortina porque as primeiras linhas deste estudo versaram sobre a imprecisão da vida, os inevitáveis erros cometidos e os acidentes de percurso, contra os quais ninguém está blindado. Com a “internetização”, aquele erro do passado que o tempo sepultava, hoje pode ser ressuscitado com um punhado de “cliques”. Feridas já cicatrizadas podem voltar a se abrir e dores com muito custo superadas arriscam voltar a fustigar.

Isso ocorre porque independentemente da vontade da pessoa, fatos do seu passado estão disponíveis na internet para serem lembrados indefinidamente. Assim, alguém que praticou atos dos quais não se orgulha, frutos de decisões equivocadas, tem que conviver com eles indefinidamente mesmo que não representem mais o que a pessoa é, à feição de suplício eterno.

Esse fantasma que assombra a pessoa reabilitada converte-se em estigma que dificulta o realinhamento da trajetória, porque em regra a sociedade dá as costas a quem cometeu erros graves, e o problema não para por aí. Fatalidades que causaram sofrimento e demandaram tempo para sarar, quando saram, podem ser reativadas a título de informação de interesse social, importante para a prevenção individual e coletiva, ou nem tanto.

Essa nova sociedade em rede tensionou direitos constitucionais: de um lado o direito de informação e a liberdade de expressão, de outro a inviolabilidade da honra, intimidade, imagem e dignidade, de onde brota o direito ao esquecimento. Eis o problema que motivou este estudo, com o objetivo de descobrir qual direito deve respirar com mais folga, desde a luminosa lente do princípio da fraternidade.

A pesquisa foi básica, descritiva, bibliográfica e qualitativa, guiada pelo archote da fraternidade, um princípio que embora lema da Revolução Francesa não se desenvolveu com a mesma musculatura das suas irmãs igualdade e liberdade. A fraternidade, que impulsionou com as outras duas a Revolução que moldou a sociedade ocidental, é um princípio esquecido, lembrado neste estudo (BAGGIO, et al, 2008, p. 36).

Há dramas de todos os tipos, discutidos em Cortes do mundo inteiro. Aqui se abordarão alguns casos internacionais e nacionais, sendo que o STF já se posicionou sobre o tema em fevereiro de 2021. Mas, antes de apresentar esses casos, é necessário semear alguns conceitos elementares sobre o direito ao esquecimento, que movimentou esta pesquisa.

2. A DIVA QUE QUIS SER ESQUECIDA: O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

No clássico “Grand Hotel”, vencedor do Oscar de melhor filme em 1932, Greta Garbo disparou: “I want to be alone”. Na vida real, em 1942, aos 36 anos, a diva desistiu do cinema e recolheu-se na sua privacidade. Não deu mais entrevista até a sua morte, aos 84 anos. Recebeu um Oscar em 1954 pelo conjunto da obra, mas não foi à entrega. Queria ser esquecida e essa opção deve, na medida do possível, ser respeitada (NEVES, 2013).

O direito ao esquecimento tem mais de um nome na sua cédula de identidade: direito a se reinventar, direito de recomeço (SARLET, 2018, p. 496); e direito de cancelamento, ou de desindexação, quando na província digital (SARLET; FERREIRA NETO, 2019, p. 78). Em que pesem suas várias identidades, sua definição orbita o mundo da privacidade, da honra, da imagem e da dignidade da pessoa.

Uma boa definição para o direito de recomeço está no art. 3º do Projeto de Lei 1.676/2015, que tramita na Câmara dos Deputados: “é expressão da dignidade da pessoa humana, representando a garantia de desvinculação do nome, da imagem e demais aspectos da personalidade relativamente a fatos que, ainda que verídicos, não possuem, ou não possuem mais, interesse público”.

O direito ao esquecimento é espécie do gênero direitos da personalidade, que são aqueles “insitos na pessoa, em função de sua própria estruturação física, mental e moral” (BITTAR, 2003, p. 5). Para ficar cristalino: são “aqueles direitos que constituem o *minimum* necessário e imprescindível ao conteúdo da personalidade, próprios da pessoa em si, como ente humano, existentes desde o nascimento” (FARIAS, 1996, p. 106-107).

Esses direitos da personalidade estão encastelados no art. 5º da CF, vertendo por três veios: a) direito à integridade física, como à vida e aos alimentos; b) direito à integridade intelectual, como a de pensamento, de autoria e de invenção; e c) direito à integridade moral, como a honra, a intimidade, a imagem, a liberdade civil, política e religiosa (FRANÇA, 2011, p. 660).

Nesse itinerário de raciocínio, o direito ao esquecimento se apresenta como um dos direitos da personalidade, na aldeia dos direitos morais mencionados no parágrafo anterior, fluindo como uma prerrogativa pessoal necessária para a convivência social no atual contexto tecnológico e “internetizado”. Esses direitos foram agredidos em dois casos brasileiros amplamente divulgados, que a partir daqui passa-se a palmilhar.

3. A “MANCHA” NA VIDA DA RAINHA E A DOR NA MORTE DA NOVIÇA

É fato tão certo quanto o movimento da Terra ao redor do Sol que Maria da Graça Xuxa Meneghel (Xuxa) é uma mulher bem-sucedida, profissional destacada, que saiu de Santa Rosa, no interior do Rio Grande do Sul, para conquistar o Brasil e o mundo. Ninguém chega aos colmos olímpicos da televisão como ela chegou, nem se mantém por tanto tempo nesse ambiente de competitividade hostil, sem reunir valiosas virtudes.

Xuxa também é filantropa: há 31 anos criou a Fundação “Xuxa Meneghel” em uma comunidade carioca carente para atender crianças em situação de vulnerabilidade. A entidade é referência nacional no trabalho social voltado à infância e juventude, focada no desenvolvimento social e nos direitos humanos (FUNDAÇÃO ANGÉLICA GOULART, 1989).

A gaúcha mantém seu reluzente projeto e recebe doação de pessoas físicas e jurídicas que apoiam o custeio da fundação. Diariamente, cerca de mil pessoas circulam pela

instituição, que atende 70 crianças na educação infantil em horário integral; outras 50 para reforço de leitura e escrita; 300 em oficinas complementares à escola; e cerca de 228 famílias dos alunos matriculados, orvalhando de esperança essas vidas tão sofridas.

A despeito do seu trombeteante sucesso pessoal, profissional e sublime trabalho social, Xuxa enfrenta o desgosto de ser insistentemente chamada de pedófila, porque aos tenros 19 anos gravou cenas de nudez no filme “Amor Estranho Amor” (1982), simulando relação sexual com um menino de 12 anos, interpretado pelo ator Marcelo Ribeiro.

Movendo-se na “esgotosfera” do preconceito e desconectados dos fatos no seu devido contexto, os dedos acusadores não cansam de agredi-la, apoucando sua trajetória vitoriosa e violando princípios de envergadura constitucional: a dignidade da pessoa humana, fundamento pátrio estacionado no art. 1º, III, da CF; e a inviolabilidade da honra, da intimidade e da imagem, agasalhadas no art. 5º, X, da CF.

Ataques desse timbre podem ser combatidos judicialmente para reparação de danos morais, pois se trata de violência e desprezo à vítima, incompatíveis com a dignidade da pessoa humana e ofensivos à honra (MEYER-PFLUG, 2009, p. 98). Xuxa moveu uma ação contra a empresa Google, para que removesse do seu *site* de pesquisas os resultados de buscas por “xuxa pedófila”, ou qualquer outra que a relacionasse com crimes.

O juiz de primeira instância deferiu o pedido de tutela antecipada, determinando que a Google não disponibilizasse aos seus usuários os resultados/links com a referida expressão. A empresa recorreu da decisão ao TJ/RJ, que a reformou em parte, desfavorecendo, principalmente, Xuxa. O caso subiu ao STJ, e a artista perdeu a demanda no Recurso Especial tombado sob o número 1.316.921/RJ, julgado em 29.06.2012.

A Terceira Turma decidiu, por unanimidade, que os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados da busca de determinado termo/expressão, sem a indicação precisa do URL da página em que estiverem inseridos. Além disso, não se pode, a pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na internet, reprimir o direito da coletividade à informação.

Em arremate, o STJ raciocinou que sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação, hospedada no art. 220, § 1º, da CF, notadamente porque a Internet representa importante veículo de comunicação social de massa. Nessa raia, a decisão contra Xuxa deixou gosto estranho, como fritura em óleo vencido.

Tanto é assim que, em 2018, a mesma Terceira Turma do STJ decidiu de forma diferente um caso similar, no Recurso Especial 1.660.168/RJ, reconhecendo que a jurisprudência da Corte era no sentido de afastar a responsabilidade de buscadores da internet pelos resultados de busca apresentados, impondo ao prejudicado que demande os provedores de conteúdo que disponibilizaram o conteúdo indevido na internet.

Todavia, prosseguiu o Acórdão, há circunstâncias excepcionais em que é necessária a intervenção do Judiciário para fazer cessar o vínculo criado nos bancos de dados dos provedores de busca, entre dados pessoais e resultados da busca, irrelevantes para o interesse

público à informação, seja pelo conteúdo eminentemente privado, seja pelo decurso do tempo. Xuxa atendia a essas condições, mas não recebeu esse tratamento.

O segundo caso envolvendo o direito ao esquecimento que teve grande repercussão nacional é o da jovem de 18 anos Aída Jacob Curi (Aída). O ano de 1958 foi especialmente marcante por várias graças e uma desgraça: a indústria brasileira lançou seu primeiro carro; João Gilberto gravou seu primeiro disco; nasceu a Bossa Nova; o povo se divertia com as chanchadas da Atlântida e Adalgisa Colombo coroou-se Miss Brasil.

Maria Esther Bueno venceu o torneio de Wimbledon e o Brasil sua primeira copa do mundo de futebol. Quinze dias depois da festa da vitória, um evento brutal chocou o país: no dia 14.07.1958, Aída saiu da aula de datilografia em Copacabana e, dirigindo-se ao ponto de ônibus, alguns rapazes a abordaram em tom de paquera. Ela respondeu que não queria conversar; os jovens não gostaram e pegaram sua bolsa, em ritmo de brincadeira.

Um rapaz do grupo disse que devolveria se ela lhe desse um beijo, mas Aída refugou. Tentando recuperar seus pertences, ela os seguiu até a recepção do prédio em que os rapazes entraram; foi puxada à força para o elevador, levada ao 12º andar e agredida. Em seguida, seu corpo despencou doze andares e perdeu a vida na calçada do 3.888 da célebre Av. Atlântica, em Copacabana (BAYER, 2015).

No laudo pericial da polícia registraram-se escoriações e equimoses provocadas por unhas e socos. No lado esquerdo do peito havia marcas de unhas profundas, arranhões nas coxas, ventre, pescoço e no abdômen; ruptura interna do lábio superior, devido a um soco; tentativa de estrangulamento; sinais de bofetão no queixo; marcas nos braços, antebraços, punhos e dorso das mãos, significando ferimentos de defesa.

Prosseguiu o laudo: algumas marcas no tórax, que podiam ser consequência de mordida. A conclusão pericial foi que Aída morreu virgem, portanto, não foi violada sexualmente; desfalecida, foi atirada pela sacada, e parte das escoriações ocorreram por atrito do corpo nas arestas e bordas do parapeito do terraço. As versões da acusação e da defesa têm algumas diferenças, mas o que mais interessa ocorreu conforme narrado.

Depois das sístoles e diástoles do processo judicial, os três acusados foram inocentados, mas quando a opinião pública e a imprensa sentiram o mau hálito da impunidade, logrou-se novo julgamento e o trio foi condenado. O sofrimento da família de Aída foi brutal, porque quando lhe tiraram a vida ela havia saído recentemente de um internato de freiras, onde vivia desde criança. Portanto, o convívio familiar diário era recente.

Passados 46 anos, o programa televisivo “Linha Direta – Justiça”, da TV Globo, procurou a família de Aída para informar que gostaria de exibir o caso. O programa era exibido em rede nacional, nas noites de quinta-feira, das 21h50 às 22h50. Foi veiculado no ano de 1990 e de 1999 a 2007, apresentando casos criminais marcantes que ocorreram no Brasil, mas não foram solucionados, ou que os autores estavam foragidos (Memória Globo, data não informada).

Apesar de a família não autorizar a apresentação, o programa foi ao ar em 29.04.2004. Inconformados, os irmãos de Aída demandaram judicialmente a emissora, buscando indenização por danos morais, materiais e à imagem. Alegaram que o homicídio teve

grande repercussão nacional e os perseguiu por muitos anos, restaurando o império da dor e da revolta cada vez que era lembrado.

Perdendo na primeira e na segunda instâncias, recorreram ao STJ, no Recurso Especial 1.335.153/RJ (2013), argumentando que a reprise dos fatos reabriu antigas feridas já superadas. Por isso, buscaram a proclamação do seu direito ao esquecimento, para não reviver, contra suas vontades, a dor lancinante experimentada em 1958 e desnecessariamente reprisada em 2004, sem autorização. Perderam mais uma vez.

O STJ negou os pedidos, ao argumento de que o direito ao esquecimento reconhecível para ofensores e ofendidos não alcançava aquele caso, em que se reviveu, décadas depois, acontecimento que chegou ao domínio público, sendo impraticável a atividade da imprensa para retratar o caso de Aída, sem exposição de sua imagem. Assim, uma vez mais, o STJ valorizou os princípios da informação e da liberdade de expressão.

A demanda chegou ao STF no RE 833.248/RJ, julgado em 11.02.2021. Há outros casos paradigmáticos sobre o tema, como o da chacina da Candelária, no REsp 133.497/RJ (2013), e o de crimes na ditadura militar, no REsp 1.434.498/SP (2014), entre outros,¹ mas os dois casos expostos são suficientes para demonstrar a discussão no Brasil. Merece destaque aquela recente decisão do STF, cuja tese de repercussão geral foi a seguinte:

“É incompatível com a Constituição Federal a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social – analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais, especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral, e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível”.

Na tensão de direitos fundamentais em análise, prevaleceu a liberdade de expressão, pilar da democracia. Apesar de não se reconhecer um direito “genérico” ao esquecimento, restou claro que os abusos devem ser analisados em cada caso concreto, e o presidente Fux registrou ser inegável que o direito ao esquecimento é uma decorrência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao estudarem a colisão dos direitos fundamentais de acesso à informação e da privacidade focados no caso da “Carta de Mário Andrade”, HULSE e FEITEN (2021, p. 154) demonstraram compreensão similar ao STF, de que “não há como se dar uma solução abstrata e prévia, só podendo ser resolvida em um caso concreto”. No caso analisado,

1. A Secretaria de documentação do STF apresentou vários casos no estudo intitulado “Direito ao esquecimento – bibliografia, legislação e jurisprudência temática”, referenciado no fim deste artigo.

o interesse público e o caráter histórico do documento afastaram a alegação de privacidade, dando-se acesso integral à informação demandada.

4. O SOLO AINDA É MOVEDIÇO: CASOS INTERNACIONAIS E SUAS CONTROVÉRSIAS

A² estabilidade jurídica é característica importante das democracias e o art. 926 do CPC reza por esse catecismo,³ pois o tratamento desigual para casos idênticos, ou mudança frequente de visão, como se experimentou no Brasil no caso da presunção antecipada de culpa, por exemplo, tem efeito tóxico na administração da Justiça.

Esse não é um problema exclusivamente brasileiro, porque em um caso específico de direito ao esquecimento a Corte Constitucional Alemã teve posicionamento diametralmente oposto ao se debruçar sobre a mesma demanda em uma primeira assentada em 1972 e, posteriormente, em 1999. Em 1969, quatro soldados foram assassinados e um ficou ferido durante um roubo de armas e munições.

O caso ficou conhecido como “o assassinato dos soldados de Lebach”, em referência à cidade onde o crime ocorreu. Os dois principais autores foram condenados à prisão perpétua e um terceiro a seis anos de reclusão, por auxiliar na preparação do crime. No ano de 1972, uma emissora de TV anunciou a produção de um documentário sobre o delito, no qual reconstituiria detalhadamente o latrocínio.

O programa seria transmitido poucos meses antes do livramento condicional do partícipe, por isso ele pleiteou medida liminar para impedir a exibição, ao argumento de que a veiculação dos fatos prejudicaria sua ressocialização, agredindo seu direito de desenvolvimento da personalidade. As instâncias ordinárias negaram o pedido, escoradas na liberdade de comunicação, o que levou o caso à Corte Constitucional.

A Corte julgou procedente o pedido, harmonizando a peleia entre o direito à informação e os de personalidade, argumentando que estes preponderavam sobre aquele. Isso porque a proteção constitucional da personalidade não admite a exploração da imagem e da vida pessoal do condenado por tempo ilimitado, incentivando o estigma, o isolamento social e o preconceito, comprometendo, assim, sua reintegração social.

Passados 24 anos, em 1996 uma nova série de TV estava sendo produzida e um dos capítulos trataria desse mesmo caso de Lebach. No entanto, o partícipe do crime obteve uma decisão judicial impedindo sua exibição, na qual a primeira instância seguiu o precedente da Corte Constitucional para julgar que as preocupações do demandante tinham prioridade sobre a liberdade de comunicação e informação.

Inconformada, a emissora contestou a decisão, alegando haver interesse na transmissão do programa por sua peculiaridade e caráter histórico, sobretudo no tocante à

-
2. Os casos mencionados neste título foram colhidos no estudo do STF intitulado “Boletim de jurisprudência internacional – direito ao esquecimento” (2018), referenciado no final deste artigo.
 3. Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

construção da confiança da população na investigação policial e à dissuasão de potenciais autores. Nessa segunda assentada, a Corte Constitucional acatou o pedido da emissora e afastou a proibição de veiculação da série, valorizando a liberdade de informação.

Essas decisões antagônicas demonstram que o direito ao esquecimento não é tema novidadeiro de debates, pois já em 1972 a Corte alemã já se debruçava sobre ele. Nesse traçado, a ancianidade do debate não consolidou o entendimento, porque uma decisão que valorizou os direitos de personalidade foi, 26 anos depois e na mesma Corte, arrostada por outra, privilegiando a liberdade de informação.

O caso seguinte tramitou na Colômbia: em 1996, uma cidadã colombiana foi entrevistada em um programa de televisão sobre movimentos guerrilheiros no país. Para sua proteção pessoal, a sua voz e imagem foram distorcidas. Todavia, 12 anos depois suas declarações foram transmitidas na principal TV do país, sem distorção de áudio e imagem.

Pelo teor sensível das declarações, a entrevistada alegou que sofreu grave rejeição social, precisando sair do município onde vivia, além de ter problemas familiares, porque seu marido e filhos desconheciam a situação narrada. Por isso, ela pediu judicialmente a remoção de sua entrevista do documentário, por violar seus direitos à honra, ao bom nome, à imagem e à privacidade, além de afrontar direitos particulares de seus filhos menores.

A TV sustentou que o documentário era exercício do direito à liberdade de expressão e alegou que a requerente concedeu a entrevista voluntariamente, revelando fatos íntimos espontaneamente. Ponderou que não foi a responsável pela produção anterior e não havia nenhum documento sobre as exigências da forma de transmissão das declarações.

A Corte Constitucional colombiana decidiu que a imagem, a privacidade e a honra são direitos personalíssimos com autonomia própria; que a exibição do documentário agrediu o direito à privacidade pessoal e familiar da requerente, merecendo indenização; que os meios de comunicação devem ser mais sensíveis no trato de alguns temas, tomando cuidado para não expor menores de idade a situações com as quais ainda não têm capacidade para lidar; também não podem ferir a honra, o bom nome e a dignidade daquele sobre quem se informa, nem de terceiros que possam ser afetados pela notícia.

Noutro giro, em 2014, um Tribunal de Tóquio determinou que a empresa “Google Japan” removesse os resultados de pesquisa sobre a prisão de um cidadão japonês, ocorrida há mais de cinco anos, por suspeita de crime de prostituição infantil. A empresa não cumpriu a ordem e o indivíduo recorreu à Suprema Corte Japonesa, que rejeitou o pedido de remoção de resultados da pesquisa sobre o suposto crime do demandante.

A Corte não abordou o direito ao esquecimento, mencionando apenas os direitos de privacidade, salientando que embora o demandante não quisesse ser rotulado por seu passado criminoso, estivesse reintegrado à sociedade e a prisão pertencesse a sua vida privada, o assunto mantinha interesse público, visto que o envolvimento com prostituição infantil é ato vigorosamente condenado pela sociedade, por isso deve manter-se público.

O último caso internacional que se abordará ocorreu na Turquia, esse belo país meio europeu, meio asiático, com capital em Istambul, outrora a mítica Constantinopla que foi sede do Império Romano do Oriente. Em 2013, um cidadão turco pediu a remoção de três artigos publicados no sítio eletrônico de um jornal tratando de sua prisão por uso de drogas e os respectivos procedimentos judiciais, ocorridos entre 1998 e 1999.

Ele não contestou a veracidade das informações, alegando apenas que deveriam ser bloqueadas, pois o fácil acesso feria sua dignidade e reputação. A Corte Constitucional deferiu seu pedido, fundamentando que o direito de ser esquecido é violado quando a dignidade e a reputação da pessoa são atingidas por notícias facilmente acessíveis, quando já não tenham interesse público ou atualidade em razão do transcurso do tempo.

Esses quatro casos demonstram que o direito ao esquecimento ainda caminha pela vereda sombria das hesitações, porque em todo o mundo há decisões diferentes para o mesmo caso, como aconteceu na Corte Constitucional Alemã e na divergência entre Cortes Japonesas. Aqui foram abordados apenas quatro casos internacionais, mas pesquisas voltadas ao levantamento dessas decisões antagônicas confirmam um terreno ainda movediço.

5. CRITÉRIOS PARA JULGAR A PELEIA ENTRE DIREITOS DE MESMA ENVERGADURA

Embora esse território não esteja plenamente cartografado, há estudos consistentes indicando quais critérios devem ser usados para aferir quando o direito ao recomeço/cancelamento/desindexação deve respirar com mais folga sobre a liberdade de informação. Alguns autores entendem que há preponderância de um dos princípios, outros compreendem que há equilíbrio entre eles.

No entanto, esse conflito de princípios constitucionais é resolvido apenas analisando o caso concreto, porque o princípio da unidade impede que haja antinomias insolúveis na CF. Por isso, é de se reconhecer a inexistência de hierarquia entre direitos e princípios de mesma natureza constitucional; a predominância do interesse público; e principalmente a razoabilidade (SALOMÃO, 2018).

Nesse exame de situações concretas, a ideia é criar um padrão, com regras de experiência objetivas, para se afastar do campo escorregadio do subjetivismo, e a partir daí verificar qual princípio deve se manter de pé. Ocorre que o mencionado princípio da unidade constitucional não aceita que o intérprete escolha uma norma e simplesmente refugue outra também aplicável em tese, como se houvesse hierarquia entre elas.

Como resultado, a interpretação da CF precisou desenvolver técnicas aptas a administrar o fato de que a CF é um documento dialético, que alberga valores potencialmente conflitantes, e que os princípios nela encartados corriqueiramente entram em conflito. Essa dificuldade já está pacificada doutrinariamente, de forma que esses embates principiológicos não são resolvidos por uma subsunção simples do fato à regra.

Para superar esse desafio hermenêutico, é necessário um raciocínio mais complexo, em que cada elemento deverá ser considerado conforme sua importância para o caso concreto, de modo que a conclusão pareça um quadro em que as diferentes cores são percebidas, embora uma delas se destaque mais que outras. É a técnica da ponderação, usada em casos difíceis de colisão entre direitos de mesmo calibre (BARROSO, 2004, p. 25-26).

Essas breves notas teóricas pavimentaram o caminho para se apresentar, sem mais tardança, os parâmetros objetivos a serem considerados no julgamento do embate entre princípios constitucionais com a mesma musculatura, que neste estudo são a liberdade de informação/comunicação e a privacidade/honra/dignidade/esquecimento: a) a veracidade do fato; e b) a licitude do meio empregado na obtenção da informação.

Prosseguindo: c) a personalidade pública ou privada do autor; d) o local do fato; e) a natureza do fato; f) o interesse público da divulgação; g) o interesse público na divulgação de fatos relacionados à atuação de órgãos públicos; h) a preferência por sanções *a posteriori*, que não envolvam a proibição prévia da divulgação. A partir desses oito critérios chega-se ao melhor termo para a solução do confronto (BARROSO, 2004, p. 25-26).

Em todos os casos nacionais e internacionais sobre o conflito entre os direitos aqui manuseados não há sequer centelha de menção ao princípio da fraternidade. Esse fato comprova o acerto do título que Antônio Maria Baggio escolheu para o seu livro sobre o aludido princípio,⁴ integrante do trio de ideais que derrubou as monarquias e reconfigurou a organização político-social ocidental. A ele se dedica o próximo título.

6. O DIREITO AO ESQUECIMENTO PELA ÓTICA DA FRATERNIDADE

João Luiz Muniz (João), hoje com 54 anos, tinha três anos quando assassinaram seu pai, forçando sua mãe a criar dez filhos sozinha, sendo um deles especial. Sofreram muito, inclusive com desnutrição. Aos dez anos, em uma véspera de Natal, viu seus amiguinhos ganharem bicicletas, brinquedos e roupas de presente, então perguntou para sua mãe o que ele e seus irmãos ganhariam. Abatida, ela foi para o quarto e chorou.

Naquela noite tinham em casa 20 pães franceses, margarina e dois envelopes de “ki-suco” em pó para ceiar. Comeram cedo e foram dormir. Mais tarde João ouviu pessoas cantando músicas natalinas, olhou pela janela e viu seus vizinhos empunhando velas acesas, presentes e comida. João e seus irmãos choraram de alegria. Todos se abraçaram e comeram o que para ele foi a melhor ceia de Natal da sua vida até ali (JENSEN, 2018).

Nos tempos difíceis de pandemia, a solidariedade fresteou aqui e ali, mostrando seu rosto luminoso de várias formas e desde os menores gestos, como no bilhete colado no elevador de um prédio com o seguinte texto: “se você tem mais de 60 anos posso ir ao mercado para você sem custos, basta me avisar [...]”. Outro: “olá vizinhos mais velhinhos, se precisarem de algo da rua podem contar conosco [...] (AUN, 2020).

4. O princípio esquecido – a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas.

A solidariedade mencionada nesses exemplos é irmã da fraternidade, na família dos princípios constitucionais. Respeitá-las significa incorporar às conquistas do constitucionalismo liberal e social o advento do constitucionalismo fraternal, com finalidade de integração comunitária, que é vida em comunidade, em comunhão de vida, ou vida social em clima de solidariedade (AYRES BRITTO, 2010, p. 585-586).

Esses dois princípios siameses, juntamente aos demais que descansam no regaço da Carta de Outubro, não são mera poesia legal, são instrumentos valiosos para o avanço social, porque estão no centro do ordenamento jurídico: os princípios estão no centro da CF; a democracia está no centro dos princípios; e a dignidade da pessoa humana está no centro da democracia (AYRES BRITTO, 2008, p. 159).

Nota-se, assim, que nesse encadeamento a dignidade da pessoa humana é a figura central, a protagonista, o sol do sistema normativo, ao redor do qual tudo orbita, ou deveria orbitar. Nesse passo, os direitos da personalidade, entre os quais está o de esquecimento, são a estrutura da dignidade, a sua espinha dorsal, porque sem aqueles direitos ela até tenta parar de pé, mas cambaleia e tomba ao solo.

A fraternidade possibilita a base para o desenvolvimento de uma noção de cidadania que pode ser aplicada à comunidade humana global, permitindo que a liberdade e a igualdade se aproximem e deem condições para uma vida qualitativa a todos no planeta. Na Declaração Francesa de 1789, esse princípio estava ao lado da igualdade e da liberdade, que decolaram, mas a fraternidade não teve força para levantar voo (BAGGIO, 2008, p. 36).

Foi assim porque o duo igualdade e fraternidade atua no âmbito da individualidade, sem preocupação fraterna e responsabilidade com o outro. Nessa trilha, o enfoque que o ocidente deu à fraternidade foi de assistencialismo, por motivação religiosa, sem pisar efetivamente o solo jurídico e político, sendo esquecida nas legislações e constituições, distanciando-se, assim, das suas irmãs que impulsionaram o ideal revolucionário francês.

Esse ideal buscava humanizar a sociedade e hoje essa humanização já não está mais voltada só ao grupamento social, mas à valorização de cada célula que o compõe, indivíduo único e insubstituível que é um universo em si mesmo, porque não existe nenhuma pessoa igual à outra. O formato de humanismo contemporâneo volta suas lentes não apenas para o conjunto, mas para cada mulher e homem que o integram.

Somente mirando nesse ser individual e concreto que se chegará a um corpo social fraterno e plural, fundado na harmonia social, comprometido com o ideal de uma sociedade livre, justa e solidária, como verte do art. 3º, I, da Constituição. Nessa ordem de ideias é que se chegará a uma sociedade que soluciona pacificamente seus conflitos internos e externos, como irradia do art. 4º, VII, da Constituição (AYRES BRITTO, 2012, p. 115-117).

Isso significa que pouco adianta autoproclamar-se humanista, defensor dos direitos de todos os seres humanos, sem “arregaçar as mangas” para ajudar o companheiro de jornada que precisa de mão estendida hoje, para chegar ao fim do dia com alguma dignidade.

É o que pensava Madre Teresa de Calcutá (1910/1997), ganhadora do prêmio Nobel da Paz em 1979: “não espere por grandes líderes, faça você mesmo, pessoa a pessoa”.

Esse baldrame conceitual sobre humanismo, solidariedade e fraternidade, expressões capitais da afeição pela justiça e pela equidade, tem ressonância neste estudo sobre o direito ao esquecimento, na arena em que ele digladia com os direitos à informação e liberdade de expressão. Isso porque, os ingredientes da fraternidade não podem ficar de fora do catálogo dos oito critérios acima mencionados para solucionar o confronto.

Na atual ordem constitucional brasileira, a solidariedade e a fraternidade devem permear todas as decisões legislativas e judiciais. O juiz contemporâneo deve descolonizar seu pensamento, emancipando-se mentalmente, expandindo as coordenadas mentais que conduzem as suas decisões. Ele não pode se limitar a ser um ácaro processual, preso tão somente aos autos e às regras jurídicas, mas não deve se descuidar delas, obviamente.

Essa interpretação mais à larga da CF não se trata de converter o Judiciário em instância governamental, usurpando poderes legislativos e executivos. Não se trata disso, porque uma coisa é governar, vedado ao Judiciário, outra é impedir o desgoverno, que ele não só pode como deve fazer. O que interessa à sociedade é a governabilidade constitucional, que se praticada conduzirá ao apogeu do humanismo.

Esse ideal depende de um Judiciário que reverencie e proteja a Constituição, que não por acaso tem em sua certidão de nascimento o nome de “Cidadã”. Nesse racional, o Sistema Jurídico pátrio tem um potencial emancipatório que está à espera de aplicadores que o interpretem com a lente da consciência, que tem como ponto de partida o coração de cada juiz, exercitando o lado direito do seu cérebro, responsável pelas emoções e intuições.

Decisões judiciais que consideram os princípios da fraternidade e solidariedade colaboram com o avanço social, porque quando a solidariedade é substituída pela competição as pessoas ficam abandonadas (AYRES BRITTO, 2012, p.52-53). O rompimento dos laços comunitários não impede que o indivíduo seja um sujeito de direito, mas a opressão persistente o impede de ser um sujeito de fato (BAUMAN, 2009, p. 21).

O ser humano é gregário e sociável, por isso quando se rompem os laços de fraternidade e solidariedade a troca competitiva e suas relações conduzem à morte, enquanto no rumo oposto o princípio da cooperação mantém a vida (ABDALLA, 2004, p. 139). Por isso que intelectuais de diferentes áreas do conhecimento alertam para os problemas sobre a convivência humana e a sobrevivência planetária, que desafiam a todos para que assumam um compromisso com o princípio da solidariedade (NODARI, 2019, p. 38).

Essa ótica pela solidariedade e fraternidade flui da necessidade de mudar a forma como a humanidade vive e compreende a vida, porque se o louvável progresso científico não vier acompanhado de evolução social e moral, acaba por voltar-se contra o homem (PAPA FRANCISCO, 2015). Trazer essa lição para o tema aqui estudado significa evoluir as decisões judiciais para outro patamar, que melhor atenda seus destinatários.

Como isso pode ser feito? Permitindo que a luminosa coluna da fraternidade guie o raciocínio judicial, manuseando a empatia com mais prodigalidade. Para esclarecer

de forma vinculada aos casos aqui mencionados, seria colocar-se no lugar de Xuxa para compreender que a exibição de sua imagem em um filme de 38 anos atrás, irrelevante social e culturalmente, serve apenas para fustigá-la, sem nenhum benefício social.

Já em grau de arremate, sem mais tardança, é certo que a democracia na era da informação e interconectividade reclama transparência na vida pública e no seio da sociedade, que se tornou exageradamente curiosa, querendo saber de tudo. No atual cenário nada mais passa despercebido, na quadra do mistério: se quer saber se há sujeira debaixo do tapete, e quem a escondeu ali (AYRES BRITTO, 2004, p. 89).

Todavia, essa curiosidade democrática não pode se converter em salvaguarda para esquadrihar a privacidade alheia, a pretexto de direito à informação, quando inexistente ou é irrelevante o benefício social em jogo. A curiosidade mesquinha, focada na agonia alheia, é destrutiva e de nada serve para o engrandecimento pessoal e social, então que se limite à província dos que ainda não encontraram um rumo útil para dar à vida.

7. CONCLUSÃO

A nova sociedade hiperconectada intensificou a tensão entre os direitos fundamentais da informação/liberdade de expressão e da inviolabilidade da honra, intimidade, imagem, dignidade e esquecimento. Foi essa tensão que impulsionou este estudo, objetivando esclarecer qual direito deve se manter de pé quando se leva para a balança da Justiça o esquecido princípio da fraternidade.

No trajeto percorrido para chegar à resposta investigada apresentou-se o direito ao esquecimento como um direito da personalidade; abordaram-se casos nacionais e internacionais que manusearam a matéria; elencaram-se os critérios que se deve adotar para julgar o combate entre os direitos aqui agitados; e analisou-se como as lentes da fraternidade podem auxiliar o juiz na sua augusta missão de dizer o Direito.

Constatou-se que nas decisões judiciais pesquisadas nenhuma Corte fez menção ao princípio da fraternidade para bater o seu martelo, o que seria recomendável, já que um dos objetivos do Brasil é construir uma sociedade livre, justa e solidária, conforme a roupagem do art. 3º, I, da Constituição. Não se desconhece que a construção desse país solidário é tarefa ciclópica, mas todo avanço pontual é importante nesse processo.

Nesse eito, descortinou-se nesta pesquisa que as decisões judiciais precisam ser arejadas pelos princípios da solidariedade e fraternidade, no ritmo do atual constitucionalismo fraternal, que sucedeu o liberal e o social. Assim, quando o juiz enfrentar um caso de direito ao esquecimento, que aqui se investigou, deve envergar as vestes da empatia e trazer para a balança aqueles dois princípios.

Deve lembrar que a pessoa que errou, pagou pelo seu erro e quer se reerguer, não pode ser repetidamente sugada pelo vórtice vampiresco das recordações e dos preconceitos, em um processo que dá voltas, em uma girândola ofuscante e vertiginosa que o mantém preso em um passado que quer apagar. Para os críticos desse raciocínio, é útil

o ensinamento que dispensa menção de autoria: quem estiver sem erros que atire a primeira pedra.

Sendo certo e justo que a colheita se dê conforme a sementeira realizada, o incorreto é que haja um pedágio que se perpetua no tempo e no espaço com o fluxo permanente de informações da nova sociedade do espetáculo, que recebe muito mais notícias do que é capaz de digerir. No Brasil notou-se um avanço na interpretação dos casos de direito ao esquecimento em confronto com o da informação.

Enquanto no caso de Xuxa, julgado em 2012, o STJ não reconheceu seu direito de eliminar as imagens guerreadas, em 2018 a mesma Turma, em caso similar, entendeu que há circunstâncias em que é necessária a intervenção do Judiciário para bloquear os resultados de buscas na internet, quando os resultados são irrelevantes ao interesse público, seja pelo conteúdo eminentemente privado, seja pelo decurso do tempo.

Os familiares de Aída Curi também sofreram derrota no STJ em 2013 e no STF em 2021, mas isso não diminui os argumentos aqui ombreados. Mesmo a decisão do STF, que não reconheceu um direito “genérico” ao esquecimento, entende que ele é uma decorrência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana e que os abusos devem ser analisados individualmente caso a caso.

A humanidade já superou enormes desafios e saboreou grandiosas conquistas desde que se vivia em estado de natureza. As três grandes revoluções – cognitiva, agrícola e científica – seguidas das três revoluções industriais, pavimentaram o caminho para se chegar no quarto ciclo desenvolvimentista, que flui da conjugação da tecnologia da informação com a inteligência artificial e a biotecnologia.

Esse novo ciclo, iniciado no final do século XX, impactará cada vez mais em todos os relacionamentos sociais e reclamará respostas jurídicas à altura desse ambiente em transformação acelerada. Toda essa evolução tecnológica trouxe avanços que melhoraram muito a vida no planeta em todos os sentidos materiais: a longevidade na Europa e nas Américas orbitava os 35 anos em meados do século XVIII, hoje supera os 70.

A desnutrição atingia 50% da população mundial em 1947, enquanto hoje ronda os 13%; e a pobreza extrema caiu de 90% para 10% em 200 anos, com a melhora mais significativa ocorrendo nos últimos 50 anos. Todo esse progresso requer, também, uma nova ética, que combine criatividade, ousadia, liberdade e, simultaneamente, privacidade, veracidade, proteção contra hackers e contra a criminalidade online (BARROSO, 2019, p. 1270).

As palavras do ministro foram certas, porque no dia 05.11.2020 hackers protagonizaram o maior ataque cibernético a órgão público do país, invadindo os sistemas do STJ. Por essas e outras que o alerta de Barroso encontra eco nas palavras do Papa Francisco: se o desenvolvimento tecnológico não vier acompanhado de equivalente evolução ética e moral, será um grande perigo para a humanidade.

Essa evolução moral está intimamente ligada aos votos de valorização dos princípios de solidariedade e fraternidade, irrigados pela empatia, multicitados nesta pesquisa. Eles devem permear todas as decisões humanas, aí incluídas as judiciais, e no que aqui mais

interessa, aquelas sobre o direito ao esquecimento. Assim, o reabilitado poderá refazer o campo destruído e plantar nova sementeira de labor e retidão, em uma vida produtiva e feliz.

8. REFERÊNCIAS

- ABDALLA, Maurício. *O princípio da cooperação: em busca de uma nova racionalidade*. 2. ed. São Paulo: Editora Paulus, 2004. p. 139.
- AUN, Heloísa. Coronavírus: pequenos gestos dão lição de solidariedade no Brasil. Portal de notícias *Catraca Livre*. Publicado em 07.04.2020. Disponível em: [<https://catracalivre.com.br/cidadania/coronavirus-pequenos-gestos-dao-licao-de-solidariedade-no-brasil/>]. Acesso em: 29.03.2021.
- AYRES BRITTO, Carlos. Limitações constitucionais em temas de comunicação social. In: SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Aspectos polêmicos da atividade do entretenimento*. Mangaratiba: Academia Paulista de Magistrados, 2004. p. 89.
- AYRES BRITTO, Carlos. *O conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana em tema de direitos fundamentais e os avanços da Constituição de 1988*. Brasília. Palestra apresentada e registrada nos anais da VI Conferência dos Advogados do DF, promovida pela OAB/DF, em 28.08.2008. p. 159.
- AYRES BRITTO, Carlos. *As células-tronco embrionárias e sua formação constitucional*. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009. 1. ed. 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 585-586.
- AYRES BRITTO, Carlos. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 52-53
- BAGGIO, Antônio Maria et al. O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. São Paulo: Cidade Nova, 2008. v. I. p. 36.
- BARROSO, Luís Roberto. Revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática: limites do direito num mundo em transformação. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, p. 1270, set.-dez. 2019. Disponível em: [<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/429>]. Acesso em: 27.03.2021.
- BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, p. 25-26, jan.-mar 2004. Disponível em: [<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>]. Acesso em: 29.03.2021.
- BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 2009. p. 21.
- BAYER, Diego. *Aída Curi, o júri que marcou uma época*. Série Julgamentos históricos. Sítio eletrônico “Justificando: mentes inquietas pensam Direito”. Publicado

- em 13.03.2015. Disponível em: [www.justificando.com/2015/03/13/na-serie-julgamentos-historicos-aida-curi-o-juri-que-marcou-uma-epoca/]. Acesso em: 26.03.2021.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 5.
- FARIAS, Edilson Pereira de Farias. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1996. p. 106-107. Disponível em: [<https://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos008/pdf.PDF>]. Acesso em: 03.04.2021.
- FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCCO, Rui. (Org.). *Direito Civil – Parte Geral*. Pessoas e domicílio. São Paulo: Ed. RT, 2011. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. III) p. 660. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/plugin-file.php/5063735/mod_resource/content/0/06.1.%20LimongiPersonalidade.pdf]. Acesso em: 03.04.2021.
- FUNDAÇÃO ANGÉLICA GOULART. Criada em 1989, por Maria da Graça Xuxa Meneghel. Disponível em: [<https://www.fundacaoangelicagoulart.org.br/>]. Acesso em: 05.04.2021.
- HAAB, Tuiscon Bejarano. O interesse público na lei de acesso à informação: conflito entre a privacidade individual e o direito à informação. *Revista da AGU*, Brasília, v. 19, n. 4, p. 303-323, out.-dez. 2020. Disponível em: [<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/2251/2186>]. Acesso em: 05.04.2021.
- HULSE, Levi; FEITEN, Ricardo José. Colisão de direitos fundamentais: acesso à informação vs. privacidade através do caso “carta de Mário de Andrade”. *Revista da AGU*, Brasília, v. 20, n. 3, p. 154-172, jul.-set. 2021. Disponível em: [<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/2735/2307>]. Acesso em: 15.04.2021.
- JENSEN, Claus. Uma história de Natal real e emocionante que mostra a grandeza da solidariedade. *O Blumenauense – notícias de Blumenau e Vale do Itajaí*. Publicado em 24.12.2018. Disponível em: [<https://oblumenauense.com.br/uma-historia-de-natal-real-e-emocionante-que-mostra-toda-grandeza-da-solidariedade/>]. Acesso em: 14.04.2021.
- LEAL, Livia Teixeira. O direito de ser esquecido. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Coords.). *Cuidado e o direito de ser: respeito e compromisso*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018. p. 311-331.
- MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso de ódio: racismo, discriminação, preconceito, pornografia, financiamento público das atividades artísticas e das campanhas eleitorais*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 98.

- NEVES, José Roberto de Castro. Os direitos da personalidade e a liberdade de expressão parâmetros para a ponderação. *Revista da Emerj*, Ro de Janeiro, v. 16, n. 62, p. 88-120, jan.-mar. 2013. Disponível em: [www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista62/revista62_88.pdf]. Acesso em: 14.04.2021.
- NODARI, Paulo César. Responsabilidade, solidariedade e cuidado com a casa comum. In: ERTHAL, César Augusto; FABRI, Marcelo; NODARI, Paulo César (Orgs.). *Empatia e solidariedade*. Caxias do Sul: Educus, 2019. p. 38.
- PAPA FRANCISCO. *Carta Encíclica Laudato Si' do santo padre Francisco Sobre o cuidado da casa comum*. Roma: Encíclicas do Vaticano, 2015. Disponível em: [www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html#_ftnref6]. Acesso em: 13.04.2021.
- REDE GLOBO DE COMUNICAÇÃO. Memória Globo. *Programa Linha Direta*. Reconstituindo crimes não solucionados, incentivava os telespectadores a fornecerem pistas que ajudassem as autoridades policiais na solução dos casos. Apresentado de 29.03.1990 a 24.06.1990 e de 27.05.1999 a 06.12.2007. Disponível em: [<https://memoriaglobo.globo.com/jornalismo/jornalismo-e-telejornais/linha-direta/>]. Acesso em: 16.04.2021.
- REDE GLOBO DE COMUNICAÇÃO. Programa Linha Direta. *Caso Áida Curi*. Apresentado por Domingos Meirelles, em 29.04.2004. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=_xArE2XNhnI]. Acesso em: 15.04.2021.
- SALOMÃO, Luiz Felipe. Memória, esquecimento e conteúdo na internet. Transcrição de palestra realizada no XIX Congresso Internacional de Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. *Revista CEJ*, Brasília, n. 74, ano XXII, p. 56-60, jan.-abr. 2018. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-CEJ_n.74.06.pdf]. Acesso em: 12.04.2021.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção da personalidade no ambiente digital: uma análise à luz do caso do assim chamado direito ao esquecimento no Brasil. *Revista Espaço Jurídico, do PPGD da Unoesc*, Joaçaba, v. 19, n. 2, p. 491-530, maio-ago. 2018, p. 496. Disponível em: [<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/17557/pdf>]. Acesso em: 12.04.2021.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur. *O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação*. Porto Alegre: Saraiva, 2019. p. 78.

Legislação

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 1.676/2015. Dispõe sobre a garantia de desvinculação do nome, imagem e demais aspectos da personalidade, publicados na rede mundial de computadores, internet, relativos a fatos que não possuem, ou não possuem mais, interesse público. Autor: deputado Veneziano Vital do Rego, do PMDB/PB.

Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1295741]. Acesso em: 28.03.2021.

Jurisprudência

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.316.921/RJ, Terceira Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 29.06.2012, DJe 29.06.2012. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201103079096&dt_publicacao=29/06/2012]. Acesso em: 25.03.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.660.168/RJ, Terceira Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 08.05.2018, DJe 05.06.2018. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201402917771&dt_publicacao=05/06/2018]. Acesso em: 29.03.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.335.153/RJ, Quarta Turma, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 28.05.2013, DJe 10.09.2013. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100574280&dt_publicacao=10/09/2013]. Acesso em: 30.03.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 833.248/RJ, Reconhecimento de repercussão geral no caso Aída Curi, Plenário, rel. Min. Dias Toffoli, j. 11.12.2014, DJe 12.12.2014. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7810658]. Acesso em: 02.04.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Secretaria de documentação. *Direito ao esquecimento – bibliografia, legislação e jurisprudência temática*. jun. 2017. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/direito_ao_esquecimento2.pdf]. Acesso em: 26.03.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Boletim de jurisprudência internacional – direito ao esquecimento”. dez. 2018. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaInternacional/anexo/BJI5DIREITOAOTESQUECIMENTO.pdf. Acesso em: 27.03.2021.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Constitucional

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Direito ao esquecimento: entre a sociedade da informação e a civilização do espetáculo, de Rodrigo Pereira Moreira e Jaqueline Souza Medeiros – *RDPriv* 70/71-98;
- Direito ao esquecimento: dimensão da intimidade e identidade pessoal, de Fábio Vinícius Maia Trigueiro – *RDCI* 98/83-107; e
- O direito ao esquecimento como direito fundamental, de Guilherme Magalhães Martins – *RDC* 133/19-73.

PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES SOB UMA PERSPECTIVA CONTEMPORÂNEA: PODER JUDICIÁRIO E O VIÉS POLÍTICO NA CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

*PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS FROM A CONTEMPORARY PERSPECTIVE:
JUDICIAL POWER AND POLITICAL BIAS IN THE IMPLEMENTATION OF PUBLIC POLICIES*

TATYANNE MARIA LINS DE ARAUJO

Mestranda em Direito Público pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas – UFAL. Pós-graduada em Direito Constitucional e em Direito Processual Penal pela Faculdade Damásio. Advogada. Pesquisadora.
tatyannearaujol@hotmail.com

ÁREA DO DIREITO: Constitucional

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo demonstrar a evolução sobre a compreensão do princípio da separação dos Poderes numa perspectiva contemporânea de atuação em colaboração na busca pela concretização de direitos fundamentais por meio de políticas públicas. Procurar-se explicar que a independência e autonomia dos Poderes não se confunde com atuação isolada ou competitiva. Política e Direito caminham lado a lado numa finalidade única, que é a efetivação dos ideais democráticos. Quando se vislumbra o Poder Judiciário como também imerso ao universo político e não puramente tecnocrata, compreende-se que ele pode atuar como colaborador dos outros Poderes. Além de se destacar a importância dos diálogos institucionais na concretização de direitos, principalmente na garantia dos direitos das minorias. Portanto, esse estudo tem como finalidade aprofundar o entendimento sobre o desenvolvimento do princípio da separação dos Poderes, com enfoque na atuação judicial em políticas públicas.

ABSTRACT: This article aims to demonstrate the evolution of the understanding of the principle of separation of Powers in a contemporary perspective of collaborative action in the search for the realization of fundamental rights through public policies. Trying to explain that the independence and autonomy of the Powers are not to be confused with isolated or competitive action. Politics and Law go hand in hand in a single purpose, which is the realization of democratic ideals. When the Judiciary Power is seen as also immersed in the political universe and not purely technocratic, it is understood that it can act as a collaborator of the other Powers. In addition to highlighting the importance of institutional dialogues in the realization of rights, especially in guaranteeing the rights of minorities. Therefore, this study aims to deepen the understanding of the development of the principle of separation of Powers, with a focus on judicial action in public policies.

PALAVRAS-CHAVE: Separação dos Poderes – Diálogos Institucionais – Políticas Públicas.

KEYWORDS: Separation of Powers – Institutional Dialogues – Public Policy.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito, política e Poderes . 3. Evolução do princípio da separação dos Poderes. 4. Judiciário como Poder concretizador de políticas públicas. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende traçar uma análise sobre o desenvolvimento do princípio da separação dos Poderes sob uma perspectiva integradora na participação do Judiciário na efetivação de políticas públicas.

Fazendo-se uma análise inicial sobre a relação entre o direito, a política e como essas duas esferas permeiam os Poderes, com ênfase ao reconhecimento do perfil político do Judiciário, o qual é precipuamente guiado pelo direito, mas que tem nuances políticas que refletem em sua atuação.

Em seguida, reflete-se sobre a ideia de separação de Poderes, a qual mantém sua essência de limitação do poder para se evitar abusos, porém não deve ser vista numa concepção de Poderes atuando isoladamente, mas sim em colaboração em busca dos preceitos democráticos.

Por fim, a atuação do Judiciário como concretizador de políticas públicas é analisada, com os limites e requisitos da admissibilidade dessa atuação, sem que se fira a separação dos poderes.

2. DIREITO, POLÍTICA E PODERES

O direito e a política são esferas que possuem conceitos distintos, mas não distantes. Seu liame está intimamente ligado e, como diria Barroso (2020), pode-se dizer que são “primos”. E os Poderes estão envoltos simultaneamente por essas duas esferas.

De maneira superficial, poderia se imaginar que a política é direcionada aos Poderes em que seus membros são atores políticos eleitos, o Executivo e o Legislativo, enquanto o direito ao Judiciário. Contudo, observa-se hoje que não há mais como fazer essa distinção. Ambas as esferas atuam conjuntamente em todos os Poderes. Ainda que uma seja mais evidenciada que a outra em certos momentos, deve-se reconhecer essa indissociabilidade. Embora sejam pilares distintos, atuam juntos na sustentação do Estado Democrático.

Essa ligação entre direito e política, segundo Neves (2012, p. 97), tem como base a própria Constituição, a qual é compreendida como um “mecanismo de interpenetração

permanente e concentrada entre dois sistemas sociais autônomos, a política e o direito”. Ou seja, a Constituição é composta pela política e pelo direito e, sendo o Supremo Tribunal Federal, órgão de mais alto grau do Judiciário brasileiro, o guardião da Constituição, naturalmente questões políticas chegarão à sua apreciação. Da mesma maneira, os atos do Executivo e Legislativo devem estar de acordo com o direito.

Além disso, nota-se a presença do fator política na própria composição dos membros dos Poderes. De maneira evidente, atores políticos que compõem Executivo e Legislativo são eleitos diretamente pelo povo para que sejam seus representantes. Porém, a composição de membros da Corte também possui influência política, tendo em vista que a própria Constituição previu, em seu art. 101, que, além de requisitos como o saber jurídico, “Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal”.

Observa-se, portanto, que, ainda que indiretamente, o critério político é determinante na formação do STF, dado que muitos podem cumprir com os requisitos que a Carta Magna exige, porém, sem a indicação e aval político, não necessariamente chegarão ao STF.

Esse detalhe político é considerado de imensa relevância, já que a característica analítica da Constituição brasileira em prever um extenso rol de direitos ocasiona o que Vieira (2018, p. 162) considera uma “hiperconstitucionalização de direitos”, tendo como consequência uma grande procura à Corte na resolução de conflitos. Essa característica, associada à margem interpretativa que o tribunal possui ao fazer a compreensão dos sentidos de uma norma, pode ser influenciada pelo perfil de cada integrante que a compõe. De maneira que reflete diretamente na garantia de direitos.

Outro ponto a ser observado e destacado por Ribeiro e Argulhes (2010, p. 115-143) é que, no Brasil, a escolha feita pelo presidente não reflete apenas os seus próprios ideais políticos, mas é influenciada, da mesma maneira, pelas preferências dos partidos que formam sua base no Senado. De igual modo, os autores entendem que a escolha presidencial leva em consideração a visão da sociedade, de modo que o presidente pode querer, por meio de sua indicação, agradar seu eleitorado, sendo esse fim político denominado como “sinalização” e que, nas palavras dos autores, acontece quando

“[...] o presidente usa a oportunidade de nomeação para expressar seu comprometimento com um conjunto de valores, causas sociais ou ideais de relevância simbólica para a sociedade.”

Recentemente, tem-se como exemplo desse fenômeno o caso do atual Presidente da República, Jair Bolsonaro, o qual teve, até o momento, a oportunidade de indicar dois Ministros ao STF e que, provavelmente, foram escolhas com reflexos de suas perspectivas políticas. Sem dúvidas os requisitos formais constitucionais foram observados e, no que tange à margem política prevista, essa foi manifestamente expressa, quando o Presidente se manifestou publicamente que, pelo menos uma de suas escolhas, deveria ser

um ministro “terrivelmente evangélico”¹, o que demonstra ser um critério subjetivo conforme suas convicções políticas e utilizado de maneira a demonstrar à sociedade seus parâmetros desejados.

Essa característica religiosa, em específico, pode ser determinante em casos em que preceitos religiosos podem ser levados em conta na interpretação constitucional, como em temas sensíveis sobre aborto e homofobia. Outrossim, feita a escolha, o entendimento de um ministro perpetuará por anos na jurisprudência brasileira, dado que, salvo alguma eventualidade, o membro atuará até o momento de sua aposentadoria compulsória, pois, diferentemente de agentes políticos, não possuem mandatos determinados. Dessa maneira, a escolha de cada ministro ou ministra produz efeitos por longos períodos e o viés político que possa ser empregado nessa escolha também.

Para Barroso (2020, p. 439), ministro do STF, “Na política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. O domínio da vontade. No Direito, vigora o primado da lei (*the rule of law*) e do respeito aos direitos fundamentais. O domínio da razão”. Além disso, a própria dinâmica constitucional caminha para esse encontro no sentido de que, se o Judiciário é o guardião da Constituição e que a mesma Carta traz previsões de ordem política, bem como acerca da constitucionalidade das leis elaboradas pelos poderes Legislativo e, eventualmente, Executivo, é natural que demandas que envolvam política e direito recaiam para a Corte Constitucional pátria e nem por isso haverá uma afronta ao princípio da separação dos poderes.

Em contrapartida, na visão de Hirschl (2020, p. 104), seria algo mais complexo e que ratifica essa indissociabilidade entre direito e política, quando afirma em sua obra que:

“O poder do judiciário não cai do céu; é politicamente construído. Acredito que a constitucionalização de direitos e o fortalecimento da revisão judicial resultam de um pacto estratégico liderado por elites políticas hegemônicas, porém crescentemente ameaçadas, que procuram insular suas preferências políticas contra as mudanças de humores da política democrática, fazendo-o em associação com elites econômicas judiciais que possuem interesses compatíveis. As mudanças que emergem refletem uma combinação de preferências políticas e interesses profissionais destes grupos.”

Existem espaços que são somente da política, pelos quais o direito não poderá substituir, assim como existem espaços do direito que a política não irá ser suficiente e no meio deles existe um ponto de encontro em que haverá uma inevitável simbiose dos dois universos. Fundamental, portanto, é o entendimento de Krell (2012, p. 136) quando leciona que é uma consequência natural para o judiciário lidar com a política, tendo em vista que a própria supremacia da Constituição proporciona esse cenário e pelo fato de que direitos

1. Disponível em: [g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/10/bolsonaro-diz-que-vai-indicar-ministro-terrivelmente-evangelico-para-o-stf.ghtml].

fundamentais podem estar intrinsicamente envolvidos em questões que seriam primordialmente políticas. O que ressalta a simbiose entre as duas esferas.

Desta forma, diante de uma democracia plasmada na Constituição, que é política e de direitos, as duas esferas, ainda que distintas, possuem pontos de encontros procedentes da conjuntura democrática e está presente em todos os Poderes.

3. EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A teoria sedimentada por Montesquieu e Aristóteles sobre a separação dos Poderes é a base para a clássica separação tripartite em: Executivo, Legislativo e Judiciário. Sua essência perpetua-se de forma consagrada, já que é imprescindível que exista uma diferenciação das funções. Sem essa distinção, não há como se atingir um “ideal de boa governança, conseqüentemente, não se cria ambiente institucional para racionalização e controle de poder” (ABBOUD, 2021, p. 1478).

Além disso, Bonavides (2017, p. 569) ressalta que

“A concentração seria, sem dúvida, lesiva ao exercício social da liberdade humana em qualquer gênero de organização do Estado. Titular exclusivo dos poderes da soberania na esfera formal da legitimidade, é tão somente a Nação politicamente organizada, sob a égide de um Estado de Direito.”

É um princípio consagrado na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu artigo 16, prevendo que “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”², destacando de forma objetiva a necessidade da separação dos poderes para a vitalidade constitucional. Outros instrumentos constitucionais na ordem internacional também reafirmaram sua essencialidade.

No cenário pátrio, não apenas na CRFB/88 vislumbra-se a presença do princípio tratado, mas desde a Constituição de 1824 já se previa a divisão de poderes, num ambiente não tão avançado constitucionalmente, porém, mesmo assim, a separação dos poderes já era destaque. Como ressalta Bonavides (2017, p. 567), a única Carta que não previu o princípio estudado foi a de 1937, a qual não pode ser considerada propriamente uma Constituição por ser oriunda de um ato de força e sem caráter democrático. E até mesmo a Constituição de 1964, plasmada na ditadura, reconheceu a separação dos poderes.

Na Constituição de 1988, tem previsão no art. 60, § 4º, III, assim como já no artigo 2º da Carta Magna é possível vislumbrar expressamente a separação dos Poderes em

2. UFSM. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, 1789. Disponível em: [www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf]. Acesso em: 20.10.2021.

Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como em outros artigos no decorrer do texto constitucional que abordam e detalham a relação entre esses Poderes (BRASIL, 1988).

Com o desenvolvimento desse princípio e da sociedade, surge uma perspectiva contemporânea a essa teoria. A compreensão desse princípio já não abarca mais uma concepção de isolamento entre os Poderes ao se garantir a independência. Decerto, o histórico de interferência de um poder sobre o outro, ou seja, do abuso de poder, produziu uma busca incessante pela independência, porém, esta não deve ser confundida com um atuar isolado. A sociedade não tem seu perfil engessado, e, seguindo esse mesmo trilhar, os Poderes devem buscar um desenvolvimento adequado para que não incorram numa defasagem.

As esferas da política e do direito estão intimamente ligadas quando se trata de Poderes, seja ele qual for. A política deve ter observância ao direito, do mesmo modo que o direito não pode ser visto alheio à política.

Se o direito, especificamente o direito constitucional, é o norteador de todas as áreas jurídicas e é ele também a bússola para o adequado funcionamento do Estado e das instituições, embora exista não possam ser unidos em um conceito único, são esferas que precisam ser trabalhadas lado a lado.

Nesse panorama, todos os Poderes são corresponsáveis pela vitalidade democrática. O significado de separação é visto como instrumento de organização de atuação e indicador de limitação desse agir.

Nesse sentido, para Silva (2016, p. 111), existiria um conceito contemporâneo menos rígido de separação dos Poderes, sendo preferível batizar de “colaboração de poderes”, tirando aquela ideia de distanciamento na atuação desses Poderes e sim uma concepção de atuação conjunta na busca pelos ideais constitucionais.

Igualmente, concorda-se com o apontamento de Krell (1999, p. 241) quando alerta para a necessidade de um novo olhar sobre o “dogma ‘separação dos poderes’”, por se observar que, na prática, os Poderes Legislativo e Executivo demonstram insuficiente capacidade na garantia das disposições constitucionais por si só. Ainda que parcela da doutrina considere a atuação judicial nesses casos uma afronta ao princípio da separação dos poderes, essa nova perspectiva trabalha com o contexto factual, o qual demanda essa evolução conceitual sobre o princípio num sentido de atuação conjunta.

Apesar de o Judiciário ser o único Poder a não ser composto por membros eleitos diretamente pelo povo, não significa que estes devam manter-se desassociados da política. Cappelletti (1988, p. 90-110) acredita que a concepção de representatividade popular concentrada apenas nos agentes políticos seria uma idealização equivocada, visto que as Cortes de igual modo exercem papel fundamental na representatividade política ao proporcionar um adequado acesso à justiça na perquirição não apenas de direitos individuais, mas de um complexo de direitos que engloba a participação e o controle de políticas públicas.

Outrossim, o STF ocupa destacada posição como uma instituição de defesa dos direitos das minorias contra eventuais maiorias que tentem minar os conceitos democráticos. Dessa maneira, Verbicaro (2019, p. 425) aduz sobre a relevância do Judiciário:

“Ressalte-se a importante atuação do Poder Judiciário como órgão contramajoritário para a proteção das minorias insulares, é dizer, para a proteção dos direitos fundamentais ante o poder opressivo das maiorias eventuais e seu ímpeto faccionista.”

Dahl (2009), de igual modo, mas analisando a realidade americana, acentua sua perspectiva ao sustentar que a Suprema Corte exerce forte influência na “proteção das minorias contra a tirania das maiorias” e que não se pode restringir o desempenho do Judiciário a questões jurídicas exclusivamente, dado que o seu perfil político na tomada de decisões relevantes sobre a política nacional.

Segundo Taylor (2007, p. 229-257), esse viés político do Judiciário, em todo o mundo, é crescente e acaba por ser inevitável não reconhecer o caráter político incorporado pelas Cortes, o qual é alvo de críticas quando atuam de certa forma como legisladores sem eleição. Nas palavras do autor

“[...] é preciso reconhecer a importância dessa função política judicial e mais, sua inevitabilidade. Embora o conceito de separação dos poderes conduza a três instituições claramente distintas, as funções judiciais, legislativas e executivas dessas instituições não são caprichosamente separadas em nítidas caixas institucionais como às vezes supomos.”

Portanto, considerar a clássica ideia do princípio da separação dos poderes juntamente à nova perspectiva e função desse princípio é salutar à evolução da inter-relação entre os Poderes e pautado num aprimoramento dos ideais democráticos.

4. JUDICIÁRIO COMO PODER CONCRETIZADOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS

No período em que se tinha a concepção de separação dos Poderes de forma estrita existia uma preocupação em se assegurar da melhor maneira a vontade da maioria por meio dos legisladores. Contudo, a voz do povo pronunciada por meio dos legisladores era marcada por grupos de força política com reduzido espaço para um controle dessa atuação. Ou seja, a voz do povo era considerada suprema, o que proporcionava ao Legislativo posição de relevo em face dos outros Poderes. Todavia, essa ideia é revista com o sistema de freios e contrapesos, o qual busca impedir excessos e opressões de um poder sobre o outro, especificamente opressões das maiorias contra as minorias (Gargarella, 2013, p. 9).

Com o desenvolvimento desse princípio e da sociedade, surge uma perspectiva contemporânea a essa teoria. A compreensão desse princípio já não abarca mais uma concepção de isolamento entre os Poderes ao garantir a independência. Decerto, o histórico de interferência de um Poder sobre o outro, ou seja, do abuso de poder, produziu uma busca incessante pela independência, porém, não deve ser confundida com um atuar isolado.

A sociedade não tem seu perfil engessado, e, seguindo esse mesmo trilhar, os Poderes devem buscar um desenvolvimento adequado para que não incorra numa defasagem. Surge a necessidade de evolução em seu entendimento, uma necessidade de atuação interligada para que então os ideais constitucionais sejam alcançados.

Sabe-se que esferas da política e do direito estão intimamente ligadas quando se trata de Poderes, seja ele qual for. A política deve ter observância ao direito, do mesmo modo que o direito não pode ser visto como alheio à política. O direito, especificamente o Direito Constitucional, é o norteador de todas as áreas jurídicas, além da bússola para o adequado funcionamento do Estado e das instituições; embora não possam ser unidos em um conceito único, são esferas que precisam ser trabalhadas lado a lado.

Nesse panorama, todos os Poderes são corresponsáveis pela vitalidade democrática. O significado de separação é visto como instrumento de organização de atuação e indicador de limitação desse agir. Diante dessa nova perspectiva da separação dos poderes, com a ideia de colaboração entre si, bem como da observância da presença da política em todas as esferas de Poderes, inclusive no Judiciário, percebe-se que sua atuação não se limita exclusivamente ao julgamento de demandas jurídicas, mas que as Cortes cooperam de maneira significativa na concretização de políticas públicas.

Dahl (2009, p. 41) vislumbra dessa maneira, na perspectiva americana, ao acreditar que é natural que o perfil político de uma Corte seja aflorado diante de uma democracia. Em suas palavras sobre a Suprema Corte, ele afirma que

“Ela é parte essencial da liderança política e possui algumas alianças próprias de poder das quais a mais importante é a legitimidade singular atribuída às suas interpretações da Constituição.”

No panorama brasileiro, Cortez (2020) explica que a interferência judicial é mais evidente e aceita socialmente quando há omissão ou falha nas políticas públicas exercidas pelos outros Poderes. Sendo assim, o Poder Judiciário tem sua atuação realçada quando há desrespeito aos direitos fundamentais.

No mesmo sentido, Verbicaro (2019, p. 402) entende que deve ser vista como excepcional a intervenção judicial em políticas públicas, mas que, em face a um cenário de inobservância de preceitos fundamentais, o Judiciário se torna legítimo a atuar. Portanto,

“O Poder Judiciário, por ausência de legitimidade e, em virtude da própria lógica democrática, não é o poder institucionalmente autorizado a ser o *locus* de elaboração e/

ou afirmação de políticas públicas. Não é atribuição das cortes, portanto, perseguir ou implementar políticas públicas, exceto quando as questões políticas tenham sido inseridas na legislação ou quando afetam de forma não razoável a realização de princípios, direitos e valores previstos na Constituição. Nesse contexto, estabelece-se um espaço (legítimo) para a discussão de questões políticas por parte do Judiciário.”

Observa-se, dessa maneira, que agir na concretização de políticas públicas não deve ser a função precípua do Judiciário, o qual deve se atentar a possíveis excessos que possivelmente possa cometer em seu exercício. O equilíbrio de sua atuação que deve ter seus limites definidos é a chave para que se evite abusos. Porém, diante de flagrante desrespeito ou omissão, sua legitimidade é assegurada.

Alinhado a isso e visando uma melhor efetivação de políticas públicas, uma solução que se traz à baliza é o diálogo institucional. É preciso que os Poderes se vejam como uma equipe, em um ambiente colaborativo, um auxiliando o outro, até porque a finalidade é a mesma, a busca pelo melhor cumprimento dos mandamentos constitucionais.

Sobre o diálogo entre os Poderes, Abboud (2021, p. 646) adverte que é de suma importância para o bem-estar democrático, tendo em vista que o princípio da separação dos Poderes não deve ser interpretado como um isolamento na atuação entre os Poderes e sim estar relacionado a uma ideia de colaboração por meios do diálogo. E explica que existem mecanismos para uma melhor concretização, quando cita em sua obra os apontamentos de Mendes (1992, p. 482) sobre o chamado “apelo ao legislador (Appellentscheidung)”, o qual trata-se de um mecanismo em que a Corte informa ao Legislativo que determinado dispositivo poderá ser reconhecido como inconstitucional, em razão de uma adversidade posterior, que pode ter caráter fático ou jurídico, apresentando a conjuntura ao Parlamento para que esse tenha a possibilidade de sanar essa inconstitucionalidade.

Ao utilizar dessa técnica, o Judiciário proporciona um diálogo com o Legislativo para o fim comum, que é a higidez constitucional, ao mesmo tempo em que proporciona posição de destaque ao legislador, ao torná-lo mais atuante no exercício do controle de constitucionalidade. Além disso, sobre o controle de constitucionalidade, o qual é classificado em prévio e repressiva, para Abboud (2021, p. 647), haveria um peso negativo ao utilizar a expressão “repressivo”, pois promove a ideia de repressão de um Poder sobre outro, o que não é verdade, dado que o sentido que se almeja é de Poderes unidos por um objetivo comum: o cumprimento dos ideais constitucionais.

A mesma concepção de que seja feito uma atuação em conjunto de todos os Poderes e da sociedade é sustentada por Vieira (2018, p. 130) quando expõe que

“À Justiça, no entanto, não pode ser atribuída a função fundamental de garantir, sozinha, o bom desempenho ou a eficácia da constituição. A eficácia de grande parte das disposições de uma constituição depende da pressão da sociedade, da ação política e de atos de governo. É necessário aprovar leis, cobrar tributos, construir escolas. Ao mesmo tempo há que se cuidar para que a ação do governo não se dê de forma arbitrária e abusiva, em detrimento dos mais vulneráveis. Daí a ‘instrução’ de Holmes, que

em muito se assemelha de Rousseau, de que a eficácia da constituição democrática depende sobretudo da organização política dos governados para que os governantes deem a devida atenção aos seus direitos e se conduzam em conformidade com os limites estabelecidos pela constituição.”

Em sua obra sobre a relação do diálogo institucional e o controle de constitucionalidade, Victor (2015, p. 219-254) salienta que para que haja avanços é preciso que os Poderes Legislativo e Executivo vislumbrem essa necessidade de diálogo institucional e o potencial que essa nova visão pode proporcionar. Ao lado disso, a academia também deve aprofundar seus estudos sobre essas questões e apresentar seus resultados aos membros dos Poderes.

Victor (2015, p. 219-254) segue e acredita que o diálogo institucional ressalta os preceitos democráticos do sistema entre política e direito, tendo em vista que a atuação judicial não é prejudicada e, ao mesmo tempo, a participação dos atores políticos eleitos é fomentada na tomada de decisões que englobem direitos fundamentais e realização de políticas públicas. Concorda-se quando afirma que,

diálogo institucional, com a efetiva participação dos demais Poderes no processo de interpretação constitucional, tem tudo para contribuir decisivamente para a construção de significados constitucionais mais ricos e capazes de enfrentar os desafios que o país tem pela frente.”

Sendo assim, compreende-se que o princípio da separação dos Poderes deve ser visto como um preceito de divisão e colaboração entre os Poderes e não de uma maneira mecânica e isolada. E, dessa forma, na presença de graves lesões a direitos fundamentais na concretização de políticas públicas, o Judiciário se torna apto a atuar, seja por conta de uma omissão dos outros Poderes ou até mesmo a insuficiência, o que ressalta ainda mais essa ideia de cooperação.

Embora a relação entre os Poderes possa ser vista como uma constante tensão, a conscientização da necessidade do diálogo é a melhor alternativa. Um diálogo que não se restringe apenas aos membros dos Poderes, mas que envolve também o papel da sociedade nessa ligação. Afinal, a democracia é composta pela participação efetiva de todos e, quanto mais empenho se tem por esse objetivo, melhores serão os resultados para todos.

5. CONCLUSÃO

Compreender essa nova perspectiva do princípio da separação dos Poderes de uma maneira positiva, desde que respeitados os limites razoáveis de atuação do Judiciário, é de grande valia para a sociedade e para os outros Poderes, Executivo e Legislativo.

A partir da conscientização de que todos exercem suas funções por uma mesma finalidade, é amenizado o entendimento equivocado de que isolamento representa

independência. Pelo contrário, a independência que a Constituição busca é apenas no sentido de limitar o abuso de poder, onde o real sentido de separação de Poderes é guiado pela cooperação entre si.

Ao estabelecer-se a concepção de um diálogo institucional, soluções para as necessidades do Estado e de seu povo podem ser alcançadas de maneira mais eficaz. De igual modo, a inter-relação entre os Poderes, que é marcada pelo tensionamento, quando plasmada pelo diálogo, fortalece as instituições e a própria democracia.

Esse é o jogo democrático, essa é a separação dos Poderes, que, embora independentes, devem atuar harmonicamente e conjuntamente. Todos com um único fim, a manutenção do Estado Democrático de Direito.

6. REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. *Direito Constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Idesp: Editora Sumaré: Fapesp: Educ, 1997.
- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Indicações presidenciais para o Supremo Tribunal Federal e suas finalidades políticas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 255, p. 115-143, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: [luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf]. Acesso em: 29.04.2022.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.
- CORTEZ, Luiz Francisco Aguilar. *O judiciário e as políticas públicas no combate à pandemia*. Disponível em: [www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/cj_n55_1.1_judiciário%20e%20as%20pol%C3%ADticas%20públicas.pdf?d=637364808902431992]. Acesso em: 05.05.2022.
- COSTA, Alexandre Araújo. *O poder constituinte e o paradoxo da soberania limitada*. Disponível em: [www.academia.edu/4848587/O_PODER_CONSTITUINTE_E_O_PARADOXO_DA_SOBERANIA_LIMITADA_Revista_Teoria_and_Sociedade_19_1_]. Acesso em: 18.04.2022.
- DAHL, Robert A. *Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como entidade formuladora de políticas nacionais*. Disponível em: [bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7954]. Acesso em: 10.01.2022.

- GARGARELLA, Roberto. *El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de frenos y contrapesos*. Disponível em: [www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf]. Acesso em: 23.08.2022.
- HIRSCHL, Ran. *As origens e consequências do novo constitucionalismo*. Trad. Amauri Feres Saad. Londrina, PR: Editora E.D.A. – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020.
- KRELL, Andreas. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. Disponível em: [www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/545]. Acesso em: 18.04.2022.
- LUNARDI, Fabrício Castagna. *O STF na política e a política no STF*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf]. Acesso em: 15.07.2021.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O apelo ao legislador: *apellentscheidung*: na práxis da Corte Constitucional Federal alemã. *Revista de informação legislativa*, v. 29, n. 114, p. 473-502, abr./jun. 1992.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiro, 2016.
- TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229 a 257, 2007.
- VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP).
- VIEIRA, Oscar, Vilhena. *A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

Legislação

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 1988.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Constitucional

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A separação de poderes no Brasil hoje, de Maurílio Casas Maia – *RDCI* 104/15-36;
- Limites ao ativismo judicial em políticas públicas, de Luiz Fernando Arantes Paulo – *RAI* 22/251-271; e
- O controle judicial de políticas públicas e a máxima efetividade dos direitos fundamentais sociais por meio de técnicas estruturais, de Luana Steffens – *RT* 1027/155-177.

UMA BREVE INVESTIGAÇÃO SOBRE O REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS (RICD), A LEI DOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE (LEI 1.079/1950) E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

A BRIEF INVESTIGATION ON THE INTERNAL RULES OF THE CHAMBER OF DEPUTIES (RICD), THE RESPONSIBILITY CRIMES STATUTE (LAW 1,079/1950) AND THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988 IN THE PRECEDENTS OF THE SUPREME FEDERAL COURT (STF)

RODRIGO MARCHETTI RIBEIRO

Estudante de Direito da Universidade de São Paulo, com dupla-titulação pela *Université Lumière Lyon 2*.

Orcid: [orcid.org/0000-0002-4333-9376].

Lattes: [lattes.cnpq.br/8215776395166183].

rodrigomr99@usp.br

ÁREAS DO DIREITO: Constitucional; Processual; Administrativo

RESUMO: O presente artigo tem como objeto discutir as relações entre o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, a Lei 1.079/1950 e a Constituição Federal de 1988, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, a pesquisa apresentada empreende um levantamento de jurisprudência, buscando destacar a trajetória até o momento presente, qual seja, a suposta competência do Presidente da Câmara dos Deputados de não dar qualquer andamento às denúncias recebidas, que é entendida pelo STF como uma questão *interna corporis* à Câmara dos Deputados. A conclusão do artigo é dúplce: (1) que o momento presente é explicável, à luz da trajetória das relações RICD, CF, e Lei dos Crimes de Responsabilidade na jurisprudência do STF; (2) que, à luz da jurisprudência do STF sobre

ABSTRACT: This article aims to discuss the relationship between the Internal Regulations of the Chamber of Deputies, the Law 1.079/1950 and the Federal Constitution of 1988, in light of the jurisprudence of the Supreme Federal Court. Therefore, the research presented undertakes a survey of Court's precedents, seeking to highlight the trajectory up to the present moment, that is, the supposed competence of the President of the Chamber of Deputies not to give any progress to the impeachment complaints received, which is understood by the STF as an issue *interna corporis* to the Chamber of Deputies. The article's conclusion is twofold: (1) that the present moment is explainable, considering the trajectory of the RICD, CF, and Liability Crimes Law in the STF's precedents; (2) that, in light of

comissões parlamentares de inquérito e do ordenamento jurídico brasileiro, o STF poderia dar interpretação diversa da que vem dando à questão.

PALAVRAS-CHAVE: Crime de responsabilidade – *Impeachment* – Câmara dos Deputados – Presidente da República – Supremo Tribunal Federal.

the STF's precedents on parliamentary inquires committees and the Brazilian legal system, the STF could give a different interpretation from the one it has been giving to the issue.

KEYWORDS: Liability crime – Impeachment – Chamber of Deputies – President – Supreme Federal Court.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Problema enfrentado: as competências do Presidente da Câmara dos Deputados. 3. Explanção metodológica. 4. Desenvolvimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto. 4.1. Apresentação do corpus de dados encontrado e considerações preliminares com base no conjunto. Apresentação da evolução da jurisprudência. 4.1.1. Anos 1990. 4.1.2. Anos 2000 e 2010: recurso para o plenário. 4.1.3. Impeachment da Presidente Dilma Rousseff. 4.1.4. 2017 em diante (momento presente). 5. Considerações sobre a jurisprudência. 6. O problema da jurisprudência no caso de *impeachment*, à luz da jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal no caso de Comissões Parlamentares de Inquérito não instauradas, malgrado o adimplemento das disposições constitucionais sobre a matéria. 7. Conclusão. 8. Referências. Documentos consultados. Legislação. Jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

Não¹ há como se rejeitar, como mera hipérbole, a afirmação de que a vida constitucional brasileira pós-1988 é marcada pelo instituto jurídico dos crimes de responsabilidade (i.e., do *impeachment*).² Com efeito, após a promulgação da Constituição Federal (CF), em 1988, houve dois *impeachments* – o segundo, talvez, transformando o instituto³ – e ora se discute, seriamente, a possibilidade de um terceiro. Sem embargo da importância da matéria para a vida política recente, a normatização de tal matéria, malgrado o que poderia parecer para um desavisado, não é (*na sua maioria*) um produto pós-1988,

1. O presente artigo é uma expansão de argumentos originalmente apresentados em outro texto, a saber: A mora na apreciação dos pedidos de *impeachment*, *Estadão (blog)*, 2021.
2. Sobre crimes de responsabilidade e *impeachment*, ver, genericamente: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021. p. 452-458; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 556-558; MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 511-523; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 983-988; TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 1089-1102.
3. Virgílio Afonso da Silva aventa a hipótese de um *impeachment* mais brando após o *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff em *Direito constitucional brasileiro*, p. 458.

RIBEIRO, Rodrigo Marchetti. Uma breve investigação sobre o regimento interno da câmara dos deputados (RICD), a Lei dos Crimes de Responsabilidade (Lei 1.079/1950) e a Constituição Federal de 1988 na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

mas sim, pelo contrário, é bastante antiga e foi recepcionada, em partes, pelo ordenamento constitucional atual⁴; e, tampouco, se limita à Lei 1.079/1950 (Lei dos Crimes de Responsabilidade), mas é constituída, também, por julgados constitucionais, precedentes, regimentos internos etc., que foram aquela parcela do ordenamento jurídico que o jurista que esteja lidando com o *impeachment* deve necessariamente se debruçar. De todo este conjunto de normas, porém, sobressaem, na atual conjuntura, pela sua importância, as disposições do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD) concernentes aos crimes de responsabilidade e sua problemática relação com a Lei dos Crimes de Responsabilidade e com a Constituição Federal de 1988. Faz-se imperativo, portanto, compreender juridicamente o problema ora enfrentado, bem como, para a *eventual* proposição de soluções, qual a perspectiva dominante sobre as relações entre o RICD e a CF quando a matéria é crime de responsabilidade, qual seja, para a discussão do presente artigo, a perspectiva da Supremo Tribunal Federal (STF).

2. PROBLEMA ENFRENTADO: AS COMPETÊNCIAS DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

A Constituição Federal de 1988 inovou substancialmente a questão dos crimes de responsabilidade e do *impeachment* em relação à Constituição de 1946. Em seu art. 51, I, a CF/1988 dispôs ser competência da Câmara dos Deputados autorizar a instauração de “processo” contra o Presidente da República. Antes de mais nada, é necessário rejeitar tal redação⁵ como *in toto* inoportuna. Explico. Dado que os processos são diversos (cíveis, penais, trabalhistas etc.), a disposição, em uma interpretação literal, dá a entender que, mesmo um processo, e.g., cível contra o Presidente da República (e.g., que diga respeito a um contrato de locação), totalmente estranho a sua vida pública, necessitaria de autorização da Câmara dos Deputados. Se é de se rejeitar tal interpretação, em toda a sua literalidade (afinal, isso não teria qualquer razão de ser), então a disposição citada só se torna cognoscível à luz do art. 86 da CF, que, em complementação ao art. 51, I, dispõe que tal admissão de “acusação” (são as palavras do art. 86) diz respeito aos crimes de responsabilidade e às infrações penais comuns. Os primeiros são julgados pelo Senado Federal que, neste caso, atua como “órgão judiciário” e os segundos pelo STF, que já é um órgão

4. Sobre isso, ver STF; Mandado de Segurança 20.941/DF, Rel. Ministro Aldir Passarinho, Rel. para acórdão Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 09.02.1990, *DJe* 31.08.1992; STF; Mandado de Segurança 21.564/DF, Rel. Ministro Octavio Galloti, Redator do acórdão Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 23.09.1992, *DJe* 27.08.1993 e STF; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 378 Medida cautelar, Rel. Ministro Edson Fachin, Redator do acórdão Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 17.12.2015, *DJe* 08.03.2016.
5. A redação do art. 51, I, da CF/1988, *in verbis*: “Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados: I - autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado”.

RIBEIRO, Rodrigo Marchetti. Uma breve investigação sobre o regimento interno da câmara dos deputados (RICD), a Lei dos Crimes de Responsabilidade (Lei 1.079/1950) e a Constituição Federal de 1988 na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

Revista de Direito Constitucional e Internacional. vol. 134. ano 30. p. 109-131. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2022.

judiciário.⁶ Para efeitos de comparação, podemos nos remeter ao texto da Constituição de 1946. Neste vetusto diploma legal, a Câmara dos Deputados pronunciava-se sobre a acusação, declarando-a procedente ou improcedente e, no caso de procedência, o Presidente seria processado, nos crimes comuns, perante o STF e, no caso dos crimes de responsabilidade, perante o Senado Federal (art. 88). A redação do art. 59, I, que dispunha sobre a competência da Câmara dos Deputados nestes casos (análoga, pois, ao art. 51, I, da CF/1988), por fazer remissão expressa ao art. 88, era – seguramente – mais oportuna.

Ocorre, porém, que, como foi dito no parágrafo antecedente, a Constituição Federal de 1988 inovou a matéria. Enquanto, sob a égide da Constituição de 1946, a Câmara dos Deputados funcionava como tribunal de pronúncia e, pois, era aplicável, *in toto*, o regimento da Lei dos Crimes de Responsabilidade, a CF/1988, quando substituiu tal juízo de pronúncia por uma mera autorização, acabou por não recepcionar parte das normas dispostas na citada Lei. O Supremo Tribunal Federal disse, em ocasiões anteriores, quais os trechos foram não recepcionados⁷, mas, apesar de tais julgamentos, partes da Lei dos Crimes de Responsabilidade que foram, segundo o Supremo, recepcionadas (ou, quando menos, não consideradas como não recepcionadas)⁸, não são aplicadas, tendo sido substituídas, na prática, por outras normas.

Neste sentido, de se notar que a CF/1988, além de estatuir a existência dos crimes de responsabilidade e os principais bens jurídicos por eles tutelados (de modo não exaustivo), dispõe que a definição dos delitos, as normas de processo e julgamento serão definidas em lei especial, qual seja, na falta de tal lei editada na vigência da CF/1988, evidentemente, a Lei dos Crimes de Responsabilidade. Porém, apesar de o art. 19 da Lei dos

6. Aqui há de se fazer um excursão: a CF/1988 não diz, nem em seu art. 52, nem em seu art. 86, que o Senado Federal atue como órgão judiciário, ainda que o próprio Senado o faça em seu regimento interno (arts. 377 a 382 do Regimento Interno do Senado Federal (RISF)). Tal interpretação, portanto, parece assentada (1) em uma noção de que apenas um órgão judiciário poderia estabelecer uma norma individual sancionatória, o que, no fundo, não tem razão de ser. Não é uma necessidade, nem uma realidade, do Direito que somente tribunais apliquem o Direito; e, principalmente, (2) no fato de que a Lei dos Crimes de Responsabilidade, em seus arts. 34, 35 e 80, fala em sentença e pelos senadores funcionarem como juízes e em tribunal o que claramente indica que, neste caso, o Senado atua como órgão judiciário (ou seja, isso decorre da Lei e não da Constituição de 1988). Não há, porém – e isto é importante que fique claro –, qualquer motivo para ter de, necessariamente, ser assim, seja à luz do ordenamento constitucional, seja à luz da Teoria Geral do Direito. Comparativamente, no ordenamento constitucional da Constituição de 1946 havia motivo para se tratar o Senado Federal como órgão judiciário, no caso de crime de responsabilidade, posto que o art. 62, § 2º, dispunha que o Senado poderia proferir sentença condenatória. Se a sentença é ato específico de um órgão judiciário, então o Senado é, aqui, órgão judiciário. Sobre o critério de classificação de normas, ver BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016. p. 175-181.

7. Vide nota 4.

8. Notadamente, para o que interessa aqui, o art. 19 da Lei dos Crimes de Responsabilidade, que foi considerado, pelo Supremo, como recepcionado pela CF/1988.

Crimes de Responsabilidade ter sido recepcionado pela CF/1988, e, portanto, existir, a princípio, um prazo legal de uma sessão para que o Presidente da Câmara dos Deputados despache a denúncia recebida, neste ponto, aplica-se não a Lei dos Crimes de Responsabilidade, mas sim o RICD.⁹ Como, todavia, o RICD não dispõe qualquer prazo para que o Presidente despache as denúncias a ele apresentadas, então afirma-se que o Presidente tem a competência de despachar tais pedidos no momento em que considerar oportuno (do ponto de vista político e jurídico), funcionando, assim, como um freio, a priori, juridicamente inatacável contra pedidos de *impeachment* (quando o Presidente da Câmara e da República são aliados). Tal suposta competência é a questão mais presente e candente concernente aos crimes de responsabilidade.

Como o Supremo vê e tende a ver tal competência, se isso é algo historicamente recente ou que aparece desde sempre para o Supremo, se isso tem razão de ser, são as questões que o levantamento de jurisprudência ora empreendido pretende esclarecer.

3. EXPLANAÇÃO METODOLÓGICA

Esclarecido o problema que se enfrenta no momento presente, cumpre salientar que o esforço de pesquisa ora apresentado é um levantamento de jurisprudência constitucional, no sítio eletrônico do STF, usando o próprio sistema de pesquisa do Tribunal, qual seja, mecanismo de busca com operadores lógico-booleanos. Em outros termos, mais simples, cuida-se de pesquisa por meio de palavras-chave, intercaladas por operadores lógicos. Ademais, para tornar o levantamento de jurisprudência completo e coerente com o que dele se espera (i.e., encontrar a linha evolutiva da jurisprudência constitucional) quando os julgados faziam referência a um julgado anterior, que não apareceu no mecanismo de busca do Tribunal, tal julgado também foi buscado para integrar o *corpus* de dados que ora se apresenta.

9. Apenas por uma questão de clareza, imperativo notar que há uma diferença fundamental entre o art. 19 da Lei dos Crimes de Responsabilidade (*in verbis*: “Art. 19. *Recebida a denúncia, será lida no expediente da sessão seguinte e despachada a uma comissão especial eleita, da qual participem, observada a respectiva proporção, representantes de todos os partidos para opinar sobre a mesma*” [g.n.]) e art. 218, § 2º, do RICD (*in verbis*: “Art. 218 [...] § 2º *Recebida a denúncia pelo Presidente, verificada a existência dos requisitos de que trata o parágrafo anterior, será lida no expediente da sessão seguinte e despachada à Comissão Especial eleita, da qual participem, observada a respectiva proporção, representantes de todos os Partidos*” [g.n.]), qual seja, uma etapa extra entre o recebimento da denúncia e o ato de dar um despacho a respeito. Etapa esta que não tem prazo para ocorrer.

4. DESENVOLVIMENTO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O ASSUNTO

4.1. Apresentação do corpus de dados encontrado e considerações preliminares com base no conjunto

Foram encontrados 26 julgados, uma súmula e uma súmula vinculante (ou seja, 27 documentos) relevantes para o tema discutido, distribuídos ao longo de quatro décadas, da seguinte forma:

Figura 1



Fonte: do autor.

Figura 2



Fonte: do autor.

Da leitura de tal distribuição dos documentos ao longo do tempo, duas questões ficam evidentes e outras podem ser conjecturadas:

(1) *A discussão a respeito dos três diplomas legais citados (CF, RICD e Lei dos Crimes de Reponsabilidade), simultaneamente, não é uma constante na pauta do Tribunal*, mas sim algo que aparece esporadicamente e com poucos casos por ano (com uma média de, aproximadamente, 0,9 casos por ano no período analisado);

(2) *Em períodos de turbulência política, em que o impeachment se torna uma possibilidade real no cenário político, o número de casos a este respeito tende a aumentar no Tribunal*. Isto é, ao que tudo indica, é como reflexo do escândalo do mensalão, em 2005, que o Supremo julgou dois casos sobre o RICD e a Lei dos Crimes de Responsabilidade em 2006 (um número de casos por ano, até então, inédito). Nesta mesma lógica, é em razão da conjugação entre a disputada eleição presidencial de 2014, a crise econômica e política, o escândalo da Operação Lava-Jato e outros fatores não listados aqui que o Supremo julgou cinco casos a respeito do tema do tema em 2015 (número que, também, foi inédito na ocasião).¹⁰ Os números de 2016 e 2017 se justificam, neste diapasão, pela subsequente turbulência política no Governo Temer. Mesmo o caso Collor pode ser pensado desta forma, isto é, ainda que o Supremo tenha julgado um caso em 1990 e um caso em 1992 (este relacionado ao *impeachment* do Presidente Collor), a média de casos julgados por ano na década de 1990 (0,2 casos/ano) era muito menor do que a mesma média para todo o período analisado (0,9 casos/ano);

(3) *O aumento de casos julgados por ano ao longo do tempo, demonstrado nas figuras 1 e 2¹¹, pode ser indicativo da ocorrência do fenômeno de judicialização da política¹², uma vez que implica que atores sociais recorreram ao Supremo com questões ligadas ao impeachment e ao RICD.*

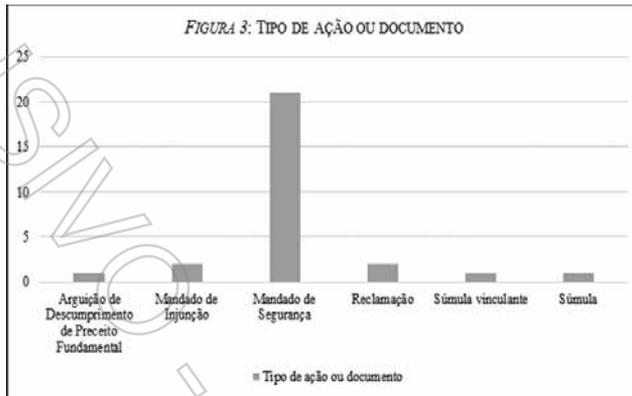
Superadas tais questões, cumpre ainda mencionar, a respeito dos dados apresentados, que se tratam, majoritariamente, de decisões monocráticas, em mandados de segurança. As figuras 3 e 4 apresentam o quadro completo:

10. É de se mencionar que foram vários os pedidos de *impeachment* apresentados em 2015, o que, por óbvio, colocou a questão na ordem do dia.
11. Se o número de casos fosse constante ao longo do tempo, a média deveria ter se mantido constante e não feito o movimento de queda e ascensão que se mostra no gráfico.
12. Sobre o assunto: FILHO, Orlando Villas Bôas. A judicialização da política como instrumento de contenção da degradação populista da legitimidade democrática. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 115, p. 273-312, 2020.

RIBEIRO, Rodrigo Marchetti. Uma breve investigação sobre o regimento interno da câmara dos deputados (RICD), a Lei dos Crimes de Responsabilidade (Lei 1.079/1950) e a Constituição Federal de 1988 na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

Revista de Direito Constitucional e Internacional. vol. 134. ano 30. p. 109-131. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2022.

Figura 3



Fonte: do autor.

Figura 4



Fonte: do autor.

Apresentação da evolução da jurisprudência

4.1.1. Anos 1990

Na década de 1990, como foi afirmado supra, foram encontrados apenas dois julgados que versam, simultaneamente, sobre a Lei dos Crimes de Responsabilidade, o RICD e a CF. Tais julgados, porém, não definiram ou se debruçaram sobre questões ligadas especificamente a estas normas (e sua autoevidente relação com a Constituição), mas sim, na realidade, apresentaram um caráter mais geral. No Mandado de Segurança 20.941/DF¹³, o Supremo entendeu

13. STF, Mandado de Segurança 20.941/DF, Rel. Ministro Aldir Passarinho, Rel. para acórdão Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 09.02.1990, DJe 31.08.1992.

que o papel da Câmara dos Deputados, no processo de *impeachment*, na CF/1988, é diferente daquele que a Câmara tinha nas outras constituições brasileiras. Sem embargo, os votos vencedores não estabeleceram acordo a respeito da recepção ou não, pela CF/1988, da parte procedimental que diz respeito à Câmara dos Deputados da Lei dos Crimes de Responsabilidade (e, portanto, a questão da relação entre a Lei e o RICD restou não decidida)¹⁴. Além disso, o Supremo entendeu, de forma não unânime (há quem tenha entendido que o Supremo não tem papel nenhum nos processos de *impeachment*), em uma questão preliminar, que o processo de *impeachment*, na sua instauração (i.e., na decisão sobre a sua instauração) e na sua decisão, é de natureza política e, neste sentido, insuscetível de controle judicial (o papel do Judiciário, portanto, se limita a verificar a regular tramitação do processo). Nesta mesma lógica, o Supremo manifestou-se, ainda, no sentido de que o exame realizado pelo Presidente da Câmara não é de natureza meramente formal, mas pode se estender para a aptidão e justa causa (e – é necessário acrescentar – para a conveniência política, uma vez que tal decisão também é insuscetível de qualquer forma de controle, excetuado o do Plenário da Câmara).

Todavia, em 1992, em um mandado de segurança, impetrado pelo próprio Fernando Collor, o Supremo acabou sendo forçado a esclarecer melhor alguns dos pontos do julgado de 1990. Isto é, o Supremo teve de esclarecer o que é a natureza política do juízo de admissibilidade, feito pela Câmara dos Deputados, no processo de *impeachment*. Neste diapasão, o que ficou definido foi que a autorização da Câmara é um juízo, simultaneamente, de admissibilidade e político, em que a Câmara avalia a razoabilidade e pertinência da acusação que pende contra o Presidente, mas não mais funciona como tribunal de pronúncia, nos termos do art. 80 da Lei 1.079/1950¹⁵, isto é, não acusa o Presidente (tal papel cabe, no ordenamento de 1988, segundo o STF, ao Senado, que é quem aceita ou não a acusação, formula a acusação contra o Presidente e o julga).¹⁶

É evidente que este segundo julgado é bastante confuso, no que tange a Câmara dos Deputados. Se se admitir como pressuposto que o Supremo trabalhou, na ocasião, com uma clivagem entre o que é político e o que é jurídico, então é nítido o esforço de caracterizar o que acontece na Câmara dos Deputados como político. Por outro lado, porém, discutir

“[...] se a acusação é consistente, se tem ela base em alegações e fundamentos plausíveis, ou se a notícia do fato reprovável tem razoável procedência, não sendo a acusação simplesmente fruto de quizílias ou desavenças políticas. Por isso, será na esfera institucional do Senado, que processa e julga o Presidente da República, nos crimes de responsabilidade, que este poderá promover as indagações probatórias admissíveis.”¹⁷

14. Evidente que, se a lei tivesse sido, nesta ocasião, considerada inconstitucional, valeria o RICD como única norma válida aplicável ao caso. Sem embargo, o § único do art. 85 da CF/88 claramente fala em lei, não resolução.
15. Evidente que, nesse sentido, o art. 80 deve ser considerado inconstitucional.
16. STF, Mandado de Segurança 21.564/DF, Rel. Ministro Octavio Galloti, Redator do acórdão Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 23.09.1992, *DJe* 27.08.1993.
17. *Idem*.

RIBEIRO, Rodrigo Marchetti. Uma breve investigação sobre o regimento interno da câmara dos deputados (RICD), a Lei dos Crimes de Responsabilidade (Lei 1.079/1950) e a Constituição Federal de 1988 na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

Revista de Direito Constitucional e Internacional. vol. 134. ano 30. p. 109-131. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2022.

É, evidentemente, discutir questões jurídicas. Ou seja, a questão “qual a natureza do juízo de admissibilidade proferido pela Câmara dos Deputados? Político ou jurídico?” não foi satisfatoriamente resolvida neste julgamento.

Antes de avançar para o próximo ponto é de se salientar que, em 2011, o Supremo afirmou, novamente, que a análise do Presidente da Câmara dos Deputados não é meramente burocrática e que o mandado de segurança serve para acompanhar o regular processamento da denúncia.¹⁸

4.1.2. Anos 2000 e 2010: recurso para o plenário

Nos anos 2000 e 2010, a questão que apareceu no Supremo, a partir de 2006, dizia respeito ao recurso ao Plenário previsto no RICD em caso de indeferimento da denúncia apresentada, pelo Presidente da Câmara dos Deputados (§ 3º do art. 218). Em todos os casos, o Supremo entendeu que ainda que todo cidadão possa formular uma denúncia contra o Presidente da República, o recurso é uma questão *interna corporis* da Câmara, sendo aceitável que seja tratado como iniciativa (o argumento da Câmara dos Deputados à época) e, portanto, sua proposição seja de competência apenas de Deputados Federais (e, não, do cidadão que apresenta a denúncia).¹⁹ Em 2014, no mesmo diapasão, o Ministro Ricardo Lewandowski afirmou (em um julgamento bastante ilustrativo sobre a posição do STF na matéria) que

“[...] não há falar, como visto, em direito líquido e certo em ter o pedido de abertura de processo de *impeachment* contra a Presidente da República apreciado pelo Plenário da Câmara dos Deputados. [...] Dessa forma, ainda que não haja uma distinção explícita, no art. 218, § 3º, da RICD, sobre quem está autorizado a recorrer da decisão que rejeita denúncia feita perante o Plenário da Câmara dos Deputados, a Lei 1.079/1950 prevê tão somente a possibilidade de qualquer cidadão formular a denúncia, não dispondo acerca de qualquer recurso contra a decisão que for contrária às suas pretensões.”²⁰

18. STF, Mandado de Segurança 30.672/DF Agravo regimental, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 15.09.2011, *DJe* 18.10.2011; STF, Mandado de Segurança 30.672/DF, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, julgado em 30.06.2011, *DJe* 02.08.2011.
19. STF, Mandado de Segurança 25.798/DF, Rel. Ministro Nelson Jobim, decisão monocrática, julgado em 26.01.2006, *DJe* 03.02.2006; STF, Mandado de Segurança 26.062/DF, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, decisão monocrática, julgado em 02.04.2007, *DJe* 12.04.2007; STF, Mandado de Segurança 26.062/DF Agravo regimental, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 10.03.2008, *DJe* 03.04.2008; STF, Mandado de Segurança 26.074/DF, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, decisão monocrática, julgado em 06.09.2006, *DJe* 13.09.2006. Julgados posteriores no mesmo sentido: STF, Mandado de Segurança 35.558/DF Medida cautelar, Rel. Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, julgado em 28.04.2015, *DJe* 04.05.2015.
20. STF, Mandado de Segurança 32.930/MT, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, julgado em 11.06.2014, *DJe* 16.06.2014.

RIBEIRO, Rodrigo Marchetti. Uma breve investigação sobre o regimento interno da câmara dos deputados (RICD), a Lei dos Crimes de Responsabilidade (Lei 1.079/1950) e a Constituição Federal de 1988 na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

4.1.3. *Impeachment da Presidente Dilma Rousseff*

Em 2015, por ocasião do processo das denúncias de crime de responsabilidade que pairavam sobre a Presidente Dilma Rousseff e processamento da denúncia que a levou à perda do mandato, os julgados que versam sobre o RICD, a Lei dos Crimes de Responsabilidade e CF se afastaram da questão do recurso e voltaram a discutir questões mais genéricas e centrais (ainda que exista toda uma linha de interferência mínima que se sustenta). Em 2015, o Presidente da Câmara dos Deputados, Deputado Eduardo Cunha, em resposta à questão de ordem 105, formulou uma decisão da Presidência da Câmara dos Deputados normatizando procedimentos a respeito do processamento de crimes de responsabilidade na Câmara dos Deputados.²¹ Uma vez que o processo de resposta à questão de ordem não é equivalente à edição de uma resolução e que há disposição constitucional (art. 85, parágrafo único) que determina que o processo de processamento de crimes de responsabilidade se regula por meio de lei, editada para tanto, o Supremo entendeu que havia o *fumus bonus iuris* e o *periculum in mora* e concedeu uma medida cautelar para suspender os efeitos da decisão.²² Dado que ela foi posteriormente revogada, nunca sobreveio o pronunciamento de mérito sobre a decisão.²³ Evidente, entretanto, que ela estava alicerçada na Súmula Vinculante 46 do STF, resultado da conversão da Súmula 722.²⁴ Por outro lado, o Supremo entendeu que questões relativas à forma de votação²⁵ e interpretação do RICD²⁶⁻²⁷ são *interna corporis* à Câmara dos Deputados.

O julgado mais importante do *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff é, porém, seguramente, aquele proferido na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 378. Neste julgado, o Supremo pautou-se pela necessidade de seguir aquilo que havia sido firmado no caso Collor, o que implica, evidentemente, que a admissibilidade julgada

21. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Decisão da Presidência Questão de ordem 105, de 24 de setembro de 2015. Responde a questionamentos relacionados ao recebimento e à análise de denúncias em desfavor da Presidente da República pela suposta prática de crimes de responsabilidade. Diário da Câmara dos Deputados: Suplemento, Brasília, DF, 25.09.2015.
22. STF, Reclamação 22.124/DF Medida cautelar, Rel. Ministra Rosa Weber, decisão monocrática, julgado em 13.10.2015, *DJe* 15.10.2015.
23. STF, Reclamação 22.124/DF, Rel. Ministra Rosa Weber, decisão monocrática, julgado em 04.12.2015, *DJe* 10.12.2015.
24. STF, Súmula vinculante 46, Sessão Plenária, aprovado em 09.04.2015; *DJe* 17.04.2015; STF, Súmula 722, Sessão Plenária, aprovado em 26.11.2003, *DJe* 11.12.2003.
25. STF, Mandado de Segurança 34.181/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, decisão monocrática, julgado em 06.05.2016, *DJe* 11.05.2016.
26. STF, Mandado de Segurança 34.115/DF, Rel. Ministro Edson Fachin, decisão monocrática, julgado em 11.04.2016, *DJe* 14.04.2016.
27. A questão da interpretação do RICD, no fundo, repisa a jurisprudência firmada sobre o recurso para o Plenário.

pela Câmara não implica na impossibilidade de aceitação ou não da denúncia pelo Senado, não mais vigorando a sistemática da Constituição de 1946 (que vigorava à época em que foi editada a Lei dos Crimes de Responsabilidade). O Supremo estabeleceu, ademais, (1) que é possível a aplicação subsidiária do RICD e do Regimento Interno do Senado Federal (RISF) ao processo de *impeachment*, desde que equivalentes à CF; (2) que os arts. 19 (prazo de uma sessão para despachar o pedido), 20 e 21, 24 (interpretação conforme: o acolhimento da denúncia ocorre apenas após aprovação pelo Senado Federal) da Lei dos Crimes de Responsabilidade foram recepcionados pela CF; (3) que os arts. 22, *caput*, 2ª parte, e §§ 1º, 2º, 3º e 4º, 23, §§ 1º, 4º, 5º; 80, 1ª parte; e 81 da Lei dos Crimes de Responsabilidade não foram recepcionados pela CF/1988; (4) que a aplicação dos arts. 44, 45, 46, 47, 48 e 49, analogamente, para o *impeachment* de Ministros do STF e para o PGR, no Senado, é constitucionalmente legítima.²⁸

Mais uma vez, contudo, o julgado acaba não sendo claro: se o RICD e o RISF podem ser subsidiariamente aplicados ao processo de *impeachment*, mas há partes do RICD incompatíveis com a Lei dos Crimes de Responsabilidade (manifestamente, o art. 19 da Lei e o art. 218 do RICD, questão ora bastante candente), o que vale no caso de conflito? Lei ou RICD? Se a resposta é a lei, por qual motivo o Supremo insiste que a questão é (como será visto a seguir) *interna corporis* da Câmara quando o Presidente da Câmara viola, manifestamente, a lei que regula a matéria? Parece, pois, necessário que seja o RICD que regula a matéria, o que, por seu turno, seria irremediavelmente inconstitucional (pois a CF fala expressamente em lei), ao menos que se admita lei e resolução tem o mesmo valor jurídico (o que não faz sentido, dado que são figuras distintas, com eficácias distintas).

4.1.4. 2017 em diante (momento presente)

Seja como for – e o Supremo ainda não resolveu a questão –, de 2017²⁹ em diante o Supremo vem sendo provocado para agir no caso de omissão do Presidente da Câmara em dar andamento aos pedidos (isto é, deferi-los ou não) e, em todos os casos, pronunciou-se no sentido de que a questão é *interna corporis* à Câmara dos Deputados e que, portanto, o STF nada pode fazer.³⁰ O mesmo parecer foi sustentado pela Ministra Cármen Lúcia, em

-
28. STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 378 Medida cautelar, Rel. Ministro Edson Fachin, Redator do acórdão Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 17.12.2015, *DJe* 08.03.2016.
 29. Há um caso sobre o assunto, similar, mas do ano de 2002, vide: STF, Mandado de Segurança 23.885/DF, Rel. Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 28.08.2002, *DJe* 20/09/2002; STF, Mandado de Segurança 23.885/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio, decisão monocrática, julgado em 09.02.2001, *DJe* 16.02.2001.
 30. STF, Mandado de Segurança 34.929/DF, Rel. Ministro Alexandre de Moraes, decisão monocrática, julgado em 22.08.2017, *DJe* 25.08.2017; STF, Mandado de Segurança 35.090/DF, Rel. Ministro Alexandre de Moraes, decisão monocrática, julgado em 22.08.2017, *DJe* 25.08.2017; STF, Mandado de Segurança 34.970/DF, Rel. Ministro Alexandre de Moraes, decisão monocrática, julgado em

RIBEIRO, Rodrigo Marchetti. Uma breve investigação sobre o regimento interno da câmara dos deputados (RICD), a Lei dos Crimes de Responsabilidade (Lei 1.079/1950) e a Constituição Federal de 1988 na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

dois mandados de injunção, salientando ainda que cabe ao Presidente da Câmara fazer um juízo de oportunidade sobre a denúncia apresentada.³¹ Merece citação especial decisão, recentemente proferida pelo Ministro Nunes Marques, que, apesar de usar fundamentos semelhantes as demais decisões para se negar a prover qualquer segurança para os impetrantes, contra o Presidente da Câmara, salienta que:

“Em se tratando de pedido de *impeachment* dirigido contra o Presidente da República, o componente político torna-se muito mais evidente e sensível, dado que o Presidente da República é a única autoridade da nação que, para ser investido no cargo, precisa passar por uma eleição de âmbito nacional. Significa dizer que qualquer processo que vise à destituição do Presidente da República, intenta depor alguém consagrado nas urnas pela maioria da Nação. Logicamente, isso afeta todos os quadrantes políticos do país, pró ou contra. A interferência judicial em semelhante procedimento é temerária e sem consistência jurídica, sobretudo se tiver por objetivo impulsioná-lo ou apressá-lo. O Presidente da República, durante o exercício do seu mandato, representa toda a população do país, legitimado que foi pela maioria que o sufragou nas urnas. O *impeachment* do Presidente da República, por isso mesmo, é ato gravíssimo, que a Constituição concebeu para situações extremas, que apenas o Congresso Nacional pode avaliar. Tal instituto não pode ser utilizado como ferramenta de assédio e pressão de minorias descontentes, que tencionem indiretamente revogar o resultado das eleições. O *impeachment* do Presidente da República não é mecanismo de proteção do interesse de minorias. Pelo contrário, apenas a maioria qualificada de 2/3 (dois terços) dos parlamentares, tanto na Câmara (CF, art. 51, I), quanto no Senado (CF, art. 52, parágrafo único, c/c art. 86), tem o poder para instaurar o processo e julgá-lo procedente [...]. Então, não está de acordo com o espírito constitucional dar a qualquer minoria, exterior ou interior ao Parlamento, o poder de compelir as Casas Legislativas a movimentarem-se em direção a um *impeachment* do Presidente da República, muito menos se utilizando, para isso, da via judicial. São raríssimas as situações em que o *impeachment* de um Presidente da República pode ser desencadeado, e mais raras ainda aquelas em que ele pode ser julgado procedente. Ele está destinado a situações excepcionais, para solucionar impasses graves, decorrentes de atuações dolosas contra a Constituição e as leis, assim reconhecidas por consistente maioria parlamentar das duas Casas. A mera insatisfação de parte do eleitorado com a atuação do Presidente da República deve se resolver por meio de eleições, no momento próprio, não de *impeachment*. [...] cabe ao Congresso Nacional, e apenas a ele, por seus diversos órgãos internos, inclusive

22.08.2017, *DJe* 25.08.2017; STF, Mandado de Segurança 38.034/DF, Rel. Ministra Cármen Lúcia, decisão monocrática, julgado em 19.07.2021, *DJe* 22.07.2021; STF, Mandado de Segurança 38.133/DF, Rel. Ministra Cármen Lúcia, decisão monocrática, julgado em 09.08.2021, *DJe* 13.08.2021; STF, Mandado de Segurança 38.150/DF, Rel. Ministra Cármen Lúcia, decisão monocrática, julgado em 17.08.2021, *DJe* 18.08.2021.

31. STF, Mandado de Injunção 7.358/DF, Rel. Ministra Cármen Lúcia, decisão monocrática, julgado em 20.04.2021, *DJe* 23.04.2021; STF, Mandado de Injunção 7.362/DF, Rel. Ministra Cármen Lúcia, decisão monocrática, julgado em 07.04.2021, *DJe* 13.04.2021.

RIBEIRO, Rodrigo Marchetti. Uma breve investigação sobre o regimento interno da câmara dos deputados (RICD), a Lei dos Crimes de Responsabilidade (Lei 1.079/1950) e a Constituição Federal de 1988 na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

a Presidência da Câmara, aferir o contexto político-institucional e avaliar se é o caso de deflagrar o procedimento de *impeachment*, ou de apreciar requerimentos nesse sentido. Qualquer intromissão judicial no tempo político das Casas, visando a apressar a análise de requerimentos nesse sentido, é ilegítima e viola a independência do Poder Legislativo.³²

5. CONSIDERAÇÕES SOBRE A JURISPRUDÊNCIA

Da trajetória da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que envolve RICD, CF e Lei dos Crimes de Responsabilidade, nota-se que, do ponto de vista evolutivo, há uma ideia fixa que justifica a atual resistência do Tribunal em intervir na omissão do Presidente da Câmara em despachar as denúncias recebidas, qual seja, a noção de que tal juízo é não só jurídico, mas sim – e talvez, principalmente – político. Em relação a isso há de se fazer a necessária ressalva que, se os crimes de responsabilidade são uma questão jurídica (e enquanto crimes que são, isso é inegável), então tal juízo nunca poderá ser, por conseguinte, considerado tão somente político ou tão somente jurídico, mas, com efeito, sempre uma conjugação de ambas as feições. O próprio Supremo, aliás, apesar de ter declarado em 1992 que tal juízo é, *principalmente*, político, não só não pareceu não plenamente convencido disso (afinal, destacou outros aspectos que podem ser considerados como jurídicos), como, também, não levou tal entendimento às suas últimas consequências, quais sejam, excluir totalmente a questão da apreciação do STF e não levar em consideração, sequer destacar, como o fez, os aspectos jurídicos da questão.

Um segundo ponto que merece destaque é o fato de que, em momentos de crise, isto é, em momentos em que surge um *impeachment* presente e real, o Supremo parece ter uma tendência a proferir julgados mais longos e de caráter mais generalista (mas resolvendo as questões que se colocam). *Contrario sensu*, em momentos de estabilidade é nítida a tendência do STF de dispensar a questão levantada pelo autor da ação com algum argumento processual, ou, *tout simplement*, dando razão ao argumento da contraparte (i.e., em regra, a própria Câmara dos Deputados). Seja como for, tais julgados, amplos e generalistas, moldados em momentos de crise, ainda que resolvam as questões imediatamente postas, se coadunam mal com o restante do ordenamento, abrindo espaço para novas indagações.

Quanto a atual omissão do Presidente da Câmara dos Deputados, o que se nota é que tal prática não é uma constante desde a redemocratização, mas sim, pelo contrário, surgiu principalmente no contexto pós-*impeachment* da Presidente Dilma Rousseff pela ação dos Presidentes Rodrigo Maia, DEM-RJ, e, agora, Arthur Lira, PP-AL. Isso pode se dever a uma aprendizagem dos atores políticos a partir dos casos anteriores. Isto é, como

32. STF, Mandado de Segurança 37.083/DF, Rel. Ministro Nunes Marques, decisão monocrática, julgado em 30.04.2021, DJe 04.05.2021.

foi visto, à época do Escândalo do Mensalão, a Presidência da Câmara dos Deputados indeferiu uma série de pedidos, o que levou a uma discussão sobre a possibilidade de recurso e em que termos. Sem qualquer despacho, porém, não há a possibilidade de existir discussão sobre recurso, pois falta o pressuposto lógico de todo recurso, qual seja, uma decisão, um ato recorrível.

6. O PROBLEMA DA JURISPRUDÊNCIA NO CASO DE *IMPEACHMENT*, À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO PRÓPRIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CASO DE COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO NÃO INSTAURADAS, MALGRADO O ADIMPLEMENTO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS SOBRE A MATÉRIA

Apesar de o Supremo apresentar diversas decisões no sentido de que o despacho, em caso de processo de *impeachment*, é uma questão *interna corporis* da Câmara, há outro assunto, bastante similar, no qual a jurisprudência está assentada em um princípio diverso. É o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs). O mesmo Supremo que sustenta que, no caso do *impeachment*, a apreciação do pedido é uma questão *interna corporis* sustenta que, no caso das CPIs, uma vez cumpridos os requisitos constitucionais, previstos no art. 58, § 3º, da CF/1988, a saber: (i) requerimento de 1/3 dos membros da casa legislativa; (ii) fato determinado a ser apurado; e (iii) prazo certo para a sua duração, então a CPI deve ser instaurada, sendo possível, por conseguinte, nestes casos, a intervenção judicial. Tal jurisprudência se justifica com uma noção de que há um direito da minoria à fiscalização do uso do poder político, fruto de um direito mais amplo de oposição, que, por seu turno, é parte integrante e nevrálgica do Estado Democrático de Direito³³. Como há um direito e há uma frustração de tal direito pela maioria parlamentar, malgrado o aspecto político evidente, o Supremo, nestes casos, em regra, concede a segurança.³⁴ A questão que emerge, porém, é se há, verdadeiramente, entre este caso e o caso precedente uma diferença fundamental.

33. Elías Díaz traça a evolução do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito ressaltando o aspecto liberal do primeiro. Neste mesmo diapasão, Carl Schmitt assinala que a democracia não é, tal como usualmente a concebemos, necessariamente parlamentar e plural, mas sim que se realiza com a identificação entre governantes. Por conseguinte, tal rol de direitos de oposição, de que o Supremo fala, podem ser mais bem caracterizados como direitos liberal-burgueses de oposição. Vide: DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. 8. ed. Madrid: Taurus, 1981; SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. Durham, London: Duke University Press, 2008. p. 255-307; SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy*. Cambridge, Massachusetts; London, England: MIT Press, 1985. p. 8-16.

34. Ver, nesse sentido, STF, Mandado de Segurança 24.831/DF, Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 22.06.2005, *DJe* 04.08.2006; STF, Mandado de Segurança 24.849/DF, Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 22.06.2005, *DJe* 29.09.2006; STF, Mandado

Vejam os:

Primeira diferença. No caso das CPIs, o Supremo entende que se cuida de um direito da oposição que pode ser garantido pela via do mandado de segurança, o que não acontece no caso da denúncia por crime de responsabilidade, em que o Supremo nega a existência de qualquer direito do denunciante e, por conseguinte, a possibilidade de ser concedida a segurança. Apesar de isso ser acertado, na medida em que não há um direito subjetivo a ver a denúncia processada e, ao final, julgada procedente, há duas fortes contraposições a tal argumento: (1) há um direito (inegável), decorrente da Lei dos Crimes de Responsabilidade, de o cidadão apresentar uma denúncia, o que implica, por consequência lógica, em um direito de ver tal denúncia regularmente processada, qual seja, despachada pelo Presidente da Câmara dos Deputados, seja qual for o conteúdo do despacho. Da mesma forma que não seria razoável, e.g., que um juiz deixasse, simplesmente, de dar qualquer andamento a um processo porque o autor não tem qualquer razão (um indeferimento é necessário), é igualmente irrazoável que, seja pela falta de razão, seja pela falta de oportunidade política, a denúncia seja simplesmente esquecida na gaveta, em uma manobra processual de baixíssimo nível. Se se admite que a falta de conveniência política é motivo suficiente para rejeitar um pedido de *impeachment*, então cumpre despachar o pedido com uma negativa de seguimento, isto é, com um indeferimento preliminar, do qual caberia, *a priori*, um recurso. A isso soma-se (2) que há um direito incontestavelmente tutelável pelo Supremo Tribunal Federal em mandado de segurança, qual seja, o direito à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII). Explico. Ainda que o denunciante e o denunciado não estejam em uma querela no âmbito da Câmara dos Deputados (afinal, cuida-se de mera autorização da Câmara para que o Senado possa, se o caso, processar a denúncia) e ainda que o ordenamento constitucional não tenha garantido a razoável duração do processo no âmbito legislativo, mas tão somente administrativo e judicial, é auto evidente que tal autorização não está inscrita dentro das funções típicas do Parlamento (i.e., a legiferação). Se, nos termos de nossa legislação, o processo de *impeachment*, uma vez instaurado, é um processo judicial, que culmina em uma sentença proferida, então, por extensão, as garantias aplicáveis ao processo judicial (que são aplicáveis no âmbito do Senado Federal) deveriam ser aplicáveis também neste momento de autorização (inclusive em relação ao denunciante). A isso, alegar-se-á que não se cuida de processo judicial e, portanto, inaplicáveis as disposições, mas, se é verdade que não se cuida, isto é certo, de processo administrativo e, tampouco, legislativo ou judiciário, e, pois, trata-se de figura anômala, cuja única normatização é a Lei dos Crimes de Responsabilidade e, para o que interessa aqui, o RICD, isso significa que não há qualquer parametrização mínima na Constituição? Não seriam aplicáveis, por extensão ou

de Segurança 26.441/DF, Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 25.04.2007, *DJe* 18.12.2009; STF, Mandado de Segurança 37.760/DF, Rel. Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 14.04.2021, *DJe* 09.08.2021; STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.619, Rel. Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 01.08.2006, *DJe* 20.04.2007.

RIBEIRO, Rodrigo Marchetti. Uma breve investigação sobre o regimento interno da câmara dos deputados (RICD), a Lei dos Crimes de Responsabilidade (Lei 1.079/1950) e a Constituição Federal de 1988 na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 134, ano 30, p. 109-131. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2022.

por analogia, as garantias judiciais, dado que o processo se assemelha ao processo judicial? Evidente que sim e, exatamente por isso, o Supremo, já em 1992, ciente deste problema, entendeu aplicáveis, no âmbito da Câmara dos Deputados, as garantias do art. 5º, LV, sem embargo de não se cuidar de processo judicial e administrativo (diga-se de passagem: a mesma ressalva que há no art. 5º, LXXVIII, ora discutido).³⁵

Segunda diferença. Enquanto no caso das CPIs o quadro jurídico completo emerge da leitura do texto constitucional, no caso dos pedidos de *impeachment* há a necessidade de se remeter a uma lei que regulamenta a matéria para fazer uma análise completa da questão. Sem embargo, tal necessidade de se remeter a outros textos não significa, *per se*, que a questão não seja, por isso, constitucional. Em primeiro lugar, a própria aplicação do RICD e não do art. 19 da Lei dos Crimes de Responsabilidade, à luz da Constituição de 1988, é uma operação juridicamente questionável. A Constituição fala em lei e lei é uma figura juridicamente distinta de resolução. Há quem pense que elas têm o mesmo valor. Tal interpretação parece se assentar – erroneamente – no art. 59, VI, da CF/1988 e no fato de que o processo de aprovação de resoluções e de leis é semelhante.³⁶ A isso há uma réplica: a resolução que diz respeito à Câmara dos Deputados não é discutida pelo Senado Federal (a lei sim, e a CF exige lei). Mesmo se desconsiderarmos isso, porém, há outro motivo, mais forte, para desconsiderarmos a aplicação do RICD sobre a lei neste caso, qual seja, de que a matéria não é *interna corporis* (e as resoluções, tendo ou não força de lei, valem *interna corporis*), nem pode ser considerada *interna corporis* considerando que repercute na Presidência da República, no Senado Federal e, até, no Supremo (afinal, o Presidente do STF que, se o caso, presidirá o julgamento). Em segundo lugar, ainda que a CF não tenha tipificado os crimes de responsabilidade um a um e que não tenha, também, disposto minuciosamente sobre processo e julgamento, a questão tem fundo constitucional na medida em que a CF dá diretrizes gerais e, inclusive, indica os principais bens jurídicos que são tutelados pelos crimes de responsabilidade (art. 85, *caput*)³⁷, além de a CF tutelar tais bens, de um modo ou de outro, em diversos momentos (no fundo, não é exagero dizer que os crimes de responsabilidade, enquanto instituto, visam a garantir a continuidade do ordenamento jurídico brasileiro). Neste sentido, ainda que nem tudo

35. STF, Mandado de Segurança 21.564/DF, Rel. Ministro Octavio Galloti, Redator do acórdão Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 23.09.1992, *DJe* 27.08.1993.

36. Sobre resoluções, ver, genericamente: SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 347-348; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 220-221.

37. Se são crimes, é de se esperar que tutelem determinado bem jurídico. Vide, genericamente: NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 96-97; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1990. p. 96-102; 126-127; ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018; NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 275-288, 318; BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 284-294.

esteja claramente disposto na CF, não há como se negar que tal questão seja constitucional e passível, portanto, de apreciações pelo Supremo.

7. CONCLUSÃO

A resistência presente do Supremo Tribunal Federal em dar uma ordem para que o Presidente da Câmara dos Deputados dê andamento às denúncias que recebeu, ou, quando menos, um prazo para tanto, é cognoscível à luz do desenvolvimento histórico de sua jurisprudência, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Sem embargo, isso não significa que tal desenvolvimento não seja, em si mesmo, problemático. Como visto, o Supremo tem jurisprudência sobre matéria semelhante (as CPIs) em um sentido absolutamente divergente (*id est*, intervindo nas casas legislativas), o que torna a questão menos compreensível. Além disso, existem motivos jurídicos e constitucionais para se admitir uma intervenção judicial em relação a tal mora do Presidente da Câmara.

Com efeito, não precisamos entender, aqui, que a Lei 1.079/1950 seja perfeita, isenta de falhas e totalmente compatível com a CF/1988 (o próprio STF, aliás, entende que não)³⁸. A CF efetivamente dispõe quais os bens jurídicos tutelados pelos crimes de responsabilidade, mas isso não significa que a tipificação da Lei dos Crimes de Responsabilidade seja acertada e isenta de falhas, ou que seja politicamente oportuna. *Exempli gratia*: logo no início do governo, o Presidente da República postou, em tom de crítica, em uma rede social, um vídeo que foi considerado como pornográfico. O Professor Miguel Reale Júnior considerou que, neste sentido, tratava-se de conduta incompatível com o decoro do cargo e, portanto, passível de *impeachment*.³⁹ Tal caso é interessantíssimo. De fato, o art. 9º, 7, dispõe que agir de modo incompatível com a honra e decoro do cargo é suficiente para ensejar a condenação por crimes de responsabilidade. A Presidente Dilma foi acusada de tal crime e o Presidente Fernando Collor foi condenado por tal crime.⁴⁰ Mas é verdade que todo aquele que comete crime de responsabilidade, por óbvio, agiu de modo incompatível com o cargo. Assim, é possível se considerar que tal crime se restringe, tão somente, àqueles casos em que há clara incompatibilidade entre os atos praticados e o cargo de Presidente da República (que é o que permitiu a Miguel Reale Júnior considerar que tal conduta como passível de *impeachment*). Uma vez que a postagem foi

38. Vide nota 4.

39. VENCESLAU, Pedro. Para Reale Jr., postagem de Bolsonaro com “golden shower” justifica *impeachment*. Disponível em: [noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2019/03/06/para-reale-jr-postagem-de-bolsonaro-com-golden-shower-justifica-impeachment.htm]. Acesso em: 10.11.2020.

40. SENADO FEDERAL (Brasil). Resolução 101, de 30 de dezembro de 1992. Dispõe sobre sanções no Processo de “Impeachment” contra o Presidente da República, Fernando Affonso Collor de Mello, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 31.12.1992.

acompanhada de um tom de criticismo, não há como se falar em clara incompatibilidade e, pois, possível sustentar que não se trata de uma ofensa passível de condenação. Neste sentido, foi a expansão verbal do tipo que permitiu a Miguel Reale Júnior falar que a postagem, *per se*, é conduta passível de *impeachment*. Tudo isso, porém, é indicativo de que há pontos desta legislação que poderiam ser revistos.

Seja como for, o norte da posição do Supremo, é, sem dúvidas, uma dicotomia entre Política e Direito em que, no *impeachment*, a Política parece levar a primazia sobre o Direito. A questão é que tal dicotomia, se não é inteiramente falsa, no sentido de que a questão é política⁴¹, mas também jurídica, conduz a um resultado errôneo na medida em que, é autoevidente, o *impeachment* tem óbvias repercussões e aspectos jurídicos, além de ser, em larga medida, um instrumento de proteção da própria ordem jurídica. Isto é, se a ordem jurídica (e constitucional) válida pretende permanecer válida, então ela deve ser capaz de se defender de ataques contra a sua validade. Se o Presidente da República comete crime de responsabilidade, isto é, se atenta contra a ordem jurídica (e, considerando que se trata do Presidente da República, a conduta tem potencial de ser bastante lesiva), então deve ser responsabilizado por isso (daí a Constituição dispor sobre a responsabilização do Presidente da República). O Supremo não condena o Presidente da República por crime de responsabilidade, isso não é um assunto de sua competência, por expressa disposição constitucional. Todavia, o Supremo defende o ordenamento constitucional e, na medida em que o ordenamento constitucional determina que, ante o crime de responsabilidade, o Presidente sofra as sanções cabíveis, o Supremo deve tomar as medidas para assegurar o regular seguimento do processo que verifica se o Presidente cometeu ou não crime de responsabilidade, ante as denúncias recebidas (inclusive com a etapa de autorização da Câmara dos Deputados). Não se trata, pois, de defender aqui que o Supremo tome o lugar da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, mas tão somente de garantir que a Constituição seja seguida.

8. REFERÊNCIAS

- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Ariani Bueno Sudatti; Fernando Pavan Baptista. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016.
- DÍAZ, Elias. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. 8. ed. Madrid: Taurus, 1981.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

41. A noção de que o resultado da análise jurídica, para ser científico, deve ser “puro” parece-me baseada em uma leitura errônea da Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen.

- FILHO, Orlando Villas Bôas. A judicialização da política como instrumento de contenção da degradação populista da legitimidade democrática. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 115, p. 273-312, 2020.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1990.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- RIBEIRO, Rodrigo Marchetti. A mora na apreciação dos pedidos de *impeachment*. *Estadão (blog)*, 2021. Disponível em: [politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-mora-na-apreciacao-dos-pedidos-de-impeachment/]. Acesso em: 24.09.2021.
- ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.
- SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. Trad. Jeffrey Seitzer. Durhan, London: Duke University Press, 2008.
- SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy*. Trad. Ellen Kennedy. Cambridge, Massachusetts; London, England: MIT Press, 1985.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- VENCESLAU, Pedro. *Para Reale Jr., postagem de Bolsonaro com “golden shower” justifica impeachment*. Disponível em: [noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2019/03/06/para-reale-jr-postagem-de-bolsonaro-com-golden-shower-justifica-impeachment.htm]. Acesso em: 10.11.2020.

Documentos consultados

CÂMARA DOS DEPUTADOS (Brasil). Decisão da Presidência Questão de ordem 105, de 24 de setembro de 2015. Responde a questionamentos relacionados ao recebimento e à análise de denúncias em desfavor da Presidente da República pela suposta prática de crimes de responsabilidade. *Diário da Câmara dos Deputados*: Suplemento, Brasília, DF, 25.09.2015.

Legislação

SENADO FEDERAL (Brasil). Resolução 101, de 30 de dezembro de 1992. Dispõe sobre sanções no Processo de “Impeachment” contra o Presidente da República, Fernando Affonso Collor de Mello, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31.12.1992.

Jurisprudência

STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.619, Rel. Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 01.08.2006, *DJe* 20.04.2007.

STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 378 Medida cautelar, Rel. Ministro Edson Fachin, Redator do acórdão Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 17.12.2015, *DJe* 08.03.2016.

STF, Mandado de Injunção 7.358/DF, Rel. Ministra Cármen Lúcia, decisão monocrática, julgado em 20.04.2021, *DJe* 23.04.2021.

STF, Mandado de Injunção 7.362/DF, Rel. Ministra Cármen Lúcia, decisão monocrática, julgado em 07.04.2021, *DJe* 13.04.2021.

STF, Mandado de Segurança 20.941/DF, Rel. Ministro Aldir Passarinho, Rel. para acórdão Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 09.02.1990, *DJe* 31.08.1992.

STF, Mandado de Segurança 21.564/DF, Rel. Ministro Octavio Galloti, Redator do acórdão Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 23.09.1992, *DJe* 27.08.1993.

STF, Mandado de Segurança 23.885/DF, Rel. Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 28.08.2002, *DJe* 20.09.2002.

STF, Mandado de Segurança 23.885/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio, decisão monocrática, julgado em 09.02.2001, *DJe* 16.02.2001.

STF, Mandado de Segurança 24.831/DF, Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 22.06.2005, *DJe* 04.08.2006.

STF, Mandado de Segurança 24.849/DF, Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 22.06.2005, *DJe* 29.09.2006.

STF, Mandado de Segurança 25.798/DF, Rel. Ministro Nelson Jobim, decisão monocrática, julgado em 26.01.2006, *DJe* 03.02.2006.

STF, Mandado de Segurança 26.062/DF, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, decisão monocrática, julgado em 02.04.2007, *DJe* 12.04.2007.

STF, Mandado de Segurança 26.062/DF Agravo regimental, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 10.03.2008, *DJe* 03.04.2008;

STF, Mandado de Segurança 26.074/DF, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, decisão monocrática, julgado em 06.09.2006, *DJe* 13.09.2006.

- STF, Mandado de Segurança 26.441/DF, Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 25.04.2007, *DJe* 18.12.2009.
- STF, Mandado de Segurança 30.672/DF Agravo regimental, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 15.09.2011, *DJe* 18.10.2011.
- STF, Mandado de Segurança 30.672/DF, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, julgado em 30.06.2011, *DJe* 02.08.2011.
- STF, Mandado de Segurança 32.930/MT, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, julgado em 11.06.2014, *DJe* 16.06.2014.
- STF, Mandado de Segurança 34.115/DF, Rel. Ministro Edson Fachin, decisão monocrática, julgado em 11/04/2016, *DJe* 14.04.2016.
- STF, Mandado de Segurança 34.181/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, decisão monocrática, julgado em 06.05.2016, *DJe* 11.05.2016.
- STF, Mandado de Segurança 34.970/DF, Rel. Ministro Alexandre de Moraes, decisão monocrática, julgado em 22.08.2017, *DJe* 25.08.2017.
- STF, Mandado de Segurança 34.929/DF, Rel. Ministro Alexandre de Moraes, decisão monocrática, julgado em 22.08.2017, *DJe* 25.08.2017.
- STF, Mandado de Segurança 35.090/DF, Rel. Ministro Alexandre de Moraes, decisão monocrática, julgado em 22.08.2017, *DJe* 25.08.2017.
- STF, Mandado de Segurança 35.558/DF Medida cautelar, Rel. Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, julgado em 28.04.2015, *DJe* 04.05.2015.
- STF, Mandado de Segurança 37.083/DF, Rel. Ministro Nunes Marques, decisão monocrática, julgado em 30.04.2021, *DJe* 04.05.2021.
- STF, Mandado de Segurança 37.760/DF, Rel. Ministro Roberto Barroso, tribunal pleno, julgado em 14.04.2021, *DJe* 09.08.2021.
- STF, Mandado de Segurança 38.034/DF, Rel. Ministra Cármen Lúcia, decisão monocrática, julgado em 17.07.2021, *DJe* 22.07.2021.
- STF, Mandado de Segurança 38.133/DF, Rel. Ministra Cármen Lúcia, decisão monocrática, julgado em 09/08/2021, *DJe* 13/08/2021.
- STF, Mandado de Segurança 38.150/DF, Rel. Ministra Cármen Lúcia, decisão monocrática, julgado em 17.08.2021, *DJe* 18.08.2021.
- STF, Reclamação 22.124/DF Medida cautelar, Rel. Ministra Rosa Weber, decisão monocrática, julgado em 13.10.2015, *DJe* 15/10/2015.
- STF, Reclamação 22.124/DF, Rel. Ministra Rosa Weber, decisão monocrática, julgado em 04.12.2015, *DJe* 10.12.2015.
- STF, Súmula vinculante 46, Sessão Plenária, aprovado em 09.04.2015, *DJe* 17.04.2015.
- STF, Súmula 722, Sessão Plenária, aprovado em 26.11.2003, *DJe* 11.12.2003.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Constitucional; Processual; Administrativo

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Impeachment e Democracia (Parecer), de Agassiz Almeida Filho – *RDCI* 103/191-221; e
- Impeachment: um panorama brasileiro estrutural-funcional, de Amanda dos Santos Franguelli e Felipe Bizinoto Soares de Pádua – *RDCI* 132/151-166.

ADJETIVAÇÃO SOCIAL DA SEGURANÇA PÚBLICA: PROGRESSO CONSTITUCIONAL NA VISÃO MODERNA DOS DIREITOS SOCIAIS

SOCIAL ADJECTIVATION OF PUBLIC SECURITY: CONSTITUCIONAL PROGRESS IN THE MODERN VIEW OF SOCIAL RIGHTS

EMERSON ADEMIR BORGES DE OLIVEIRA

Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Coordenador-Adjunto do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito e Professor Titular da Universidade de Marília. Advogado e parecerista. emerson@animar.br

JOANA D'ARC DIAS MARTINS

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade de Marília. Promotora de Justiça no Ministério Público do Estado do Acre. Joanamartins.ac@gmail.com

PEDRO LIMA MARCHERI

Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino. Doutorando em Direito pela Universidade de Marília. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília. Advogado. pedrolimaadvogados@hotmail.com

ÁREA DO DIREITO: Constitucional

RESUMO: A constitucionalização dos direitos sociais inaugurou um marco na evolução dos direitos fundamentais. Quanto à segurança pública, o caminho histórico para o seu reconhecimento como tal remete inicialmente à Constituição mexicana de 1917. Os problemas advindos na limitação epistemológica da segurança pública, principalmente na esfera ressarcitória e de planejamento público, advêm justamente da hierarquização feita entre a segurança pública como direito social e essa como direito individual

ABSTRACT: The constitutionalization of social rights inaugurated a milestone in the evolution of fundamental rights. As for public security, the historical path to its recognition as such initially refers to the Mexican Constitution of 1917. The problems arising from the epistemological limitation of public security, especially in the sphere of compensation and public planning, arise precisely from the hierarchy made between security public as a social right and this as an individual right linked to microcrime. In this context, the

ligado à microcriminalidade. Nesse contexto, é objetivo deste artigo realizar uma análise na linguagem e na hermenêutica constitucional e sua influência na efetivação da segurança como programa de Estado. Por fim, conclui-se que um conceito de vanguarda de segurança pública deve insculpir a ideia de que esse direito é um serviço público essencial, instrumento concretizador da cidadania e da dignidade da pessoa humana – e, como corolário, objeto de controle judicial – composto por um complexo de inúmeros direitos individuais e difusos, de defesa e prestacionais, aos quais não devem se restringir por limites contingentes na implementação e nas demandas reparatórias.

PALAVRAS-CHAVE: Segurança pública – Direitos sociais – Hierarquização – Evolução constitucional.

aim of this article is to analyze the language and constitutional hermeneutics and their influence on the effectiveness of security as a State program. Finally, it is concluded that a vanguard concept of public security should inculcate the idea that this right is an essential public service, a materializing instrument of citizenship and human dignity – and as a corollary, object of judicial control – composed of a complex of innumerable individual and diffuse rights, of defense and services, to which they should not be restricted by contingent limits in the implementation and in the reparatory demands.

KEYWORDS: Public security – Social rights – Hierarchy – Constitutional evolution.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Ponderação de princípios e compatibilização de direitos sociais. 3. Evolução constitucional da natureza do direito à segurança pública. 4. Adjetivação social da segurança pública e microfísica do poder no estado social de segurança. 5. Os limites contingenciais na judicialização de demandas reparatórias contra o Estado: omissão genérica e nexos de causalidade dos agentes públicos. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

As novas cartas constitucionais promulgadas a partir do início do século XX trouxeram um notável avanço na prescrição dos direitos sociais. Todavia, embora a Constituição brasileira de 1988 expressamente adjective a segurança pública como um direito social, essa associação jurídica nem sempre foi clara no cenário jurídico.

Nesse contexto, é objetivo do presente artigo aclarar o progresso constitucional da segurança pública à luz de uma formatação contemporânea dos direitos sociais. Igualmente, dado o seu reconhecimento como um serviço público essencial e instrumento concretizador da cidadania e da dignidade da pessoa humana, busca-se demonstrar que a Carta Constitucional erigiu a segurança pública com o *status* jurídico de Direito Fundamental.

Indubitável que a segurança pública é um dos pilares fundamentais para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito. A despeito disso, a sua adjetivação como direito social só foi possível depois de uma lenta progressão. Diante disso, considerando a

sua importância nesse processo, boa parte deste trabalho deve ser creditado às Constituições mexicana de 1917 e de Weimar de 1919.

Mesmo diante desse reconhecimento, inclusive a nível constitucional, ainda hoje, tal questão continua a impactar diretamente na apreciação de demandas judicializadas. Nas hipóteses em que o Estado é instado a reparar danos decorrentes da falha na segurança pública, usualmente, são arguidos limites contingenciais, tais como a omissão genérica na segurança e a ausência de nexo de causalidade entre a conduta do agente público e o dano ao administrado.

À vista disso, por meio da revisão crítica e histórica da legislação e da jurisprudência, a pesquisa busca construir premissas importantes acerca das vantagens e dos contrapontos nessa adjetivação da segurança pública como direito social nos sistemas constitucionais modernos. A pesquisa se justifica principalmente pela atualidade e a relevância do tema. O método de abordagem é o dedutivo, por se tratar de abordagem teórica e conceitual-normativa. O artigo está dividido em quatro tópicos que seguem os objetivos específicos do trabalho.

2. PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS E COMPATIBILIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

De acordo com a compreensão da existência de limites imanescentes, contidos no arcabouço de valores constitucionais, estabelecer um balanceamento – buscando uma efetiva harmonia na concepção dos direitos sociais à luz dos princípios constitucionais – demonstra ser de vital relevância. Na hipótese da antinomia, interna ou em abstrato, tem-se a solução independentemente de se aplicar a um determinado caso concreto, que não representa um indício definitivo de uma colisão, contudo, se considera que o equilíbrio dos primados em situação de igualdade e o grau de cumprimento de um princípio dependerão do contexto e das circunstâncias do caso concreto e dos direitos sociais em confronto, a ser resolvido pelo processo de sopesamento¹.

Igualmente, os limites imanescentes apresentam-se, também, na seara dos direitos sociais, na hipótese de sobreposição das normas. Os direitos e os respectivos limites são comuns a qualquer posição jurídica, enquanto o conteúdo definitivo de um direito é, precisamente, aquele resultante dessa compreensão do direito concebido com e por meio de limites. Destarte, a extensão da tutela de um direito é o âmbito de garantia efetiva desse direito².

-
1. REALE JÚNIOR, Miguel. Limites à liberdade de expressão. *Revista Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 374-401, jul.-dez. 2010.
 2. MARTINS-COSTA, Judith. Novas reflexões sobre o princípio da função social dos contratos: estudos do direito do consumidor. In: *Estudos de direito do consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2005.

Assim, funcionalizar um direito social à agenda do Estado, como sendo aquele que detém menor acervo normativo-constitucional para a sua própria efetivação, demonstra ser impróprio. Uma concepção adequada de direitos sociais deve contemplar em igual valor na ordem jurídica os instrumentos legais que viabilizem sua efetivação na realidade. Nesse sentido, a Constituição mexicana, desde as reformas iniciadas na década de 1920, já delineava protoinstrumentos (ou mandados de efetivação) para a garantia da eficácia dos direitos sociais por ela contemplados.

Já no âmbito do sistema de garantias e direitos fundamentais é importante ressaltar que os limites contingenciais³ (reserva do possível, dotação orçamentária própria, nexo de causalidade e omissão específica da Administração Pública etc.) estão diretamente relacionados a argumentos de negativa efetividade dos direitos sociais, especialmente em sede da jurisdição constitucional. A diferenciação dos termos *direitos individuais e sociais*, de certo modo, somente consiste relevante para aqueles que defendem a prevalência daqueles perante esses (direitos individuais como normas de implementação imediata e de fonte direta na Constituição, e direitos sociais como normas escoradas em programas de atuação da Administração). Não obstante, os próprios meios de efetivação dos direitos sociais devem ser considerados como uma extensão destes direitos *per se*, ao passo que uma interpretação constitucional baseada na dignidade humana evidenciará que não vale a pena denominar determinado valor de *direito fundamental social*⁴ sem a viabilidade prática (e diga-se, jurídica) de sua concretização⁵.

Canotilho⁶, ao se deparar com tal questão, menciona a distinção entre a esfera de proteção e o âmbito efetivamente protegido, apontando que, para a teoria interna, os limites

3. Vide Capítulo “A realização dos direitos fundamentais sociais e seus limites contingentes” de Nunes Júnior (2009).

4. Aqui, frise-se a impropriedade técnica ou pleonástica de adjetivar um direito social de fundamental. Isto porque todo direito social é por primazia e antecedência um direito fundamental.

5. Na esteira de Neves (2006, p. 257-258): “Os bloqueios à concretização normativa da Constituição atingem os procedimentos típicos do Estado Democrático de Direito: o eleitoral, mobilizador das mais diversas forças políticas em luta pelo poder; o legislativo-parlamentar, construído pela discussão livre entre oposição e situação; o jurisdicional, baseado no *dueprocess of law*; o político-administrativo, orientado por critérios de constitucionalidade e legalidade. Assim sendo, não se pode falar em uma esfera pública pluralista construída com base na intermediação de dissenso contencioso e consenso procedimental.

O Estado Democrático de Direito não se realiza pela simples declaração constitucional dos procedimentos legitimadores. A concretização constitucional deles é imprescindível, mas depende de um conjunto de variáveis complexas, sobretudo de fatores socioeconômicos e culturais que possam viabilizar a desprivatização do Estado e a superação das relações de subintegração e sobreintegração. Impõe-se assim enfrentar conseqüentemente a conexão paradoxal de legalismo e impunidade, no sentido da construção de um espaço público de legalidade e constitucionalidade, como também na perspectiva da generalização da cidadania.”

6. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Brançosos” e interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006. p. 347-349.

são imanentes e o âmbito de proteção de um direito é “o âmbito de garantia efetiva deste direito”, ao passo que, para a teoria externa, os direitos e as restrições ocupam dimensões separadas e o “âmbito de proteção é mais extenso do que a garantia efetiva”.

Assim, questiona-se a viabilidade de cognominar-se de “direito social” algo que não sustente uma factibilidade prática de concretização. Mostra-se adequado concluir que quando o legislador constituinte fixa um direito social em uma norma, implicitamente deve-se também extrair uma forma de concretizá-lo.

No caso da dignidade humana – primados fundamentais ou valores elementares sem os quais a sociedade sucumbiria, e que não poderiam ser perturbados diante do exercício de outro direito fundamental –, haveria, então, maior intensidade valorativa de um núcleo fundamental que seria intocável. Nessa hipótese, a égide constitucional não permite que valores básicos comunitários sejam maculados pelo exercício de um desses direitos fundamentais. É o caso da dignidade humana, que tem sua projeção tão intensa que se reflete na inadmissibilidade de sua violação, caso contrário, o núcleo vital da dignidade humana será atingido. Nessa conjuntura, não haverá conflito de valores a serem ponderados diante do caso concreto, mas limites imanentes⁷.

Ao se debruçar sobre o tema, Reale⁸ esclarece que a igualdade de todos – dado possuírem o mesmo valor como portadores da dignidade como pessoa humana – consiste em pressuposto essencial à fruição dos demais direitos fundamentais, comando esse extraído claramente do texto constitucional.

Outrossim, a resolução de um contexto conflituoso pressupõe e prescinde de uma situação de igualdade de direitos sociais e seus valores no contexto fático – nos quais não mais é possível mediante uma mera preferência abstrata –, devendo o balanceamento ser realizado mediante uma análise da situação concreta e via harmonização dos interesses conflitantes e das condições específicas da lide⁹.

Em perspectiva contrária, Reale Júnior¹⁰, baseando-se na tese de Luis Prieto Sanchís¹¹, arremata a assertiva sobre a ponderação como meio de solução de conflitos com base no postulado da proporcionalidade. Segundo o autor, não se pode partir senão do caso concreto em suas específicas circunstâncias, pois diante da impossibilidade da decisão por uma preferência, que irá prevalecer em uma parcela dos casos concretos, no

7. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1983.

8. REALE JÚNIOR, Miguel. Limites à liberdade de expressão. *Revista Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 389, jul.-dez. 2010.

9. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1983.

10. REALE JÚNIOR, Miguel. Limites à liberdade de expressão. *Revista Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 11, n. 2, jul.-dez. 2010.

11. PRIETO SANCHÍS, Luis. El constitucionalismo de los derechos. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 71, p. 47-72, mayo-ago., 2004.

qual terá primazia o seu contrário. Por isso, sugere-se a hierarquia móvel, como formulação de um enunciado, sem a composição uma hierarquia de direitos sociais absolutos, mas de uma preferência relativa ao caso concreto, não excluindo definitivamente uma solução diferente para outro conflito diverso.

Mendes¹² sintetiza a ponderação do princípio da proporcionalidade na restrição de direito fundamental, o qual se estabelece com o conflito entre distintos princípios constitucionais por meio de três máximas parciais: “a adequação, a necessidade e a proporcionalidade”.

Corroborando esse entendimento, Reale¹³ leciona que:

“Em suma, pode-se, desde já, inferir que a aplicação da máxima da proporcionalidade por via da análise das três máximas parciais, como diz Alexy, são importantes para dirigir, circunscrever, orientar a explicação da escolha, no caso concreto, acerca da primazia de um direito fundamental sobre outro. Contudo, o estudo da adequação da solução, da necessidade e da correspondência justa ao fim almejado não são suficientes para dotar este juízo de ponderação de objetividade, de certeza, pois, a cada intérprete uma ponderação, segundo a sua própria percepção do peso que possui cada direito fundamental e o valor que encerra.”

Como pressuposto, se o ato impugnado tem aderência adequada – aptidão para produzir o resultado desejado – sendo este necessário, no sentido da última instância ou impossibilidade de substituí-lo por outro igualmente eficaz e menos gravoso, faz-se necessário fixar uma relação ponderada entre o patamar de restringibilidade do princípio e o estágio de realização do princípio conflitante – proporcionalidade em sentido estrito¹⁴.

Perfilhando entendimento análogo, Silva¹⁵ pontua que determinados direitos sociais não se submetem a limites contingentes, uma vez que são garantidos por dispositivos constitucionais que não fazem menção a nenhuma possibilidade de restrição prática em seu âmbito. No cenário brasileiro, e sob a égide da atual Carta Constitucional, um exemplo de direito não submetido à reserva legal seria justamente a segurança pública.

12. MENDES, Gilmar Ferreira. *A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal* – Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade – Estudos de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
13. REALE JÚNIOR, Miguel. *Limites à liberdade de expressão*. *Revista Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 395, jul.-dez. 2010.
14. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade* – Estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
15. SILVA, Virgílio Afonso da. *Os direitos fundamentais e a lei: a Constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?* In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Orgs.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Conforme esclarece o autor¹⁶, a principal consequência da existência desta categoria como direitos fundamentais seria a sua não-restringibilidade. Logo, resta compreendido que um direito fundamental garantido sem reserva legal não pode ser cerceado nem mesmo por uma lei, tampouco o Judiciário poderia restringir um direito fundamental não submetido a uma previsão expressa de restringibilidade.

A doutrina constitucional contemporânea vem demonstrando a hipótese de restrições impostas sobre determinados direitos, como a compatibilidade existente entre as proibições e o princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, com base no Direito alemão, a orientação que permite converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), pressupõe a legitimidade dos meios utilizados e da finalidade almejada, qualificada pela adequação dos meios para os objetivos perquiridos (*Geeignetheit*) e a estrita necessidade desta restringibilidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*). Por meio desta composição um juízo exauriente, acerca da proporcionalidade/razoabilidade da medida, poderá ser obtido mediante a ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador, a saber, a proporcionalidade em sentido estrito¹⁷.

O pressuposto da adequação (*Geeignetheit*) demanda a demonstração da aptidão das medidas em alcançar os objetivos propostos. A necessidade ou exigibilidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhuma outra medida menos gravosa seria igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. “Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado.”¹⁸

A proporcionalidade entre os direitos fundamentais evidencia método clássico e ordinariamente eficaz para solucionar os entraves em sede de jurisdição constitucional, modelo esse que sopesa a conveniência e importância das relativizações principiológicas, por meio da cedência recíproca, atribuindo-se a intensidade e tensão moduladas dos princípios.

Segundo Brugger¹⁹, a liberdade de opinião segue idêntico raciocínio, não se firmando como direito fundamental prioritário ou prevalente (*in absoluto*), mas, sim, “especialmente significativa na análise constitucional”.

-
16. SILVA, Virgílio Afonso da. *Os direitos fundamentais e a lei: a Constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?* In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Orgs.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
 17. MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 23, p. 469-475, dez. 1994.
 18. MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 23, p. 469-475, 1994.
 19. BRUGGER, Winfried. Proibição ou tutela do discurso de ódio? Uma controvérsia entre Alemanha e EUA. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Depreende-se, por conseguinte, que a compatibilização dos direitos sociais é tarefa que pode envolver questões peculiares individuais a cada situação de conflito. Se, por um lado, nenhum princípio pode ter assunção absoluta, em todos os casos, pondera-se que em determinados contextos também não é possível a coexistência dos primados conflitantes. Tendo em vista a importância coletiva e individual de um princípio, a garantia do direito (como na tensão entre a limitação orçamentária e a prática da Administração em face da correta prestação do direito social à segurança pública e individual) dependerá da limitação pontual de outro direito fundamental, analisada caso a caso, considerando seu contexto.

De maneira sintética, pode-se dizer que a adoção de princípios como a dignidade e a igualdade por diversas Constituições, ao longo da história, comprova que a dimensão igualitária materializa o corolário do processo de reconhecimento dos direitos sociais. Com efeito, coloca-se em xeque sua própria legitimação como valor fundamental uma vez que esta adjetivação atualmente vem sendo empregada para categorizá-los em patamar inferior aos direitos individuais.

3. EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DA NATUREZA DO DIREITO À SEGURANÇA PÚBLICA

A regulamentação dos direitos sociais passou a ser incorporada nas Constituições promulgadas a partir do século XX. Um dos marcos principais nesse sentido foi a Constituição mexicana de 1917, trazendo um acervo de direitos sociais e fixando um protótipo constitucional que, posteriormente (1919), seria adotado na Constituição de Weimar, além de influenciar inúmeros outros sistemas legais no mundo. Ademais, a Constituição mexicana foi a pioneira na constitucionalização de direitos sociais via equiparação desses a direitos fundamentais.

Todavia, ela não previu expressamente a segurança pública como um direito social, dificultando sua efetivação e a responsabilidade do Estado no caso de omissão pela via judicial. Vislumbrava-se a segurança pública apenas como uma das atribuições conferidas aos municípios; contudo, pela generalidade da norma, não eram ditados parâmetros ou funções essenciais vinculadas à segurança²⁰.

Se a segurança pública atualmente consubstancia-se por um emaranhado de direitos prestacionais e de defesa que se complementam mutuamente pela miríade de direitos individuais, no passado, as premissas eram distintas. A ideia de ordem e integridade nacional era imanente à segurança pública, deixando as questões relativas a violações

20. Artículo 73. VI [...] Son facultades de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal las siguientes: [...] seguridad pública y protección civil.

Artículo 115. III Los municipios, con el concurso de los Estados cuandoasifuerenecesario y lodeterminen las leyes, tendrán a su cargo los siguientes servicios públicos: [...] h) Seguridad pública y tránsito.

eventuais de bens jurídico-penais na esfera contingencial das forças policiais e do Judiciário.

Somente a partir do momento em que se verificava uma violação sistêmica no âmbito público – violação esta capaz de dar ensejo a uma mudança ou implementação de política criminal ou de segurança –, estaria tratando diretamente da segurança pública.

A Constituição de Weimar, diferentemente, já apresentava a segurança interna (*innereSicherheit*) como sinônima da segurança pública (*öffentlicheSicherheit*). A despeito disso, Andrade²¹ esclarece que ambas se referem à preservação de bens jurídicos de cada um do povo contra as ameaças originadas no seio da própria sociedade.

Corroborando essa assertiva, Hurtado²² assevera que, muito embora tácita, a ideia da segurança pública como um princípio fundamental, perpassava por boa parte das normas contidas na Constituição mexicana de 1917. Esclarece o autor que essa Constituição estabeleceu um conceito de direito à propriedade privada que facilmente a caracterizaria como um direito de índole social. É o que se depreende do seu artigo 10, ao prever a possibilidade de possuir armas no domicílio para segurança e legítima defesa. Igualmente, os artigos 14 a 16 contêm várias garantias de segurança relativas a atos de autoridade para proteger a vida, a liberdade ou a propriedade, os bens ou direitos, a família, o domicílio e os papéis.

Denota-se, por conseguinte, que, em um primeiro momento, a introdução de constituições de jaez social fez com que o protótipo constitucional da segurança pública fosse funcionalizado para o pleno exercício dos direitos fundamentais. Esse arranjo, ao afastar a vinculação estritamente penal e repressiva do caráter da segurança, representou um importante avanço na compreensão do referido primado. Não bastasse isso, as medidas de caráter transindividual e a inserção do Estado como agente fundamental na promoção de condições de vida adequadas para um ambiente seguro (e a eventual responsabilização no caso de sua omissão) fizeram com que a segurança pública fosse percebida como um verdadeiro direito social.

Como pressuposto, a Constituição de 1917 deixou clara a relação existente entre um contexto de estabilidade integral e sustentável e o fortalecimento da soberania da nação para o pleno exercício do regime democrático²³.

Esse modelo constitucional de segurança pública era visto como um complexo jurídico que envolvia programas e políticas que se voltavam para a defesa da própria

21. ANDRADE, Vander Ferreira. *Do direito fundamental à segurança pública – Análise crítica do sistema constitucional de segurança pública brasileiro*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, 2010.
22. HURTADO, Miguel de la Madrid. *La Constitución de 1917 y sus principios políticos fundamentales*. Archivos Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Disponível em: [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/95/4.pdf>]. Acesso em: 04.10.2021.
23. HURTADO, Miguel de la Madrid. *La Constitución de 1917 y sus principios políticos fundamentales*. Universidad Nacional Autónoma de México. Disponível em: [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/95/4.pdf>]. Acesso em: 04.10.2021.

segurança nacional. Ainda não se tinha um caráter local, ao passo que a segurança pública, no início do século XX, voltava-se para as políticas nacionalizadas de segurança e combate ao crime.

Em resposta à criminalidade, ocorreu uma gradual modificação no padrão constitucional da segurança pública. Um dos principais fatores que contribuíram para tal mudança foi o delineamento de competências legislativas e de defesa, atribuindo uma unidade ideológica na salvaguarda dos direitos fundamentais.

A questão da hibridizade entre a segurança individual e a social acabou por ser concedida apenas no final da década de 1980. A premissa fundamental foi a compreensão, por parte da literatura constitucional, que uma perspectiva eficaz e vanguardista de segurança pública não deveria contemplar apenas a macrocriminalidade, uma vez que, em sendo afetada parcela da população, o Estado falharia no mister de prestar esse direito fundamental. Corroborando esse entendimento, Gerônimo²⁴ destaca que “não há, pois, como desassociá-las, já que não há como existir segurança da comunidade sem que haja segurança individual”.

O artigo 21 da Lei Fundamental mexicana, a partir da reforma de 31 de dezembro de 1994, determinou que os entes federados deveriam estabelecer o Sistema Nacional de Segurança Pública. Logo, a ponderação entre os limites contingentes da Constituição mexicana e os demais princípios relacionados à segurança da população acabou por externar na Carta mexicana atual um sistema, ainda que programático, materializando um princípio orgânico de coordenação e integração para converter a matéria de segurança pública em um tópico de permanente relação federal, estadual e municipal. O estabelecimento do Sistema Nacional de Segurança trouxe como inovação a abertura de um canal jurídico de articulação institucional que permitiu uma assertividade operacional, alicerçada com estratégias e ações para sua efetivação.

Sobre o tema, Fernández²⁵ explica que houve uma expressa evolução no conceito de segurança pública, influenciada pelo sistema de direitos sociais da Constituição de 1917, possibilitando a adoção de um conceito muito mais inclusivo, diferente de outrora, quando a segurança era entendida apenas como um estado de legalidade normal em que a autoridade exercia suas atribuições e os governados obedeciam sem protesto – uma noção muito similar à ordem pública. A Constituição mexicana, ao inovar sobre o tema, estabeleceu o paradigma no qual esta concepção insuficiente foi sobreposta pela ideia de um “estado de coisas” que contemplasse a garantia do pleno exercício dos direitos e das liberdades fundamentais.

-
24. GERÔNIMO, Gislene Donizetti. *Segurança pública: dever do Estado: garantia do exercício da cidadania*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2011.
 25. FERNÁNDEZ, José Antonio González. *La seguridad pública en México*. Universidade Nacional do México. Disponível em: [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/419/12.pdf>]. Acesso em: 04.10.2021.

Ainda, segundo o autor²⁶, como função do Estado, a segurança pública é o mecanismo ideal para a realização desse valor supremo do direito, que é a segurança em sua concepção genérica. Diante disso, ao coordenar atividades, tais como prevenção, repressão, punição de crimes e reintegração do infrator, tutela a integridade e os direitos das pessoas, o estado preserva as liberdades e mantém a ordem pública e a paz social.

4. ADJETIVAÇÃO SOCIAL DA SEGURANÇA PÚBLICA E MICROFÍSICA DO PODER NO ESTADO SOCIAL DE SEGURANÇA

Ao se tratar do tema “segurança” de modo genérico, esse adquire o sentido de garantia e proteção. Para além disso, projeta-se um cenário em que o Estado deve proporcionar padrões mínimos de estabilidade, por meio de instrumentos que garantam aos indivíduos e a suas famílias condições de direitos sociais dignos. Essas condições devem, entre outros aspectos, propiciar posturas de natureza preventiva e ostensiva contra fatores que possam ferir a paz e a ordem social.

Grosso modo, pode-se dizer que a segurança pública consiste em um dos pilares fundamentais para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, dado que nenhum sistema jurídico racional pode se estabelecer sem que exista o devido assentamento de um aparato público de proteção mínima aos cidadãos e às instituições do país. O respeito ao sistema constitucional de direitos e garantias fundamentais ocorrerá na medida em que se promova um *standard* de normalidade no cotidiano social.

Nessas tintas, sob pena possibilitar a promoção de normas excessivamente rigoristas, incongruentes ou emergencialistas, especialmente no campo penal, imprescindível preservar a ordem pública. Os descontentamentos e as comoções relacionadas à incerteza na segurança, ao medo da vitimização e à crescente criminalidade hodiernamente desembocam em reivindicações políticas extremadas, com prejuízos imensuráveis à coletividade.

Entretanto, para a perfeita compreensão do sentido da catalogação da segurança pública no rol dos direitos sociais, mormente no contexto brasileiro, preliminarmente, faz-se necessária a análise das esferas de sua incidência prática.

Genericamente, a segurança é tratada no *caput* do artigo 5º da Constituição de 1988, garantida como um direito fundamental. Ladeando outros postulados importantes como a igualdade, o direito à vida e à liberdade, a segurança configura uma condição *sine qua*

26. FERNÁNDEZ, José Antonio González. *La seguridad pública en México*. Universidade Nacional do México. Disponível em: [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/419/12.pdf>]. Acesso em: 04.10.2021.

non a uma vida digna. Do mesmo modo, a segurança está prevista no artigo 6º como um direito social²⁷.

Considerando que a segurança se relaciona diretamente aos anseios da ordem social, forçoso reconhecer que ela configura, simultaneamente, um dos objetivos do Estado e um meio para que as pessoas, individualmente consideradas, alcancem seus próprios objetivos. Como pressuposto, resta estabelecido que a segurança é um direito fundamental, contribuindo como cultura da dignidade da pessoa humana, e um direito social, criando expectativas de condutas que facultam a existência de uma ordem social programada ao bem-estar e à convivência harmônica.

De modo particularizado e apontada como um dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, a segurança pública encontra-se delineada no artigo 144 da Constituição Federal. Logo, infere-se que a segurança constitui um gênero que, de forma deliberadamente abstrata, foi disposta como direito social na Carta Constitucional. Com efeito, uma de suas muitas espécies consiste justamente na segurança pública.

Santin²⁸ ressalta que é axiomático o dever de o Estado prover condições para que os cidadãos convivam em uma sociedade harmônica, com paz e tranquilidade. Por conseguinte, tratando-se de uma garantia fundamental do cidadão, não há grandes discussões sobre alçar o direito à segurança pública à categoria dos direitos fundamentais. Sob o aspecto da segurança pública classificada como direito social, é insculpida a ideia de que ela se mostra como um dos principais pressupostos para a viabilização dos demais direitos sociais, na medida em que a saúde, a educação, o lazer, a moradia são todos afetados pela ausência de condições adequadas de segurança.

A despeito disso, fundamental investigar a abrangência dessa compreensão. Em última instância, somente se pode promover um verdadeiro estado de estabilidade e defesa mediante a proteção individualizada de cada pessoa contra os riscos advindos da criminalidade. Em outras palavras, a dúvida contempla a possibilidade de incorporação da segurança individual ao grupo de direitos fundamentais na mesma intensidade que a segurança pública, eficientizando todos os processos e programas públicos que perpassam tais modelos.

A segurança, do prisma social, adquire um caráter generalizado, aplicando-se a todos indistintamente e de forma indivisível. Contudo, os mecanismos políticos de supressão ou minimização das ameaças à segurança pública estão vinculados a duas esferas particularmente distintas. O Estado ao editar leis penais, organizar políticas públicas de segurança, administrar a atuação das polícias seria responsável pela segurança pública em uma esfera de macrocriminalidade? Ou, em verdade, a segurança pública seria um

27. ANDRADE, Vander Ferreira. *Do direito fundamental à segurança pública: análise crítica do sistema constitucional de segurança pública brasileiro*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, 2010.

28. SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. São Paulo: ed. RT, 2004.

conceito ínsito e indissociável da segurança individual e, portanto, esse dever seria estendido também à esfera da microcriminalidade?

Esse tema não é pacífico na doutrina e na jurisprudência pátria; todavia, tem-se admitido que o Estado responda civilmente pela eventual ocorrência de crime contra um cidadão se, no caso concreto, restar configurado que o evento delitivo se viabilizou pela inapetência da Administração Pública em fornecer condições de segurança adequadas. Nada obstante, essa responsabilização é condicionada ao requisito de uma omissão específica e pela quebra de um dever individualizado de agir, não se admitindo, portanto, o dever genérico de implementação de política pública para assegurar imposição constitucional.

É o que se depreende do teor do Recurso Extraordinário 683.811/RJ, de 2013, julgado pelo Supremo Tribunal Federal:

“Não é toda inação administrativa que rende ensejo a responsabilidade civil do Poder Público, mas apenas as omissões específicas, onde há o dever individualizado de agir. Se o dano decorre de inobservância de um dever genérico e universal não há como se imputar ao ente estatal o dever de indenizar, porque inexistente a relação direta de causa e efeito entre a omissão estatal e o prejuízo experimentado pela vítima.

O descumprimento do dever genérico estatal de implementar política pública para assegurar a imposição constitucional de que seja providenciada a segurança pública não rende ensejo ao dever estatal de indenizar pelos danos decorrentes de vandalismo em data imprecisa, porquanto inexistente o dever individualizado de agir indispensável para a caracterização do nexo de causalidade e ensejador da responsabilidade civil do Estado.”

Sob esse enfoque, importante ter em vista que, tradicionalmente, tende-se a definir direitos sociais em contraposição aos direitos de defesa. Enquanto os primeiros diriam respeito a postulados de cariz positivo que demandam prestações para serem viabilizados e à alocação de recursos financeiros (dotação orçamentária própria), normativos (leis que regulamentam e viabilizam a atuação do Poder Público e de particulares em prol de sua efetivação) e técnicos (emprego de conhecimento específico, como técnicas policiais de prevenção e combate à criminalidade ou estudos de política criminal), os segundos consistiriam na prerrogativa de obstar a atuação do Estado ou particulares, a fim de preservar uma esfera de intangibilidade.

Desse modo, os direitos sociais demandariam a ação prestacional de um terceiro, público ou privado, que criaria as condições necessárias para sua efetivação. Assim, de exigibilidade diferida e condicionada (e, por vezes, programática), sua viabilização somente ocorreria diante de uma conjuntura própria de regulamentação suficiente, fornecimento de pessoal, equipamentos e técnicas adequadas. Pode-se dizer, portanto, que os direitos sociais não nasceriam prontos para serem utilizados por seus titulares.

Nada obstante, a propinquidade entre a previsão abstrata e o aparato prestacional que permitiria ou obstar a fruição imediata do direito, não tem o condão de definir corretamente os direitos sociais, sob pena de sua não implementação.

Ramos²⁹, por exemplo, indica que o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais³⁰ possui um rol de direitos sociais em aplicabilidade plena e imediata.

Diante de tais premissas, questiona-se: quais seriam os direitos de defesa dentro do contexto da segurança pública? Qualquer tensão legislativa entre o Estado e o cidadão, fazendo com que o primeiro estabeleça alguma forma de restrição nesse direito e, porventura, venha a prejudicar o direito de defesa da vida, patrimônio, liberdade e outros primados relacionados à segurança individual ou coletiva. Mencionam-se como exemplo as leis municipais que estabelecem limites para a instalação de *ofendículos*³¹ (arame farpado, cercas eletrificadas, objetos pontiagudos em muros, cães de guarda), a limitação administrativa e penal sobre o porte de armas de fogo (Lei 10.826/2003), de armas brancas (Lei 7.031/2015 do Estado do Rio de Janeiro e Lei 22.258/2016 do Estado de Minas Gerais) e de objetos de defesa (Decreto R-105 do Comando Logístico do Exército Brasileiro – aparelhos de choque, *tasers*, dispositivos de gás ofensivo e coletes balísticos), além das restrições normativas para a instalação de blindagens automotivas e residenciais.

Outro aspecto fundamental consiste nas fronteiras de legitimidade do revide à injusta agressão. Não obstante o dever do Estado em evitar a vindita, há exponencial divergência

29. RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

30. O artigo 8º prevê uma agenda programática na qual os Estados Partes se comprometem a garantir uma série de direitos sociais, entre os quais a segurança nacional e a ordem pública, em prol de uma sociedade democrática e com respeito aos direitos e liberdades de todos.

“1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir:

a) O direito de toda pessoa de fundar com outras, sindicatos e de filiar-se ao sindicato de escolha, sujeitando-se unicamente aos estatutos da organização interessada, com o objetivo de promover e de proteger seus interesses econômicos e sociais. O exercício desse direito só poderá ser objeto das restrições previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades alheias.

b) O direito dos sindicatos de formar federações ou confederações nacionais e o direito destas de formar organizações sindicais internacionais ou de filiar-se às mesmas.

c) O direito dos sindicatos de exercer livremente suas atividades, sem quaisquer limitações além daquelas previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades das demais pessoas:” [...].

31. Aparelhos predispostos para a defesa da pessoa ou sua propriedade, visíveis ou ocultos, equipados com meios mecânicos de infligir dano ao invasor ou agressor. No direito penal, constituem exercício regular de direito enquanto inertes, ao passo que legítima defesa preordenada quando ativados. Tais escusas penais apenas incidirão no caso de licitude do aparelho e moderação no uso, o que pode estar associado ao respeito à legislação municipal que os regulamentam.

e sobreposição dos critérios caracterizadores da legítima defesa, seja de uma nação para outra, seja pelo decurso temporal.

A ideia de a prerrogativa do cidadão rechaçar a agressão perpetrada por um delinquente sem que o primeiro incida igualmente em crime é um dos limites que pode dar ensejo a uma modulação do próprio direito à segurança pública. Veja-se o exemplo do Projeto de Lei 7.104/2014 que retira a figura do excesso na legítima defesa, especialmente descaracterizando a tipicidade dos atos de defesa no interior de domicílio. Conforme a mencionada proposição, estaria acobertado pelo Direito Penal aquele que praticar atos de revide, ainda que de maneira desproporcional ou incorrendo em excesso “no interior do domicílio, urbano ou rural, onde habita contra pessoa nele não autorizada a entrar”.

Não há que se olvidar que o Estado é o responsável típico pela prestação normativa dos direitos sociais e o principal titular na sua realização fática. Todavia, no campo da segurança pública, consoante ponderado por Dimoulis e Martins³², a própria Constituição declina a corresponsabilidade da segurança com a sociedade. Logo, o papel da segurança pública deve ser exercido por todos, na medida de sua capacidade fática – aos cidadãos restaria o dever de autotutela na preservação de bens próprios, e a faculdade/dever de defender aqueles bens de terceiros ou próprios (na medida em que o quadro jurídico fornece os instrumentos para tanto – como a legítima defesa e a prerrogativa de realizar a prisão em flagrante).

Por óbvio que essa corresponsabilidade não retira do Estado o seu protagonismo como agente responsável pela implementação da segurança pública. Como corolário, os órgãos oficiais responsáveis pela manutenção da segurança devem exercer uma constante vigilância, prevenção e repressão das condutas violentas e não violentas que possam afetar a ordem social³³.

De acordo com o pensamento de Clève³⁴, a positivação da segurança pública como um direito social não é estanque, fixando um horizonte eficaz progressivamente mais vasto. Isso decorre porque a segurança não cumpre a função de dar aos jurisdicionados patamar de estabilidade mínimo (segurança cognitiva), mas um verdadeiro quadro existencial tendo em vista a maximização dos direitos fundamentais.

Todavia, conforme analisado por Sarmento³⁵, em sede judicial, alguns parâmetros são postos como limites contingentes à apreciação dos direitos sociais, como a reserva do possível e a dotação orçamentária específica. Diante disso, a impossibilidade material

32. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

33. BOULOS, UadiLammêgo. *Constituição Federal anotada*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

34. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: ed. RT, 2000.

35. SARMENTO, Daniel. Proteção social dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2008.

ou financeira para o correto adimplemento da segurança pública deve levar em conta o contexto em que for alegada.

Em consequência, em razão da complexidade da delinquência (principalmente da criminalidade organizada e do narcotráfico), por exemplo, faz com que a adoção de políticas públicas para sua contenção surta diferentes resultados a depender do território e da natureza do delito. Logo, o argumento da demonstração da impossibilidade fática de prestar a segurança pública adequada terá maior ou menor intensidade conforme tais parâmetros. Em uma área dominada por organização criminosa ou região de alta periculosidade, justificar-se-ia com maior naturalidade a exceção.

A partir da definição de poder em Foucault³⁶, observa-se que os centros de poder são materializados nos núcleos de transmissão elementares que não negam a adjacência do poder do Estado, mas propõe leitura distinta das formas tradicionais de fazê-lo. Foucault tomou evidente que o direito de fazer viver e deixar morrer é uma das dimensões do poder de soberania dos Estados modernos e que esse direito de vida e de morte só se exerce de uma a forma desequilibrada³⁷.

Recentemente, o Brasil tem experimentado processos de desestabilização referentes ao controle social, estribados em fenômenos tais como o crescimento das formas de violência e de criminalidade. Paradoxalmente, esse fenômeno corre justamente diante de um maior grau de profissionalização da segurança pública, conforme apontado por Jacondino³⁸. No campo do Direito, a transindividualidade da segurança, como valor coletivo, ocorre pelo hiato importante que se vê quando há justamente falhas nos procedimentos de políticas públicas de segurança que contrastam com a implementação de programas mais adequados ao modelo democrático em que as formas de viver constam como elemento central.

Perfilhando o mesmo entendimento, Gomes³⁹ aponta que a crise de segurança pública é propulsionada pela inexistência de reestruturação do modelo de segurança pública por meio de um viés desmilitarizador, relacionando o art. 42 da Constituição Federal e a PEC 51/2013:

“Percebe-se a denominada vigilância hierárquica de Michel Foucault, que se encontra presente e viva nas instituições militares na atualidade. Segundo o renomado autor,

36. FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2021.

37. PURIFICAÇÃO, Claudete Tonioti Rota da. *O exercício do poder, o Estado e a polícia: uma investigação da “microfísica do poder” de Foucault*. Especialização em segurança pública. Universidade Federal do Paraná (UFPR).

38. JACONDINO, Eduardo Nunes. *Os regimes disciplinares e a construção microfísica da profissionalização da segurança pública*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Porto Alegre, 2011.

39. GOMES, Paulo Henrique Ribeiro. *O militarismo nas instituições policiais e a crise da segurança pública brasileira*. 1º out. 2016. Disponível em: [<https://jus.com.br/artigos/52518/o-militarismo-nas-instituicoes-policiais-e-a-criese-da-seguranca-publica-brasileira>]. Acesso em: 04.10.2021.

a vigilância hierárquica se realiza a partir da explicitação do olhar sobre aqueles que são observados e das pequenas técnicas das vigilâncias múltiplas e entrecruzadas, dos olhares que devem ver sem ser vistos. A vigilância, em todas as estruturas institucionais, seja de forma explícita ou implícita, viabiliza a disseminação do poder disciplinar, no qual Foucault denomina a microfísica do poder. [...] Trata-se de um rigoroso controle interno, permeado pelos princípios da hierarquia e disciplina, com nítido viés Foucaultiano.⁴⁰

Não há que se olvidar que tendências para aperfeiçoar essa estrutura podem ser vistas, conquanto estejam imersas em um processo de ressignificação do campo dos direitos sociais, surgindo em conjunto com a implementação de garantias penais e processuais penais racionais, conforme a análise do aparelho institucional no pensamento de Foucault sobre o panoptismo das institucionais (aparelhamento disciplinar). Esse exame combina as técnicas da hierarquia que vigia e as da sanção que normaliza. É, portanto, um controle normalizante, uma vigilância que permite qualificar, classificar e punir⁴⁰.

5. OS LIMITES CONTINGENCIAIS NA JUDICIALIZAÇÃO DE DEMANDAS REPARATÓRIAS CONTRA O ESTADO: OMISSÃO GENÉRICA E NEXO DE CAUSALIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS

A responsabilidade do Estado pela ocorrência de violação à segurança pública ainda é um tema complexo e que enseja múltiplas interpretações no campo do Direito Constitucional-Administrativo. Desde a Constituição de 1946, criou-se a fixação normativa de que a responsabilidade civil do Estado seria objetiva.

Segundo o texto do artigo 37, §6º, da Constituição de 1988, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado, prestadoras de serviços públicos, responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa. Tacitamente, indica-se que o Estado será responsabilizado toda vez que houver um dano atribuível a uma pessoa pública específica.

Nessa qualidade, está a evidenciar que a Carta Constitucional adotou expressamente a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade da Administração Pública, e não a teoria do risco integral, porquanto condicionou a responsabilidade objetiva do Poder Público ao dano decorrente da sua atividade administrava. Com efeito, impõe-se genericamente a condição da existência da relação de causa e efeito entre a pessoa pública (materializada ou não em um agente público) e o dano. Ausente tal nexo, argumenta-se a imprópriedade em responsabilizar o Estado objetivamente.

Fundamentalmente, a adoção integral desse argumento do Direito Administrativo para impor um óbice nas falhas sistêmicas de segurança pública, corresponde à adoção de

40. FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2021.

um caráter mais restritivo (diga-se, impróprio) do conceito social da segurança pública. Isso ocorre porque a ascensão da criminalidade quase nunca é atribuível a um agente público determinável, ou seja, um conjunto de fatores, que envolve deveres e responsabilidades do Estado e dos particulares (daí a importância de a Constituição brasileira ter cognominado a segurança como direito e dever de todos) que culminam na ocorrência de ato ilícito.

Não obstante, em muitos casos, aqueles que deveriam ser beneficiados pela atividade da Administração Pública são homiziados na cautela do Estado, em uma flagrante e escancarada desídia estatal. Logo, fixar a omissão genérica e nexos de causalidade como limites contingentes para a reparação do dano perante o Estado geraria um obstáculo absoluto na judicialização das demandas envolvendo a segurança pública. Sobre o tema, as ponderações de Aveline⁴¹:

“A segurança pública não é mais responsabilidade única do Estado, mas um dever de todos, tendo como destinatários também os particulares, embora seja necessária a mediação legislativa para a sua aplicação. Não se restringe à esfera penal nem à obrigação dos integrantes de uma comunidade de velar por sua própria segurança pessoal, revelando, também no seu âmbito, o princípio democrático, de modo a permitir e mesmo impor a participação popular, por meio de órgãos e entidades criados para esse fim, na formulação e no controle da gestão da segurança pública. [...] O texto constitucional, porém, não é formal e materialmente algo estático e rígido e absolutamente indiferente às alterações da realidade. Exige, também, no mais das vezes, atuação legislativa para a realização efetiva dos fins preconizados pela Constituição, e, por essas razões, tanto as alterações quanto a concretização legal das decisões constitucionais pertencem prioritariamente às instâncias de representação política da comunidade, vale dizer, ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo.”

Um dos exemplos mais significativos em que se pode verificar essa postura trata-se da das ações indenizatórias contra o Estado pelo disparo de arma de fogo em trajeto desconhecido (“bala perdida”). No confronto entre policiais e criminosos, pessoas inocentes são atingidas. Deveria o Estado ser responsabilizado nesses casos? A resposta é indiscutivelmente positiva porque o dano teve por causa a atividade administrativa.

Diante de um contexto dessa magnitude, despiendo o conhecimento probatório se o projétil partiu da arma do agente público ou não, bem como a comprovação da existência de confronto policial. Relevante é o fato de ter o dano decorrido da omissão (ainda que genérica) do Estado no provisionamento da segurança naquela localidade.

Corroborando essa assertiva, a sustentação jurídica do acórdão a seguir, oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, merece destaque:

41. AVELINE, Paulo Vieira. *Segurança pública como direito fundamental*. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, 2009.

“Constitucional. Civil. Responsabilidade civil. Responsabilidade civil do Estado. “Bala Perdida”. Linha Amarela. Ferimento causado a transeunte em tiroteio provocado por terceiros não identificados. Artigo 37, § 6º da Constituição Federal. Não se desconhece que é francamente majoritária a orientação jurisprudencial no sentido de que o Estado não tem responsabilidade civil por danos provocados em episódios de “bala perdida”, sendo invariável o argumento de que o Estado não pode ser responsabilizado por “omissão genérica”. Reclama revisão a jurisprudência que reconhece a não responsabilidade civil do Estado do Rio de Janeiro pelos frequentes danos causados por balas perdidas, que têm levado à morte e à incapacidade física milhares de cidadãos inocentes. O clima de insegurança chegou a tal ponto que os mais favorecidos têm trafegado pelas vias da cidade em carros blindados. Há uma guerra não declarada, mas as autoridades públicas, aparentemente, ainda não perceberam a extensão e a gravidade da situação. Pessoas são assassinadas por balas perdidas dentro de suas casas, enquanto dormem, em pontos de ônibus, em escolas, nas praias e em estádios de futebol. O Estado não se responsabiliza por esta criminoso falta de segurança, escudado por um verdadeiro nonsense teórico-jurídico, como se os projéteis que cruzam a cidade viessem do céu. Além disso, a tese tem servido como efetivo estímulo para que a Administração permaneça se “omitindo genericamente”, até porque aos eventos de balas perdidas tem-se dado o mesmo tratamento jurídico dispensado ao dano causado pelo chamado “Act of God”. A vetusta doutrina da responsabilidade subjetiva por atos omissivos da Administração Pública não tem mais lógica ou razão de ser em face do abandono em que se encontra a população da cidade do Rio de Janeiro. Ainda que se concordasse com o afastamento da responsabilidade objetiva, nestes casos, seria possível, sem muito esforço, verificar que no conceito de culpa “stricto sensu” cabe a manifesta inação do Estado e sua incapacidade de prover um mínimo de segurança para a população, sendo intuitivo o nexo causal. Não se trata bem de ver, de episódios esporádicos ou de fortuitos. Tais eventos já fazem parte do dia-a-dia dos moradores da cidade. Pessoas são agredidas e mortas dentro de suas próprias casas. Autoridades são roubadas em vias expressas sob a mira de armamentos de guerra. Dizer que o Estado não é responsável equivale, na prática, a atribuir culpa à vítima. O dano sofrido é a sanção. Recurso provido por maioria. Rio de Janeiro. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.” (AC 2008.001.55121, 20ª Câm.Cív.rel.Des. Marco Antônio Ibrahim, j.06.05.2009.)

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término desse estudo, restou compreendido que, em uma perspectiva democrática e participativa, o Estado não pode ser visto como terceiro, como o outro.

Consoante observado acerca da linguagem constitucional, infere-se que, dentro da sua seara, coexistem múltiplas linguagens próprias, representando, portanto, uma esfera ideológica interpretativa. Uma mesma palavra ou termo – como no caso dos direitos individuais e sociais – podem servir a interpretações distintas que, por sua vez, admitirão problemas teóricos sobre os direitos sociais que demandam soluções individualizadas.

Incontroverso o reconhecimento em todo ser humano de um atributo supremo que lhe atribui um conteúdo mínimo, implicando um complexo de direitos e fundamentos que lhe garanta condições existenciais mínimas para um viver adequado, materializado em abstenções e ações prestacionais do Estado, bem como direitos e deveres recíprocos entre os próprios indivíduos, promovendo ativamente a participação e convivência social e harmônica com a humanidade e os demais seres viventes.

Especialmente em um momento como esse, no qual a demanda eficientizada dos direitos sociais nunca esteve tão em voga, destaca-se a fundamentalidade de corpos constitucionais como a Carta mexicana de 1917 e a alemã de 1919 (Weimar).

Na normatização constitucional do exercício da função-dever de segurança pública, percebe-se que sua força normativa é informada justamente pela percepção oriunda da adjetivação desse direito em relação aos direitos individuais.

Por fim, em um cenário de insegurança, com a profusão da criminalidade e do medo da vitimização, a problematização da responsabilidade do Estado diante de sua inapetência na gestão dos mecanismos de segurança acaba por repercutir no tratamento constitucional que é dado a tal direito fundamental.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1983.
- ANDRADE, Vander Ferreira. *Do direito fundamental à segurança pública: Análise crítica do Sistema Constitucional de Segurança Pública brasileiro*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, 2010.
- AVELINE, Paulo Vieira. *Segurança pública como direito fundamental*. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre. 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE Ag 683.811/RJ, 2. T., rel. Min. Celso de Mello, j. 19.02.2013. Agravante Rio Ita Ltda., Agravado Estado do Rio de Janeiro.
- BRUGGER, Winfried. Proibição ou tutela do discurso de ódio? Uma controvérsia entre Alemanha e EUA. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- BOULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade*. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: ed. RT, 2000.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FERNÁNDEZ, José Antonio González. *La seguridad pública en México*. Universidade Nacional do México. Disponível em: [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/419/12.pdf>]. Acesso em: 04.10.2021.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2021.
- GERÔNIMO, Gislene Donizetti. *Segurança pública: dever do Estado: garantia do exercício da cidadania*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2011.
- GOMES, Paulo Henrique Ribeiro. *O militarismo nas instituições policiais e a crise da segurança pública brasileira*. 1 out. 2016. Disponível em: [<https://jus.com.br/artigos/52518/o-militarismo-nas-instituicoes-policiais-e-a-crise-da-seguranca-publica-brasileira>]. Acesso em: 04.10.2021.
- JACONDINO, Eduardo Nunes. *Os regimes disciplinares e a construção microfísica da profissionalização da segurança pública*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Porto Alegre, 2011.
- HURTADO, Miguel de la Madrid. *La Constitución de 1917 y sus principios políticos fundamentales*. Universidad Nacional Autónoma de México. Disponível em: [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/95/4.pdf>]. Acesso em: 04.10.2021.
- MARTINS-COSTA, Judith. Novas reflexões sobre o princípio da função social dos contratos: estudos do direito do consumidor. In: *Estudos de direito do consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade – Estudos de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 23, p. 469-475, dez. 1994.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MÜLLER, Friedrich. *Die positivitàt der grundrechte*. Berlin: Duncker & Humblot, 1969, apud ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. Imprensa: São Paulo, Verbatim, 2009.

- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard; KINGREEN, Thorsten; POSCHER, Ralf. *Grundrechte.Staatsrech II*. 30. ed. Deutsch: CF Müller, 2014.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. El constitucionalismo de los derechos. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 71, p. 47-72, mayo-ago. 2004.
- PURIFICAÇÃO, Claudete Tonioti Rota da. *O exercício do poder, o estado e a polícia: uma investigação da “microfísica do” poder de Foucault. Especialização em Segurança Pública*. 65 f. Universidade Federal do Paraná (UFPR).
- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- REALE JÚNIOR, Miguel. Limites à liberdade de expressão. *Revista Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 374-401, jul.-dez. 2010.
- SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. São Paulo: ed. RT, 2004.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Os direitos fundamentais e a lei: a Constituição brasileira tem um sistema de reserva legal? In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Orgs.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SARMENTO, Daniel. Proteção social dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2008.
- TJRJ. AC 2008.001.55121, 20ª Câm. Cív., j. 06.05.2009, rel. Des. Marco Antônio Ibrahim.



PESQUISA DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Constitucional

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- A questão social nas constituições brasileiras: uma crítica a partir da perspectiva democratizante, de Newton de Oliveira Lima – RT 886/87-115.

OS DIREITOS SOCIAIS ENQUANTO DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ABORDAGEM SOBRE A EDUCAÇÃO E O EXERCÍCIO DA CIDADANIA

SOCIAL RIGHTS AS FUNDAMENTAL RIGHTS: AN APPROACH TO EDUCATION AND THE EXERCISE OF CITIZENSHIP

CLEIDE ALVES DE ARRUDA

Mestranda do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília/SP – UNIMAR.
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1991-8028>
cleidearruda@hotmail.com

RAFAEL DE LAZARI

Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Estágio Pós-Doutoral pelo Centro Universitário "Eurípides Soares da Rocha", de Marília/SP. Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica, de São Paulo/SP. Professor da Graduação, do Mestrado e do Doutorado em Direito da Universidade de Marília/SP – UNIMAR. Professor convidado de Pós-Graduação (LFG, EBRADI, ProJuris Estudos Jurídicos, Aprovação PGE, entre outros), da Escola Superior de Advocacia e de cursos preparatórios para concursos e exame da Ordem dos Advogados do Brasil (LFG, G7, VipJus, IED, Vocação Concursos, PCI Concursos, entre outros). Professor dos Programas "Saber Direito" e "Academia", na TV Justiça, em Brasília/DF. Membro da UJUCASP – União dos Juristas Católicos de São Paulo. Palestrante no Brasil e no exterior. Autor, organizador e participante de inúmeras obras jurídicas, no Brasil e no exterior.
Advogado, consultor jurídico e parecerista.
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9808-8631>
prof.rafaeldelazari@hotmail.com

ÁREAS DO DIREITO: Constitucional; Direitos Humanos

RESUMO: Este estudo aborda os direitos sociais enquanto direitos fundamentais, destacando a educação e o papel que ela exerce na formação da pessoa para o exercício da cidadania. Para melhor delinear o assunto, apresenta-se um histórico do surgimento dos direitos fundamentais de primeira dimensão; na sequência, trata-se dos direitos sociais ou direitos de segunda dimensão;

ABSTRACT: This study addresses social rights as fundamental rights, highlighting education and the role it plays in educating people to exercise citizenship. To better delineate the subject, a history of the emergence of first-dimensional fundamental rights is presented; next, it is about social rights or second dimension rights; later, education is approached in the context of social

posteriormente, aborda-se a educação no contexto de direitos sociais; por fim, analisa-se a educação e seu papel na formação do agente para o exercício da cidadania. A presente pesquisa justifica-se pela relevância do tema no contexto social e a necessidade de se pensar de forma mais apropriada em relação aos direitos e deveres fundamentais. O trabalho foi realizado utilizando o método dedutivo, valendo-se de pesquisa bibliográfica. Concluiu-se que a educação desempenha um papel de destaque entre os direitos sociais tendo em vista o objetivo de conquistar o desenvolvimento pleno da pessoa, o que inclui o preparo dela para o exercício da cidadania.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais – Direitos sociais – Educação – Cidadania.

rights; finally, education and its role in the formation of agents for the exercise of citizenship are analyzed. This research is justified by the issue of the theme in the social context and the need to think more adequately in relation to fundamental rights and duties. The work was carried out using the deductive method, using bibliographical research. It was concluded that an educational performance plays a prominent role among social rights, with a view to achieving the person's full development, which includes their preparation for the exercise of citizenship.

KEYWORDS: Fundamental rights – Social rights – Education – Citizenship.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direitos fundamentais: um breve histórico. 3. Os direitos sociais e seus principais aspectos. 4. A educação como direito fundamental de natureza social. 5. Educação: uma abordagem sobre a formação para a cidadania. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Os direitos sociais, enquanto direitos fundamentais, possuem nuances muito particulares e sua importância vem crescendo à medida que também aumentam a disseminação do conhecimento e o olhar diferenciado sobre as desigualdades sociais que caracterizam o Estado brasileiro.

A educação como direito fundamental de natureza social, neste prumo, constitui-se em uma poderosa ferramenta para a construção do Estado Democrático de Direito, conforme almejado na Constituição Federal de 1988 – isso considerando que, entre os direitos sociais elencados no texto constitucional, o direito à educação é o que mantém estruturas de acesso por todo o território brasileiro, sendo o mais amplo em termos de cobertura, ainda que careça de muitas melhorias.

Para melhor delinear o assunto, este trabalho foi dividido em quatro tópicos. No primeiro tópico, apresenta-se um breve histórico do surgimento dos direitos fundamentais de primeira dimensão; no segundo tópico, abordam-se os direitos sociais ou direitos de segunda dimensão (e seus principais aspectos); no terceiro tópico, discorre-se sobre o

direito fundamental à educação; e, por fim, no quarto e último tópico, apresenta-se a educação em uma abordagem sobre a formação para a cidadania.

A presente pesquisa justifica-se pela relevância do tema no contexto social e a necessidade de se pensar de forma apropriada em relação a direitos e deveres fundamentais. Deste modo, busca-se, sem o propósito de exaurir o tema, contribuir com reflexões pertinentes baseadas da melhor doutrina. O trabalho foi realizado utilizando o método dedutivo, valendo-se de pesquisa bibliográfica.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM BREVE HISTÓRICO

A expressão “direitos fundamentais” guarda relação direta com o Direito Constitucional e a incorporação desses direitos nos bojos das Constituições tornou-se regra a partir do final do século XVIII. De acordo com Alexandre de Moraes¹, os direitos humanos fundamentais, consoante se conhece hoje, foram concebidos a partir de um amálgama de fontes, “[...] desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosóficos-jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural”. Dessa forma, a concepção dos direitos fundamentais tem origem remota, sendo “[...] mais antiga que o surgimento da ideia de constitucionalismo, que tão somente consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, derivado diretamente da soberana vontade popular”.

Conceituando direitos fundamentais, José Afonso da Silva² os ensina “[...] como aqueles direitos atinentes a situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”. Nessa linha, os direitos fundamentais são aqueles inerentes ao indivíduo, ao próprio estado do ser humano, correspondendo aos direitos naturais e estando previstos na Constituição brasileira bem como nos tratados internacionais e em vários princípios de direito.

Complementado o conceito supra, vale mencionar os ensinamentos de Gilmar Mendes³:

“Assim, os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. E na sua dimensão objetiva, como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais - tanto aqueles que

1. MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 2-3.
2. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 178.
3. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 2.

não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto os outros concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito, democrático.”

Todavia, adverte Ingo Wolfgang Sarlet⁴, em virtude da diversidade semântica, a expressão “direitos fundamentais” recebe vários outros termos. Confira-se:

“Assim como se verifica com outros textos constitucionais, a Constituição Federal de 1988 (doravante apenas CF) se caracteriza por uma diversidade semântica, valendo-se de termos diversos ao referir-se aos direitos fundamentais. Em caráter ilustrativo, referem-se as expressões a) Direitos Humanos (art. 4º, II), b) Direitos e Garantias Fundamentais (epígrafe do Título II, e art. 5º, § 1º), c) direitos e deveres individuais e coletivos (epígrafe do respectivo capítulo), d) liberdades constitucionais (art. 5º, inc. LXXI) e d) direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, inc. IV).”

Tratando-se de um conjunto de direitos, prerrogativas e garantias que os cidadãos foram conquistando ao longo da história, eles são artificios jurídicos destinados a proteger o cidadão, se transformando num verdadeiro instrumento protetivo em face da atuação opressiva do Estado. Em síntese, os direitos fundamentais têm – por essência – de limitar o poder e o controle estatal; com efeito, em certo momento da história, o Estado tinha o monopólio do poder e, no uso dessa prerrogativa, acabava excedendo o seu exercício, oprimindo o cidadão que ficava submisso ao poder absoluto dos governantes. Canotilho⁵, sobre a finalidade dos direitos fundamentais, ensina que “[...] decorre do próprio desenvolvimento dos ideais do constitucionalismo, uma vez que a limitação do poder estatal apresenta-se como elemento essencial para a preservação da liberdade individual e dos demais direitos dos cidadãos”.

Assim, observa-se no decorrer da história que, aos poucos, a sociedade foi se revoltando contra a opressão exercida pelo controle estatal, especialmente na Idade Média, passando a buscar os direitos e as garantias fundamentais individuais. Neste sentido, Urbano Carvelli e Sandra Scholl⁶ afirmam que, em relação às origens do desenvolvimento desses direitos, deve-se ter uma visão ampla e não “monodimensional ou monocausal”,

4. SARLET, Ingo Wolfgang. Conceito de direitos e garantias fundamentais. *Enciclopédia jurídica da PUC/SP*. T. Direito administrativo e constitucional. Disponível em: [<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/67/edicao-1/conceito-de-direitos-e-garantias-fundamentais>]. Acesso em: 10.08.2021.
5. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 68.
6. CARVELLI, Urbano; SCHOLL, Sandra. Evolução histórica dos direitos fundamentais: da antiguidade até as primeiras importantes declarações nacionais de direitos. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 48, n. 191, p. 168, jul.-set. 2011. Disponível em: [www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242914/000926858.pdf?sequence=1&isAllowed=y]. Acesso em: 10.08.2021.

pois inúmeros fatores contribuíram para sua formação, tais como coeficientes filosóficos, teológicos, jurídicos e políticos (os quais, por meio de suas teses e ideias, influenciaram o desenvolvimento dos direitos fundamentais).

Num primeiro momento, a luta foi pela conquista dos direitos humanos, ou seja, aqueles de caráter genérico, abstrato, inalienáveis, e que são inerentes à própria pessoa humana – tais como o direito à igualdade, à liberdade, à justiça.

Abrindo um parêntese sobre a diferença entre as classificações doutrinárias, verificam-se diversos posicionamentos sobre a denominação de direitos humanos, direitos fundamentais e garantias fundamentais. Neste sentido, Guerra Filho⁷ leciona que é comum encontrar o termo “direitos fundamentais” definido como direitos humanos positivados. De acordo com seu entendimento, trata-se de uma definição duplamente errônea, “[...] pois através dela nem os direitos humanos, nem os direitos fundamentais são entendidos devidamente”; adverte, ainda, que erram triplamente aqueles que fundem as duas categorias como sendo apenas “direitos humanos fundamentais”.

Em sentido contrário, sustentando que direitos fundamentais são sinônimos de direitos humanos, Marcos Garcia Leite⁸ afirma, com base no consenso geral da doutrina, que existem três denominações corretas em termos de direitos do homem, sendo as expressões “direitos humanos e direitos do homem” usadas no contexto internacional (positivadas em declarações e convenções) e a expressão “direitos fundamentais” usada quando manifesta-se positivada no plano interno dos Estados; afirma, ainda, que tais termos são usados conforme a preferência de cada autor, fazendo-se concluir que se tratam de expressões sinônimas.

Discorrendo sobre as semelhanças e as diferenças entre direitos fundamentais e direitos humanos, o professor Rafael de Lazari⁹ contribuiu com excelentes argumentos sobre o assunto, quais sejam:

“Se há diferença entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, portanto, é uma questão de ‘ponto de vista’. E, ainda que assim o seja, se trata de problema puramente conceitual. Materialmente falando, ambos visam à proteção e à promoção da dignidade da pessoa humana. Logo, quanto ao conteúdo, pouca ou nenhuma diferença há entre eles. A dissonância, pois, é em relação ao plano em que esses direitos são consagrados. Assim, para quem entende haver distinção, os direitos humanos são os consagrados no plano internacional, enquanto os direitos fundamentais são os consagrados no plano

7. GUERRA FILHO, Willis Santiago (Ed.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 189.
8. GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos direitos fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces Barba. In: ALLE, Juliano Keller do; MARCELLINO JR., Julio Cesar (Org.). *Reflexões da pós-modernidade: Estado, Direito e Constituição*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 189 – nota de rodapé 3.
9. LAZARI, Rafael de. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Belo Horizonte; São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 349.

interno, notadamente nas Constituições. Em pensando sob o enfoque de consagração interna, o que se vê em cada Constituição são os direitos fundamentais, porquanto direitos humanos internalizados. Entrementes, sob o enfoque de um objetivo comum de asseguramento de direitos e deveres às pessoas e aos Estados, diferença alguma pode haver entre eles, a depender do prisma de observação.”

Outra discussão doutrinária desenvolve-se acerca da existência de diferenças entre direitos e garantias fundamentais, tendo em vista que o Título II, da Constituição Federal, estabelece como nomenclatura “Direitos e garantias fundamentais”. Aqueles que sustentam haver diferença o fazem com argumento de que os direitos fundamentais previstos no Título II são o gênero, que comporta várias espécies – tais como os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, a nacionalidade, os direitos políticos, entre outros. O professor Rafael de Lazari¹⁰ ensina que “[...] comumente se aponta como ‘direito’ o bem protegido, e como ‘garantia’ o meio para se proteger o bem (exemplo: a liberdade de locomoção é direito, enquanto o habeas corpus é a garantia destinada a protegê-lo)”. E avança na discussão, se posicionando sobre o assunto da seguinte forma: “Modestamente, se entende um tanto retórica esta distinção, já que o arcabouço protetivo pressupõe uma relação complementar entre os preceitos constitucionais explícitos ou implícitos.”

Fechando a temática de distinções doutrinárias, retoma-se o plano da evolução histórica dos direitos fundamentais. Nesse contexto, observa-se que o direito é dinâmico, de modo que acompanha e reflete os valores de cada sociedade. Nessa linha de evolução, os direitos fundamentais passaram a proteger os indivíduos em vários aspectos (e não somente contra o poder do Estado). Assim, observa-se o ensinamento de José Afonso da Silva¹¹:

“O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, em enunciados explícitos das declarações de direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos. Mais do que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira entre proprietários e não proprietários.”

Diante dessa evolução, a doutrina classifica esse desenvolvimento em gerações ou dimensões. No que respeita às denominações utilizadas, observa-se que, inicialmente, a palavra “geração” era mais utilizada, para indicar as fases de surgimento desses direitos;

10. LAZARI, Rafael de. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Belo Horizonte; São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 350.

11. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 151.

no entanto, tal expressão passou a não mais representar adequadamente o fenômeno, pois é atribuída à ideia de que, para uma nova geração surgir, é necessário que outra termine, diferente do que ocorre com os direitos em questão. Deste modo, passou a ser denominado o termo “dimensão” para melhor expressar esse processo de conquistas humanas¹².

Nesse contexto, a primeira geração ou dimensão dos direitos fundamentais surgiu ao final do século XVIII e tem por essência os direitos civis e políticos, revelando a mudança de um Estado centralizado, autoritário, para um Estado menos intervencionista no que diz respeito às ações dos indivíduos, restringindo o poder do Estado sobre ele (indivíduo) – daí surgindo a expressão “liberdades negativas”. Na lição sobre os direitos fundamentais de primeira geração, Paulo Bonavides conceitua esses direitos da seguinte forma¹³:

“Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. [...] Os direitos de primeira geração ou os direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa que ostentam a subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.”

Já os direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão têm seus primórdios no século XIX, com essência na valorização dos direitos sociais, culturais e econômicos – por causa disso sendo chamados de “liberdades positivas”. Uadi Lammêgo Bulos¹⁴ conceitua os direitos de segunda dimensão da seguinte forma:

“[...] a segunda geração, advinda logo após a Primeira Grande Guerra, compreende os direitos sociais, econômicos e culturais, os quais visam assegurar o bem-estar e a igualdade, impondo ao Estado uma prestação positiva, no sentido de fazer algo de natureza social em favor do homem. Aqui encontramos os direitos relacionados ao trabalho, ao seguro social, à subsistência digna do homem, ao amparo à doença e à velhice.”

-
12. PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. Direitos fundamentais – Legítimas prerrogativas de liberdade, igualdade e dignidade. *Revista da EMERJ*, v. 12, n. 46, p. 129-130, 2009. Disponível em: [www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista46/Revista46_126.pdf]. Acesso em: 10.08.2021.
 13. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 563-564.
 14. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 403.

Os direitos de segunda geração ou dimensão cobravam do Estado o dever de fazer ou agir em relação aos direitos de igualdade, citando-se, como exemplos, os direitos à educação e à saúde.

Nessa evolução, os direitos de terceira geração têm por essência se preocupar não com o indivíduo em si, mas com a coletividade em que ele está inserido – daí os direitos difusos ou coletivos, tais como a proteção ao meio ambiente e a autodeterminação dos povos. Nesse sentido, ensina Bonavides¹⁵:

“Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existência concreta. Os publicistas e juristas já o enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.”

Na evolução das gerações ou dimensões do direito, já se fala em direitos de quarta, quinta e sexta dimensões. Neste sentido, Luís Henrique Linhares Zouein informa¹⁶:

“[...] que para além das 3 gerações inicialmente idealizadas por Karel Vasak, diversos autores hoje desenvolvem os conceitos de quarta, quinta e até sexta geração dos direitos fundamentais. Após a terceira, contudo, não há mais unanimidade doutrinária. Segundo o brasileiro Paulo Bonavides, por exemplo, os direitos fundamentais de quarta geração seriam aqueles resultantes da globalização e são exemplos o direito à democracia (sobretudo direta), à informação, ao pluralismo e, para alguns (como Norberto Bobbio), à bioética. Especificamente sobre o direito à democracia, está ele elencado aqui, pois passaria a ganhar uma dimensão mais ativa em vários campos normativos. A participação direta, inclusive, fiscalizatória, configura direito fundamental, cuja concretização tende a melhor tutelar a ação do Estado, simultaneamente em termos éticos e de eficiência, qualificando o espaço público, dominado até então pela democracia meramente formal. Paulo Bonavides também desenvolve sua quinta geração de direitos fundamentais, tendo como destaque o reconhecimento da normatividade do direito à paz. O autor critica Vasak que teria, inicialmente, inserido a paz no âmbito dos direitos de terceira geração (fraternidade). Bernardo Gonçalves cita,

15. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 569.

16. ZOEIN, Luís Henrique Linhares. Em que consistem e quais são as “gerações” de direitos fundamentais? Disponível em: [<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/08/09/em-que-consistem-e-quais-sao-geracoes-de-direitos-fundamentais>]. Acesso em: 11.08.2021.

ainda, uma suposta **sexta geração** de direitos fundamentais, consistente no direito à água potável. O próprio autor, contudo, reconhece a desnecessidade de tal construção, já que estaria suficientemente abarcada pelo direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (terceira geração).”

A Constituição Federal enumera no seu bojo uma série de garantias que foram conquistadas ao longo da história (e, como já mencionado, protegem o cidadão da sanha estatal, limitando o poder desta). Não se pode perder de vista, ainda, que os direitos fundamentais, ao protegerem os direitos individuais do cidadão, percorrem vários ramos da ciência e da atividade político-estatal – e, no estudo desses direitos, a doutrina elenca várias características que definem e auxiliam na compreensão da importância dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o professor Rafael de Lazari¹⁷ ensina que:

“As características são adjetivações conferidas aos direitos fundamentais. Tal rol é meramente exemplificativo, obviamente, mas ajuda a compreender a importância dos direitos fundamentais para um sistema conglobado das ciências - exatas, sociais e biológicas. [...] Os direitos fundamentais são, contudo, inerentes à filosofia, à sociologia, à política, à física nuclear, à biomedicina, à geografia, à história, à matemática, à economia, à farmacologia, dentre tantas outras ciências. Não há mais se conceber, repete-se, num Estado dito “democrático”, um purismo conceitual para os direitos fundamentais, como algo hermeticamente livre das contribuições que todas as ciências podem efetuar.”

A doutrina tradicional, com algumas nuances, adjetiva os direitos fundamentais da seguinte forma: universalidade, indivisibilidade, interdependência, inter-relacionalidade, imprescritibilidade, complementaridade, individualidade, inviolabilidade, indisponibilidade, inalienabilidade, historicidade, irrenunciabilidade, vedação ao retrocesso, efetividade, limitabilidade, bem como a constitucionalização dos direitos fundamentais. De forma mais concisa, José Afonso da Silva¹⁸ contribui com a seguinte classificação:

“[...] os direitos fundamentais são: a) históricos, porque surgiram com a Revolução Francesa e evoluíram com o passar dos tempos; b) inalienáveis, pois intransferíveis, inegociáveis em razão de sua natureza jurídica (não possuem conteúdo econômico-patrimonial); c) imprescritíveis, porque jamais deixam de ser exigíveis em virtude de serem personalismos, ainda que não individualizados; d) irrenunciáveis, embora alguns deles possam até não ser exercidos pelo titular do direito.”

17. LAZARI, Rafael de. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 351.

18. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 183.

Previstos na Constituição Federal num rol meramente exemplificativo, os direitos fundamentais percorrem todo o sistema constitucional, definindo regras de eficácia imediata e absoluta. Essas normas, projetando-se sobre o cidadão numa dimensão subjetiva/objetiva, resguardam direitos que podem ser opostos perante o Estado e a qualquer outra pessoa, configurando-se numa verdadeira prerrogativa constitucional de resistência contra eventuais abusos que tenham por finalidade atacar os direitos de qualquer pessoa (enquanto cidadão). Essa prerrogativa constitucional impede que o Estado pratique ingerências no plano jurídico subjetivo/objetivo dos direitos individuais da pessoa, fornecendo elementos de proteção e reparação do direito fundamental eventualmente violado.

3. OS DIREITOS SOCIAIS E SEUS PRINCIPAIS ASPECTOS

A afirmação histórica dos direitos sociais surgira no âmbito do paradigma do Estado social e com o advento do constitucionalismo no século XX – quando houve a ruptura da passagem do Estado liberal e de um constitucionalismo liberal para um constitucionalismo social. Oriana Piske e Antonio Benites Saracho¹⁹ ensinam que:

“[...] no paradigma do Estado Democrático de Direito surge uma pluralidade de esforços no sentido de resgatar a força integradora do Direito, enfraquecida nos paradigmas do Estado Liberal e do Estado Social. Neste contexto, observa-se a perspectiva de que o público e o privado são esferas complementares e fundamentais uma à outra para a conformação e o aperfeiçoamento do regime democrático.”

Essa mudança ocorreu do começo do século XX até o final da Primeira Guerra Mundial, sobretudo com a afirmação dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais, “[...] originado como fruto do clamor das massas e dos desafios econômicos postos a seu cargo [...]”; essa passagem é tida, também, como “[...] Estado Social Material, aquele modelo de Estado historicamente determinado pelo fim da Segunda Guerra Mundial e que veio superar o neutralismo e o formalismo do Estado Liberal”²⁰.

Os direitos sociais têm como marcos importantes a Primeira Guerra Mundial bem como as Constituições do México e da Alemanha (Weimar), que deram início à inclusão

-
19. BARBOSA, Oriana Piske de A.; SARACHO, Antonio Benites Saracho. *Estado Democrático de Direito – Superação do Estado liberal e do Estado social*. Disponível em: [www.tjdft.jus.br/institucional/impressao/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/estado-democratico-de-direito-superacao-do-estado-liberal-e-do-estado-social-juiza-oriana-pisk]. Acesso em: 13.08.2021.
 20. MORAES, Ricardo Quartim de. A evolução histórica do Estado liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 51, n. 204, p. 275, out.-dez. 2014. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/51/204/ri_l_v51_n204_p269.pdf. Acesso em: 13.08.2021.

dos direitos sociais no bojo das Constituições. Nessa linha de pensamento, cita-se do artigo de Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro²¹ a seguinte passagem:

“[...] ao perquirir sobre a inicialidade do constitucionalismo social, pretende, mediante cotejo analítico da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919 (excluída, pois, pelas razões acima expostas, a Constituição Soviética), revelar quais foram as inovações de cada um desses textos, buscando responder à indagação sobre se seria possível atribuir a um desses diplomas a qualidade de documento precursor do constitucionalismo social.”

No Brasil, os direitos sociais são afirmados e reconhecidos como direitos fundamentais à luz do ordenamento constitucional, iniciando-se sua inclusão oficial na Constituição de 1934 (a primeira a trazer uma ordem social e uma sistematização de direitos sociais à luz constitucional). Os direitos sociais têm por objeto os direitos de prestação tipicamente material e visam reduzir ou atenuar as desigualdades sociais mediante uma atuação positiva do Estado.

A garantia da realização dos direitos sociais ao cidadão depende de uma série de ações do Estado e, nesse contexto, ultrapassa a discussão jurídica, passando por diversas barreiras que envolvem formulação de políticas públicas, dispêndio de recursos públicos e respeito a determinados institutos (como a previsão orçamentária, a licitação pública, entre outras). Nessa linha, os direitos sociais protegidos pelos dispositivos constitucionais têm eficácia jurídica e, portanto, devem ser aplicados de imediato, deixando de ser meras ficções constitucionais (ainda que haja limitação de recursos econômicos do Estado).

Consequentemente, há que se ponderar que a satisfação dos direitos sociais envolve questões que colidem frontalmente com os direitos subjetivos do cidadão. Como bem menciona Rafael de Lazari²², a previsão excessiva de direitos sociais esbarra nas questões de ordem econômica e de ordem jurídica. A questão de ordem econômica existe em razão do custo que representa no orçamento do Estado e por estarem, tais prestações positivas, ligadas ao atendimento de interesse individual e não ao interesse coletivo, “[...] o que faz com que escolhas de interesse predominante necessitem ser feitas, desde que respeitado um mínimo existencial de cada cidadão”. A questão de ordem jurídica, por sua vez, está ligada à constitucionalização de muitos direitos sociais como normas programáticas e as

21. PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição mexicana de 1917. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 43, n. 169, p. 107, jan.-mar. 2006. Disponível em: [www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92449/Pinheiro%20Maria.pdf?sequence=2]. Acesso em: 13.08.2021.
22. LAZARI, Rafael de. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 493-494.

ingerências na sua implementação podem acarretar “[...] a possibilidade de atravessamento pelo Poder Judiciário, em detrimento do Executivo e do Legislativo”.

Como visto, o Estado está obrigado a satisfazer *prima facie* os direitos sociais, assegurando ao cidadão os direitos fundamentais e cumprindo assim o princípio da dignidade da pessoa humana (mínimo existencial). Todavia, por vezes, essa obrigação esbarra no alto custo financeiro (reserva do possível). A reserva do possível tem origem no direito alemão²³ e surgiu em virtude de um julgamento no Tribunal Constitucional Federal daquele país, no caso em que se discutia o acesso às Universidades. Alguns estudantes questionaram o fato de não terem sido aceitos na faculdade em razão da limitação do número de vagas. Nesse caso, a decisão do tribunal teve como foco principal verificar o quanto é possível um indivíduo exigir da sociedade, verificando se a pretensão é ou não razoável. Assim, a reserva do possível acaba atuando como uma espécie de limite aos indivíduos em face dos direitos sociais.

Nesse sentido, leciona Fernando Borges Mânica²⁴: “[...] a teoria da reserva do possível, portanto, tal qual sua origem, não se refere direta e unicamente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização do direito social, mas à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas a sua efetivação.” Com efeito, na origem, a teoria da reserva do possível não teve como foco principal a questão financeira, orçamentária, da forma como é adotada aqui no Brasil, e isso significa – em termos práticos – que a prestação de alguns direitos sociais por parte do Estado não estaria condicionada à existência de recursos financeiros, de dinheiro público. Nessa linha, esclarece-se²⁵:

“[...] o ponto possivelmente mais polêmico em termos de exigibilidade dos direitos sociais como direitos subjetivos e fundamento para o controle jurisdicional de políticas públicas (ambas as situações, apesar de seus pontos de contato, não se confundem) diz respeito à assim chamada “reserva do possível”, ou seja, com a dimensão economicamente relevante dos direitos sociais (embora já se reconheça que tal relevância econômica não é apenas dos direitos sociais) na condição de direitos a prestações estatais, de modo especial, naquilo que guardam relação com a destinação, criação e (re)distribuição de recursos materiais e humanos, com destaque para os aspectos econômicos, financeiros e tributários que dizem respeito à efetividade dos direitos sociais.”

23. LAZARI, Rafael de. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 496.
24. MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas*. Disponível em: [http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2015/10/teoria_da_reserva_do_possivel.pdf]. Acesso em: 16.08.2021.
25. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 751-752.

A teoria da reserva do possível não tem um tratamento uniforme (nem na doutrina nem na jurisprudência). Por isso, é comum que, em um caso prático, questões envolvendo direitos sociais sejam analisadas por múltiplas perspectivas para ver se a determinada pretensão é proporcional, razoável (e se existe disponibilidade financeira).

Por outro lado, a teoria do mínimo existencial teve origem na Alemanha e surgiu em uma decisão de 1953 prolatada pelo Tribunal Federal Administrativo²⁶. Essa decisão reconheceu que o direito subjetivo fundado na dignidade da pessoa humana impõe ao Estado o dever de prover o auxílio material para a subsistência do indivíduo desprovido de recursos mínimos para sua sobrevivência. Nesse sentido, a teoria do mínimo existencial estabelece um conjunto básico de direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana, que engloba saúde, educação, acesso à justiça, assistência aos desamparados, alimentação, vestuário e abrigo.

Nesse contexto, havendo conflito entre o mínimo existencial e a reserva do possível, pode-se dizer que há um conflito de direitos fundamentais (e que haverá a judicialização do caso concreto pelo indivíduo requerendo a satisfação da obrigação pelo Estado). Na solução desse conflito (e não há dúvidas de que se trata de colisão de direitos fundamentais), a jurisprudência – embora não unânime – tem entendido que o Poder Público não pode invocar a reserva do possível se isso comprometer o núcleo básico dos direitos do mínimo existencial. Confira-se:

“Administrativo. Constitucional. Ação Civil Pública. Obrigação de auxílio técnico e financeiro. Promoção de políticas públicas. Mínimo existencial. Autocontenção. Educação de povo indígena. Construção de escola. Necessidade demonstrada. Intervenção judicial. Possibilidade. 1. A intervenção judicial para a promoção de políticas públicas, embora por vezes necessária, deve ser excepcional, notadamente quando imprescindível para a promoção do mínimo existencial. 2. Respeitado o núcleo intangível dos direitos fundamentais, forçosa se apresenta a consideração da comprovada carência de recursos financeiros públicos e das escolhas trágicas (difíceis) levadas a efeito pelo Administrador, com a autocontenção judicial. 3. Ou seja, para a promoção do mínimo existencial, não se admitem, de ordinário, alegações de impossibilidade fática ou jurídica, abrindo-se as portas para a sindicabilidade judicial; observado, porém, o núcleo duro dos direitos fundamentais intergeracionais, deve-se respeitar - também de ordinário - a gestão pública administrativa, sob pena de infundado ativismo judicial. 4. Na espécie, identifica-se a mora estatal em garantir o acesso da comunidade indígena ao ensino público de qualidade, posto que ainda em 2010 houve o início das tratativas para a ampliação das escolas, sem que houvesse a liberação dos recursos para início da obra, deixando desassistidos os estudantes em idade escolar, atendidos durante o

26. LAZARI, Rafael de. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 500.

período em local precário e inapropriado, o que autoriza a intervenção judicial postulada. 5. Apelação improvida.”²⁷

A expressão “mínimo existencial”, por causa de sua amplitude (e, ainda, por estar na linha dos direitos subjetivos do cidadão), é vaga, o que dificulta a garantia da sua aplicação, da sua efetividade por parte do Estado. Isso significa que a proteção das necessidades básicas do indivíduo, notadamente aquelas de caráter existencial, impõe ao legislador constitucional a obrigação de estabelecer regras claras para que o administrador público possa satisfazer tais necessidades (deixando para o Judiciário apenas se manifestar no caso de omissão ou desvio de finalidade).

No tópico a seguir, convém focar no direito social à educação.

4. A EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE NATUREZA SOCIAL

Os direitos sociais ganham, a partir da Constituição Federal de 1988, *status* de direitos fundamentais, como já mencionado. O papel de destaque destes direitos pode ser visto desde o preâmbulo da Constituição, ratificado depois nos arts. 1º, 3º e 5º, além dos arts. 6º a 11, art. 170, e em diversos outros pontos constitucionais (especialmente o título da Ordem Social, previsto a partir do art. 193)²⁸.

Observa-se que, no âmbito dos direitos fundamentais de segunda geração, a República Federativa pátria se preocupa com direitos sociais e com direitos individuais. Nessa linha, a liberdade, a segurança e o bem-estar também são um forte indicativo de que o Estado deve trabalhar em prol da população (algo muito característico do modelo de Estado social, sobretudo quando comparado com o modelo do Estado liberal). Deste modo, pode-se visualizar “[...] o caráter de compromisso das Constituições modernas entre o Estado liberal e o Estado social intervencionista [...]”²⁹, rompendo com a ordem interventiva anterior e dosando a formação do país de acordo com as mais modernas práticas existentes.

O art. 6º da Constituição, que inaugura o Título II – Dos Direitos Sociais, estabelece o seguinte rol de direitos: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” Destaca-se que esse rol de direitos não é taxativo (o que significa dizer, repita-se, que há

27. Supremo Tribunal Federal, RE 1219482 AgR/RS, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 25.09 e 02.10.2020, DJ 03.10.2020.

28. LAZARI, Rafael de. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Belo Horizonte; São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 491.

29. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 801.

outros direitos sociais espalhados pelo texto constitucional). Entre os direitos sociais elencados, ressalta-se o direito à educação como objeto do presente estudo que doravante passa-se a abordar.

Neste contexto, as disposições constitucionais preveem de forma especial o regramento da educação nos arts. 205 a 214 no Título VIII – Da Ordem Social. Tais dispositivos abrangem desde quem são os titulares dos direitos e aqueles que estarão comprometidos com a concretização destes, os princípios do ensino, as garantias, a participação de cada ente federado – em regime de colaboração (União, Estados e Municípios) –, até a destinação do orçamento público para seu financiamento.

Nestes termos, a Constituição coloca a educação como direito de todo cidadão brasileiro e, deste modo, evidencia o caráter universal desta (como característica insita de direito fundamental). Sem olvidar o dever da família e o papel da sociedade, a Constituição Federal atribui ao Estado o dever de oferecer – de forma obrigatória – a educação básica e gratuita para crianças e jovens de até 17 anos de idade.

Todo o aparato constitucional foi arquitetado para propiciar o pleno desenvolvimento da pessoa. Tal aspiração tem relação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana; além disso, visa a preparar o indivíduo para o exercício da cidadania, bem como dar condições que qualificam o sujeito para o trabalho. Nota-se a amplitude que deve ganhar o somatório de esforços para promover a educação no país.

É natural que um Estado, que se configure como Estado Democrático de Direito, coloque a educação em patamar elevado, já que “todo o poder emana do povo”. Assim, os seus cidadãos devem participar das decisões políticas, de forma direta ou indireta, conforme estabelece o parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal. A soberania popular não pode ser apartada da cidadania, e desenvolver a consciência cidadã é essencial para o desenvolvimento e manutenção do Estado Democrático.

Observado pelo prisma do relevo que se atribui à cidadania (e, ainda, que ela será conquistada a partir da formação plena do indivíduo e que esta tarefa será alcançada por meio da educação), é possível afirmar que o direito à educação transcende os interesses individuais da pessoa, pois passa a constituir direito coletivo – considerando que a prosperidade que o Estado pretende conquistar decorre da participação e do engajamento de todos os cidadãos.

Frisa-se o papel transformador que é insito ao direito à educação, podendo ser observado em vários aspectos, tendo em vista o que a formação integral da pessoa pode proporcionar. Assim, caso se considere que direitos sociais, conforme a lição de José Afonso da Silva, “[...] são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”, tem-se na educação o direito social que melhor representa essa categoria devido ao seu potencial transformador. Deste modo, “[...] valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao

auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condições mais compatíveis com o exercício efetivo da liberdade”³⁰.

5. EDUCAÇÃO: UMA ABORDAGEM SOBRE A FORMAÇÃO PARA A CIDADANIA

Como pôde ser visto nos tópicos anteriores, o direito social, enquanto direito fundamental, possui uma característica marcante: diferente dos direitos fundamentais de primeira dimensão, que requerem apenas um “não fazer” do Estado (tendo em vista garantir a liberdade do cidadão), os direitos sociais exigem um “fazer” do Estado (isto é, uma prestação positiva).

Considerando as dimensões continentais do país, bem como as disposições constitucionais que atribuem ao Estado formas de atuação direta e indireta no alcance dos direitos sociais pela sua gente, é possível o elevado dispêndio que representam para o país esses direitos, ainda mais quanto a prestações individuais, como são grande parte deles. Talvez por este motivo tenha a Constituição Federal elencado entre os objetivos fundamentais do Estado brasileiro a construção de uma sociedade solidária, levando em conta que somente com a participação efetiva da sociedade seria possível tornar realidade a nação projetada.

A noção de participação da sociedade é fundamental para afastar a ideia de que existem apenas direitos sem uma contrapartida. O Estado não deve ser entendido como um provedor absoluto. Ademais:

“Afinal, está mais que comprovado que as políticas estatais são insuficientes para atender a todo tipo de demanda da população. Não se quer, aqui, falar do custo dos direitos (muito embora o debate seja também possível) e das conseqüentes alegações de insuficiência financeira e orçamentária estatal, mas do próprio contexto prático de impossibilidade da onipresença estatal em um mundo que lida cada vez com mais novidades, problemas, soluções, desafios, esperanças etc. Esse conceito infinito de necessidades é inversamente proporcional a um conceito finito de possibilidades.”³¹

A possibilidade de cobertura desses direitos pelo Estado (ou, pelo menos, uma cobertura maior) poderia ser viabilizada a partir da conjugação de esforços ou o “[...] entrelaçamento que as políticas públicas (deveres estatais) e as políticas pessoais (relações individuais)

30. SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 288-289.

31. LAZARI, Rafael de. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Belo Horizonte; São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 381.

podem oferecer”³². Nesse contexto, a educação como legítimo direito social pertencente a todos, considerando o dever do Estado em provê-lo, pode ser entendida como o pilar básico de sustentação entre todos os direitos sociais – visto que pode preparar o indivíduo para o exercício da cidadania, favorecendo o desenvolvimento da sociedade e do país. Tal afirmação tem por base a audaciosa missão projetada no art. 205 da Constituição Federal, qual seja, o desenvolvimento pleno do indivíduo. Nestes termos: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o *exercício da cidadania* e sua qualificação para o trabalho.” (grifo nosso)

À luz do disposto na Constituição, também o art. 2º da Lei 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) prescreve que a educação no Brasil tem por finalidade o desenvolvimento do educando de forma plena, envolvendo a capacitação para o exercício da cidadania (e que tal intuito é orientado “nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana”). Deste modo, pode-se entender que o caminho a ser trilhado na educação visa a levar o educando rumo à participação efetiva na sociedade e, sobretudo, à emancipação.

A inserção da cidadania ou o preparo do indivíduo para o seu exercício somente pode ser viabilizado por meio da educação que possui canais diretos com a formação, principalmente de crianças e jovens. Ressalta-se que grande parte do tempo de crianças e jovens é destinado à educação regular e obrigatória, tendo o Estado a oportunidade de acessar diretamente esse público tão importante para a formação da sociedade nos moldes almejados pela Constituição Federal.

Interessante observar, ainda, que a cidadania é fundamento do Estado Democrático brasileiro, razão pela qual os esforços no sentido de proporcionar o acesso da população ao seu nível ótimo deve ser potencializado. Fábio Konder Comparato³³, ao prefaciar a obra *Cidadania e Educação*, entende que “[...] para Jaime Pinsky a cidadania autêntica prende-se à ideia de contrato social, ou seja, a um complexo de direitos e deveres, que cada um de nós tem para com todos os outros”. Essa ponderação traçada pelo nobre doutrinador remete ao intrincado conjunto de saberes necessários ao efetivo exercício da cidadania, bem como contribui com uma explicação bastante didática quando faz uma analogia do tema à ideia ou noção de contrato social.

No que tange ao paralelo estabelecido com a noção de cidadania e contrato social, prossigue, pedagogicamente, Fábio Konder Comparato³⁴:

32. LAZARI, Rafael de. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Belo Horizonte; São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 381.

33. Prefácio de Fábio Konder Comparato In: PINSKY, Jaime. *Cidadania e educação*. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2011.

34. Prefácio de Fábio Konder Comparato. In: PINSKY, Jaime. *Cidadania e educação*. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2011.

“Ora, uma das mais fecundas construções da teoria jurídica moderna é o reconhecimento da existência, a par dos contratos em que duas partes trocam entre si determinadas prestações (vendo o automóvel contra o recebimento do preço, alugo a casa mediante o pagamento de um aluguel mensal), também de contratos em que um número indefinido de partes (por isso, tais contratos são chamados plurilaterais) obrigam-se a colaborar (vale dizer, trabalhar em conjunto) na realização de um objetivo comum a todas elas.”

Assim, tem-se sobre contratos bilaterais a ideia de duas partes, sendo uma contra a outra (no exemplo supramencionado, seria o vendedor contra o comprador – o primeiro pretendendo obter o valor mais alto ao passo que o segundo deseja pagar o menor preço possível, cada qual defendendo ideias opostas e interesses individuais). Já nos contratos plurilaterais desenha-se um cenário bastante diferente:

“A diferença de espírito, digamos assim, entre os contratos bilaterais e plurilaterais (também chamados sociais ou associativos) é enorme. Naqueles impera o interesse individual dos contratantes, cada um procurando beneficiar-se à custa do outro: o vendedor valoriza ao máximo a coisa que vende e o comprador esforça-se por pagar o menor preço. Nos contratos sociais, ao contrário, as partes não se colocam nunca como antagonicas, objetivando extrair a máxima vantagem do negócio, mas põem-se uma ao lado da outra, procurando conjugar esforços em vista do objetivo comum. Nos contratos bilaterais, só é proibido enganar o outro; nos contratos associativos, constitui falta grave não agir em harmonia com os associados.”³⁵

Aproveitando-se a ideia de contrato social, conforme delineada anteriormente, bem como transpondo-a para a análise das relações do indivíduo com o Estado, é possível construir um cenário ótimo de cidadania, na medida em que a ideia pode implicar reconhecimento, pelo sujeito, de seu papel de sócio de um empreendimento comum. Deste modo, permite incutir no indivíduo a necessária ideia de pertencimento, pois o Estado é constituído *por e para* seus cidadãos. Os objetivos constitucionais almejados, para serem alcançados, requerem, por essência, o exercício de fato da cidadania.

Pelo prisma apresentado, enxergando na educação a mola propulsora para a obtenção da condição de cidadão de fato pelo indivíduo, duas vertentes podem ser exploradas: a educação como *direito* e como *dever*. A educação como direito pode ser observada claramente, visto que é consenso popular que a educação é direito de todos (além disso, existe na ordem jurídica pátria uma vasta atenção a ela dedicada). Frisa-se, ademais, que a educação também é direito do Estado, visto que seu desenvolvimento sustentável depende do grau de participação da sociedade (razão pela qual existe o ensino regular, que é obrigatório).

35. Prefácio de Fábio Konder Comparato. In: PINSKY, Jaime. *Cidadania e educação*. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2011.

De forma complementar, a educação como dever pode ser compreendida olhando-se para a figura do Estado, pois é dele a obrigação de oferecê-la e regê-la em todo o país; igualmente, também cabe ao indivíduo o dever de buscá-la.

Pelo exposto, pode-se afirmar que a educação para a cidadania envolve tornar o sujeito conhecedor de suas prerrogativas enquanto cidadão para que, então, possa fazer uso adequado delas. Neste interim, particularizando a discussão (a fim de aplicar a problematização proposta na prática), destaca-se como ferramenta de formação para o exercício da cidadania o ensino da *educação fiscal*, entendendo-a como mecanismo para levar à sociedade conhecimentos acerca do papel do cidadão enquanto destinatário e como financiadora de políticas públicas.

O objetivo primordial da educação fiscal é mostrar ao cidadão, de forma pedagógica e diferenciada, que “[...] a tributação é o principal dever de cidadania, pois sem ela restará inviabilizada a concretização dos direitos fundamentais”³⁶. Para sua implementação, é necessário um conjunto de esforços:

“A educação do contribuinte cobre uma ampla gama de atividades e atores, desde programas governamentais para incentivar o comportamento em conformidade com os impostos, até esforços de organizações empresariais para mobilizar e representar os interesses de seus membros em questões tributárias, até iniciativas da sociedade civil para trazer os cidadãos para debates políticos sobre impostos coleta e redistribuição.”³⁷

Todas essas atividades (em conjunto) visam a conduzir a sociedade para a adoção de uma postura proativa ou de aceitação e participação na concretização dos objetivos fundamentais do Estado projetados na Constituição Federal.

No Brasil, portanto, “[...] a ideia central da Educação Fiscal é o aprimoramento dos vínculos estabelecidos entre o Estado e a Sociedade, visando com isto, a facilitação da relação fisco/contribuinte, e, por derivação, uma maior aceitação social dos tributos”³⁸, afastando a ideia de coerção e imposição ligada aos tributos (em razão de sua origem histórica como única forma de ação).

36. BRASIL. Receita Federal. *Educação fiscal: conscientização da sociedade sobre os direitos e deveres fiscais*, 2021, p. 5. Disponível em: [<https://receita.economia.gov.br/aceso-rapido/direitos-e-deveres/educacao-fiscal/publicacoes/livros-e-artilhas/cartilha-educacao-fiscal-pfp-com-capateste-v3.pdf>]. Acesso em: 14.08.2021.

37. OECD. Organisation for Economic Co-operation and Development. *Building tax culture, compliance and citizenship: a global source book on taxpayer education*. Paris, 2015. Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/building-tax-culture-compliance-and-citizenship_9789264205154-en#page41]. Acesso em: 14.08.2021.

38. BRASIL. Receita Federal. *Educação fiscal: conscientização da sociedade sobre os direitos e deveres fiscais*, 2021, p. 5. Disponível em: [<https://receita.economia.gov.br/aceso-rapido/direitos-e-deveres/educacao-fiscal/publicacoes/livros-e-artilhas/cartilha-educacao-fiscal-pfp-com-capateste-v3.pdf>]. Acesso em: 14.08.2021.

Complementando:

“É nessa perspectiva que se pode compreender o pensamento de Norberto Bobbio quando afirma que o Estado precisa formar um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos esporádicos. Em outras palavras, é necessário transformar a obediência em adesão.”³⁹

Trata-se de fazer compreender que decorre do exercício de alguns deveres a concretização de muitos direitos. Diante de todo o exposto, é possível entender a educação fiscal como um direito e um dever fundamental do cidadão, como forma de exercício da cidadania – para que o cidadão esteja, conscientemente, colocando-se como beneficiário e provedor da corrente de solidariedade e prosperidade que o Estado brasileiro visa a formar.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil é um país onde há concentração de riquezas e uma enorme desigualdade social. Nesse contexto, os direitos sociais como direitos fundamentais exercem um papel significativo para a sociedade, pois são tidos como conquistas que foram consagradas na Constituição Federal de 1988 e representam um ideal de esperança. A implementação de políticas públicas tendo em vista a cobertura de forma mais ampla dos direitos sociais requer uma sociedade mais ativa e consciente de seus deveres de cidadania; ao mesmo tempo, uma sociedade nesses moldes depende diretamente da implementação dos direitos sociais pelo Estado, sendo fatores dependentes entre si.

A educação pode ser visualizada como mecanismo para ascender as classes menos favorecidas a um nível social mais humanizado pela aquisição de conhecimento, possibilitando aos cidadãos alcançar os objetivos fundamentais da nação brasileira – tais como, entre outros, “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, conforme inscrito no art. 3º da CF.

Observa-se que existe um trabalho a ser desenvolvido pela educação que suplanta as barreiras de simples direito individual, sendo também direito de toda a coletividade e do Estado. Neste aspecto, o Estado, quando investe na educação, tem como resultado a projeção de reflexos desse investimento em diversas outras áreas, tendo em vista o poder transformador envolvido.

39. BRASIL. Receita Federal. *Educação fiscal: conscientização da sociedade sobre os direitos e deveres fiscais*, 2021, p. 5. Disponível em: [<https://receita.economia.gov.br/aceso-rapido/direitos-e-deveres/educacao-fiscal/publicacoes/livros-e-artilhas/cartilha-educacao-fiscal-pfp-com-capateste-v3.pdf>]. Acesso em: 14.08.2021.

Frisa-se que somente por meio de políticas públicas bem direcionadas e programadas é possível atingir os níveis adequados de satisfação que os cidadãos exigem, isto é, se faz necessária a vontade política para possibilitar que o serviço educacional público alcance toda a coletividade do país. Diante do exposto, destaca-se o papel relevante que possui a educação enquanto um direito fundamental e um direito social, visto que funciona como base para a implementação de todos os demais direitos e deveres fundamentais.

7. REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Oriana Piske de A.; SARACHO, Antonio Benites Saracho. *Estado democrático de Direito – superação do Estado liberal e do Estado social*. Disponível em: [www.tjdf.t.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/estado-democratico-de-direito-superacao-do-estado-liberal-e-do-estado-social-juiza-oriana-pisk]. Acesso em: 13.08.2021.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRASIL. Receita Federal. *Educação fiscal: conscientização da sociedade sobre os direitos e deveres fiscais*. Disponível em: [https://receita.economia.gov.br/aceso-rapido/direitos-e-deveres/educacao-fiscal/publicacoes/livros-e-artilhas/cartilha-educacao-fiscal-pfp-com-capateste-v3.pdf]. Acesso em: 14.08.2021.
- BULOS, Uadi Lamnêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CARVELLI, Urbano; SCHOLL, Sandra. Evolução histórica dos direitos fundamentais: da antiguidade até as primeiras importantes declarações nacionais de direitos. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 48, n. 191, p. 167-189, jul.-set. 2011. Disponível em: [www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242914/000926858.pdf?sequence=1&isAllowed=y]. Acesso em: 10.08.2021.
- GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos direitos fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces Barba. In: ALLE, Juliano Keller do; MARCELLINO JR., Julio Cesar (Orgs.). *Reflexões da pós-modernidade: Estado, Direito e Constituição*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago (Ed.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- LAZARI, Rafael de. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2021.

- MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas*. Disponível em: [http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2015/10/teoria_da_reserva_do_possivel.pdf]. Acesso em: 16.08.2021.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MORAES, Ricardo Quartim de. A evolução histórica do Estado liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 51, n. 204, p. 269-285, out.-dez. 2014. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/51/204/ri1_v51_n204_p269.pdf. Acesso em: 13 ago. 2021.
- OECD. Organisation for Economic Co-operation and Development. *Building tax culture, compliance and citizenship: a global source book on taxpayer education*. Paris, 2015. Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/building-tax-culture-compliance-and-citizenship_9789264205154-en#page41]. Acesso em: 14.08.2021.
- PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais. A preponderância da Constituição da República alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição mexicana de 1917. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 43, n. 169, p. 101-126, jan.-mar. 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92449/Pinheiro%20Maria.pdf?sequence=2>. Acesso em: 13 ago. 2021.
- PINSKY, Jaime. *Cidadania e educação*. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2011.
- PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. Direitos fundamentais, legítimas prerrogativas de liberdade, igualdade e dignidade. *Revista da EMERJ*, v. 12, n. 46, p. 126-140, 2009. Disponível em: [www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista46/Revista46_126.pdf]. Acesso em: 10.08.2021.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Conceito de direitos e garantias fundamentais. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. T.: Direito administrativo e constitucional. Disponível em: [<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/67/edicao-1/conceito-de-direitos-e-garantias-fundamentais>]. Acesso em: 10.08.2021.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ZOUEIN, Luís Henrique Linhares. *Em que consistem e quais são as “gerações” de direitos fundamentais?* Disponível em: [<https://meusitejuridico.editorajuspodivm>].

com.br/2019/08/09/em-que-consistem-e-quais-sao-geracoes-de-direitos-fundamentais]. Acesso em: 11.08.2021.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Constitucional; Direitos Humanos

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Direito à educação ou direito à qualidade do ensino? Uma abordagem à luz do princípio fundamental constitucional da cidadania, de Sandres Sponholz, Márcia Mieko Miranda Hirata Bogoni, Mayara Daielle Alves Alfken, Jacqueline Nogueira dos Santos e Péricles Elissandro Elger – *RDE* 6/115-132;
- Educação para a cidadania, de Ananda Elisa dos Santos Sommier Molina – *RDCI* 108/109-120; e
- Supremo Tribunal Federal e a proteção dos direitos sociais como limite à implementação do estado mínimo, de Flávia Soares de Sá Neves e Tânia Mara Felipe de Almeida – *RDCI* 122/173-192.

INFILTRAÇÃO POLICIAL NO ÂMBITO VIRTUAL COMO MEIO DE COMBATE À VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: UM ESTUDO A PARTIR DA EXPERIÊNCIA ESTADUNIDENSE

POLICE INFILTRATION IN THE VIRTUAL FRAMEWORK AS A MEANS TO COMBAT VIOLATION OF THE SEXUAL DIGNITY OF CHILDREN AND TEENAGERS: A STUDY BASED ON THE UNITED STATES EXPERIENCE

LETÍCIA BEZERRA DUARTE DE QUEIROZ

Pós-Graduanda em Direitos Humanos, Responsabilidade Social e Cidadania Global pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Advogada. leticiabduarte17@gmail.com

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Trata da análise da figura do agente policial infiltrado no meio cibernético, abordando os riscos a que as crianças e adolescentes estão expostos em virtude de sua inserção precoce no âmbito virtual e trazendo dados estatísticos que demonstram o crescimento expressivo de práticas delituosas que violam a dignidade sexual dos infantes. Ademais, mediante uma análise descritiva-qualitativa e do método dedutivo, realiza um estudo da técnica investigativa utilizada nos Estados Unidos em comparativo com o modelo empregado no Brasil, expondo os limites e obstáculos constatados no Estatuto da Criança e Adolescente a partir da promulgação da Lei 13.441/17.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Digital – Estatuto da Criança e do Adolescente – Direito Penal – Crimes Sexuais – Infiltração de agentes.

ABSTRACT: It deals with the analysis of the figure of the police agent infiltrated in the cybernetic environment, addressing the risks to which children and teenagers are exposed due to their early insertion in the virtual environment and bringing statistical data that demonstrate the expressive growth of criminal practices that violate sexual dignity of infants. Furthermore, through a descriptive-qualitative analysis and the deductive method, it carries out a study of the investigative technique used in the United States in comparison with the model used in Brazil, exposing the limits and obstacles found in the Statute of the Child and Adolescent from the enactment of the Law 13,441/17.

KEYWORDS: Digital Law – Child and Adolescent Statute – Criminal Law – Sexual Offenses – Infiltration of agents.

SUMÁRIO: 1. Introdução: um breve panorama da violação à dignidade sexual de crianças e adolescentes na era pós-digital. 2. A infiltração policial no âmbito virtual e a experiência estadunidense (ICAC). 3. A infiltração policial no âmbito virtual no ECA: limites e obstáculos. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO: UM BREVE PANORAMA DA VIOLAÇÃO À DIGNIDADE SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA ERA PÓS-DIGITAL

O surgimento da internet foi um dos fatores que mais modificaram o comportamento da sociedade na pós-modernidade, uma vez que facilitou de forma expressiva a comunicação e transmissão de dados. No que diz respeito aos avanços proporcionados com o seu surgimento, constata-se que ela representa um marco de extrema relevância na evolução da humanidade.

Diante disso, o meio cibernético passou a ocupar um espaço cada vez maior em todas as áreas de nossa vida, inclusive no que diz respeito às crianças e adolescentes, que vêm tendo um acesso precoce às tecnologias digitais. Nessa toada, não passam despercebidas as vantagens que a evolução tecnológica representa no cotidiano atual; contudo, não há como negar que ela também proporciona demasiados riscos, entre os quais se destaca a maior exposição e facilidade de contato com os infantes sem a existência de meios capazes de resguardá-los de forma efetiva.

Nesse ínterim, não somente novas infrações penais foram surgindo, como também meios facilitadores de praticar crimes já existentes, ao passo que vem se tornando cada vez mais difícil monitorar o que ocorre na internet, bem como auferir autorias e provas de ilícitos cometidos.

É válido pontuar que a violência sexual contra infantes é um tema de crescente preocupação em nível internacional, uma vez que a era digital potencializou tal prática de forma expressiva, de acordo com Yury Fedotov, Diretor Executivo do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC).¹

À medida que o uso da internet e dos meios digitais se tornou parte da rotina das crianças e adolescentes de forma cada vez mais precoce e expressiva, foi crescendo o número de vítimas de violência sexual no meio cibernético. Diante disso, os instrumentos ordinários utilizados nas investigações policiais começaram a se mostrar cada vez mais insuficientes para apurar a prática das condutas ilícitas em questão e identificar suas respectivas autorias.²

1. UNODC ENTRA NA LUTA CONTRA O ABUSO DE CRIANÇAS ONLINE. *UNODC.org*, 2013. Disponível em: [www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2013/10/10-unodc-entra-na-luta-contr-a-abuso-de-criancas-online.html]. Acesso em: 09.11.2021.
2. VICINGUEIRA, Bruna. *Violência sexual contra crianças e adolescentes: uma violação de direitos humanos*. 40 p. Pós-Graduação. Universidade Federal da Integração Latino-Americana, Foz do Iguaçu, 2019.

Sendo assim, com o decorrer dos anos, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) foi passando por alterações conforme a realidade social foi se alterando, visando acompanhar os avanços que vão surgindo cotidianamente no país e proporcionar um maior amparo e uma modernização do sistema de proteção das crianças e adolescentes, principalmente ao ser constatado quanto o avanço tecnológico vem afetando diretamente estes, facilitando a prática de delitos dos quais são vítimas, no âmbito digital.

Diante disso, foi promulgada a Lei de 13.441, no dia 8 de maio de 2017, alterando o ECA, dispondo acerca da infiltração de agentes de polícia na internet com o intuito de investigar crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, sendo esta figura responsável por permitir que policiais se aproximem das atividades ilícitas praticadas na internet por meio de perfis fictícios, em busca de obter elementos que comprovem a materialidade, autoria e circunstâncias das respectivas infrações penais.

Ademais, é válido salientar que os dados pouco se alteram ao se comparar com pesquisas realizadas em anos anteriores, o que comprova o caráter permanente e recorrente do abuso infanto-juvenil no Brasil, como pode ser constatado pelos dados extraídos do balanço anual de 2019 que, de acordo com relatório proferido pela ministra Damares Alves, do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), foram mais de 17 mil casos de violência sexual de crianças e adolescentes registrados apenas por meio do Disque 100 neste ano.³

Percebe-se que os avanços obtidos pelo ECA são expressivos, mas ainda existem muitos obstáculos a serem enfrentados a fim de conquistar uma maior transformação social, tendo-se em vista que, apesar de a legislação se mostrar inovadora e avançada, sua efetivação encontra ainda muita resistência.

O combate a valores, visões e princípios que se encontram enraizados em nossa sociedade é uma árdua e desafiadora tarefa, uma vez que não basta apenas uma alteração legislativa para que se possa avançar em determinada questão, mas é preciso que seja trabalhada toda a mentalidade cultural que a envolve, rompendo com a visão tradicional desta, tida por muitos como correta, o que dificulta a adaptação a um novo contexto.⁴

Isso posto, constata-se que é necessário um avanço não apenas jurídico, mas nos âmbitos econômico, social e cultural, ressignificando práticas cotidianas enraizadas em nosso país, tendo como finalidade garantir o devido enfrentamento das violações em questão e a proteção integral dos direitos humanos dos infantes.

Hodiernamente, o número de usuários do meio cibernético é sem precedentes. A cada dia que passa, novas redes sociais, programas e aplicativos são criados e muitos trazem

3. GOVERNO FEDERAL. *Crianças e adolescentes são vítimas em mais de 76 mil denúncias recebidas pelo Disque 100*. 2019. Disponível em: [www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/maio/criancas-e-adolescentes-sao-vitimas-em-mais-de-76-mil-denuncias-recebidas-pelo-disque-100]. Acesso em: 25.10.2021.

4. FARIAS, Pedro Lima Gondim; BARROS, Marcos Aurélio de Freitas. *Advocacia na Era Digital: Uma Análise Sobre Possíveis Impactos Práticos e Jurídicos das Novas Tecnologias na Dinâmica da Advocacia Privada*. Curitiba: Brazil Publishing, 2021.

vantagens à rotina cotidiana, mas não sem gerar os correspondentes riscos. Com o surgimento das redes sociais, a comunicação entre indivíduos se dá instantaneamente e de onde quer que estejam, mas também torna possível a criação de perfis falsos e o uso de transmissões criptografadas.⁵ As redes sociais e salas de bate papo permitem que adultos se passem por crianças ou adolescentes a fim de ter contato com esses em ambientes nos quais infantes acreditam estar protegidos, estando a verdadeira identidade dos criminosos resguardada atrás de suas telas.

De acordo com levantamento de dados realizado pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br), no ano de 2014, 52% das crianças entre 11 e 12 anos e 38% daquelas entre 9 e 10 anos afirmaram entrar, no mínimo, uma vez por dia na internet. Ademais, a mesma pesquisa constatou que 73% dos entrevistados entre 9 e 17 anos o fazem de forma privativa, sem a supervisão de adultos.

Segundo Michael Moran, Diretor Assistente do setor de Tráfico de Seres Humanos e Exploração Infantil da INTERPOL, “antes, as crianças vulneráveis tinham pais para agir como uma barreira em relação às pessoas com quem eles entravam em contato, agora isso é passado”.⁶

A violência sexual praticada contra as crianças e adolescentes não é um fenômeno recente, mas sim que está presente desde os primórdios da humanidade, tendo evoluído junto com essa e, com o surgimento da internet, o constrangimento sexual infantil passou a ocupar espaço no âmbito cibernético.

De acordo com levantamento realizado pelo Disque 100, a exposição de infantes na internet está entre os cinco tipos de violações mais denunciadas, contando com casos de abuso e exploração sexual, pedofilia, pornografia e prostituição infantil. E o próprio The New York Times, no ano de 2019, coletou dados com empresas de tecnologia que registraram mais de 45 (quarenta e cinco) milhões de fotos e vídeos online de crianças vítimas de abuso sexual.

Nesse mesmo ano, estudo realizado pelo Tic Kids registrou que 18% dos meninos entre 9 e 17 anos viram algum tipo de mídia de conteúdo sexual na internet; 20% destes receberam mensagens de cunho sexual; e 13% das meninas dessa mesma faixa etária já receberam solicitações de fotos e vídeos íntimos.⁷

Diante de todo o exposto, objetiva-se estudar como a era pós-digital vem influenciando na prática dos crimes em questão, além de analisar como o Estatuto vem sendo

5. SATO, Gustavo Worcki. A infiltração virtual de agentes e o combate à pedopornografia digital: Estudo da Lei 13.441/2017 e Lei 13.964/2019. *Jornal Jurídico*. Disponível em: [revistas.ponteditora.org/index.php/j2/article/view/335]. Acesso em: 11.11.2021.
6. UNODC ENTRA NA LUTA CONTRA O ABUSO DE CRIANÇAS ONLINE. *UNODC.org*, 2013. Disponível em: [www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2013/10/10-unodc-entra-na-luta-contr-o-abuso-de-criancas-online.html]. Acesso em: 09.11.2021.
7. TIC KIDS ONLINE BRASIL. *Pesquisa Sobre o Uso da Internet por Crianças e Adolescentes no Brasil*. São Paulo. Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2019.

alterado a fim de resguardar os infantes, tendo como enfoque, precisamente, analisar comparativamente o emprego do meio de investigação correspondente à infiltração policial no Brasil e nos Estados Unidos, por ser um país de referência no que diz respeito ao emprego desta técnica, pontuando os limites e obstáculos encontrados hodiernamente em nosso país.

Nesse interim, tendo por finalidade entender a complexidade que envolve o tema, bem como sua relevância e atualidade inerentes, terá como tipo de pesquisa utilizada a descritiva e qualitativa, tendo em vista que, por meio do método de pesquisa dedutivo, será analisada a legislação vigente no país, que se correlacione com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por fim, também será feita, por meio de uma pesquisa bibliográfica e de levantamento histórico, uma análise minuciosa das práticas utilizadas nos dias atuais pelo Brasil e pelos Estados Unidos para o combate dos crimes contra a dignidade sexual da criança e do adolescente praticados no meio cibernético.

2. A INFILTRAÇÃO POLICIAL NO ÂMBITO VIRTUAL E A EXPERIÊNCIA ESTADUNIDENSE (ICAC)

Inicialmente, no que se refere à historicidade do instituto de infiltração de agentes da força policial para fins investigativos, é válido pontuar que desde os primórdios da vida em sociedade é comum que indivíduos se interessassem em analisar as atividades praticadas por outros, fossem eles seus aliados ou rivais, tendo por finalidade resguardar sua comunidade contra atos que pudessem rejudicá-la.⁸

Um clássico exemplo do retrorreferido é a conhecida participação de espões e agentes secretos nos diversos conflitos que antecederam os dias atuais, como as grandes guerras e a Guerra Fria, os quais dissimulavam sua identidade e se infiltravam nos grupos inimigos a fim de obter informações a seu favor.

Todavia, a utilização de tal técnica investigativa começou a ser utilizada não apenas para observar povos inimigos ou nações externas, mas também para analisar grupos criminosos existentes dentro do próprio território, escolhendo e capacitando agentes que tivessem as habilidades necessárias para tal prática. Ademais, a infiltração começou a ser aprimorada conforme novas formas de criminalidade foram surgindo e se sofisticando, visando resguardar a sociedade da melhor forma possível.⁹

8. SATO, Gustavo Worcki. A infiltração virtual de agentes e o combate à pedopornografia digital: Estudo da Lei 13.441/2017 e Lei 13.964/2019. *Jornal Jurídico*. Disponível em: [revistas.ponteditora.org/index.php/j2/article/view/335]. Acesso em: 11.11.2021.

9. GUERRA, Gustavo Gabriel A. *Infiltração Virtual dos Agentes Policiais: como meio de investigação de prova na persecução penal*. 40 p. Graduação em Direito. Universidade Evangélica, Anápolis, 2019.

A aceitação da figura do agente infiltrado se deu em nível mundial, uma vez que esta se mostrou necessária diante da ineficácia de técnicas investigativas tradicionais utilizadas no cotidiano para combater crimes de maior complexidade no contexto de expansão da criminalidade.¹⁰ Diante do exposto, nos Estados Unidos da América (EUA), em meados do século XIX, começou a ser colocada em prática a figura do agente à paisana, tendo como objetivo principal manter um contato mais próximo com potenciais criminosos a fim de esclarecer a prática de infrações.¹¹ Com o decorrer dos anos, os EUA foram ampliando a aplicação da supracitada figura e a aprimorando, de forma que atualmente o país é referência no que diz respeito à técnica de investigação em questão.

Enquanto isso, no Brasil, a infiltração de agentes começou a ser empregada mais recentemente, razão pela qual foi constatada a importância de se realizar uma análise comparativa entre os modelos de atuação dos agentes infiltrados nos citados países, tendo como base um modelo mais sofisticado ao estudar os limites traçados pelo legislador brasileiro.

No que diz respeito à técnica de investigação que consiste na infiltração de policiais propriamente dita, cabe pontuar que foi no ano de 1998 que o “Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention” criou o programa “Internet Crimes Against Children Task Force Program (ICAC)”, ao constatar o aumento expressivo do número de infantes utilizando a internet e a proliferação tanto do número de materiais pedopornográficos compartilhados no meio cibernético quanto da presença de predadores sexuais neste, em busca de um contato direto e não supervisionado com potenciais vítimas.¹²

O referido programa atua auxiliando os órgãos de aplicação da lei a desenvolver uma resposta eficaz para os crimes que violam a dignidade sexual dos infantes, que vem sendo facilitada pelo uso precoce da tecnologia por esses.

A atuação do ICAC consiste não somente na prática do meio investigativo em questão, mas também na oferta de assistência técnica nas operações, treinamento para oficiais interessados, prestação de serviços para as vítimas e educação para a comunidade.¹³

Nesse ínterim, agentes de qualquer nacionalidade e posição podem ter acesso ao material de treinamento digital fornecido pelo ICAC, bastando apenas registrar para o mesmo.

-
10. PEREIRA, Flávio Cardoso. *Agente Infiltrado Virtual (Lei 13.441/17): Primeiras Impressões*. Disponível em: [www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_12/8-ArtigoFlavio_Layout%201.pdf], Acesso em: 12.11.2021.
 11. SATO, Gustavo Worcki. A infiltração virtual de agentes e o combate à pedopornografia digital: Estudo da Lei 13.441/2017 e Lei 13.964/2019. *Jornal Jurídico*. Disponível em: [revistas.ponteditora.org/index.php/j2/article/view/335]. Acesso em: 11.11.2021.
 12. INTERNET CRIMES AGAINST CHILDREN TASK FORCE PROGRAM. *Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention*, 2020. Disponível em: [ojjdp.ojp.gov/programs/internet-crimes-against-children-task-force-program]. Acesso em: 16.11.2021.
 13. INTERNET CRIMES AGAINST CHILDREN (ICAC) TASK FORCE PROGRAM. *Internet Crimes Against Children Task-Force Program*, 2021. Disponível em: [www.icactaskforce.org/]. Acesso em: 16.11.2021.

A partir disso terão disponíveis até mesmo seminários e salas de aula virtuais a fim de que adquiram a aptidão necessária para que possam atuar mediante o meio de investigação em questão.

O programa é composto por uma rede nacional de 61 forças-tarefas coordenadas, que contam com mais de 5.400 agências policiais e judiciais – federais, estaduais e locais – que lidam com investigações proativas e reativas, forenses e criminais.

Em 2020, os programas de força-tarefa do ICAC foram responsáveis por conduzir mais de 109.000 investigações, que resultaram na prisão de mais de 9.200 criminosos sexuais. Ademais, o programa treinou mais de 24.000 policiais, 2.260 promotores de justiça e 7.600 outros profissionais que trabalham em campo com esse tipo de crime.¹⁴

Insta salientar que, desde o início do programa, foram quase 800.000 profissionais treinados em técnicas de investigação por meio da figura da infiltração de agentes, e que foram revisadas mais de um milhão de denúncias de violação sexual infantil online, que resultaram na prisão de mais de 100.000 suspeitos.

O programa de assistência técnica e treinamento do ICAC foi criado para fornecer às forças-tarefas, suas afiliadas, e a todos que tiverem interesse, o devido treinamento para que se mostrem aptos a lidar com as investigações realizadas mediante agentes infiltrados, a fim de que possam conduzir a infiltração e seus resultados de forma eficaz.

O treinamento em questão envolve a manipulação de sites e redes sociais, bem como o compartilhamento de arquivos e o manuseio de aparelhos tecnológicos, além de técnicas que visam aprimorar as investigações e operações realizadas para combater crimes contra crianças e adolescentes no meio virtual, assim como a promoção de assistência para as vítimas.¹⁵

O ICAC fornece um programa voltado para zelar pela saúde mental e bem-estar dos profissionais envolvidos nas investigações, para auxiliá-los a lidar com os efeitos e traumas advindos da exposição a que são submetidos no exercício de suas funções. Outrossim, oferece treinamento específico para policiais, promotores e profissionais interessados em aprimorar suas capacidades investigativas e forenses.

Ademais, o ICAC pontua que a melhor ferramenta passível de ser utilizada com fins de combater o abuso sexual de crianças e adolescentes na internet sempre será a educação e conscientização popular acerca da prevenção de tais crimes, sensibilizando as comunidades locais de todo o país.¹⁶

14. INTERNET CRIMES AGAINST CHILDREN TASK FORCE PROGRAM. *Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention*, 2020. Disponível em: [ojjdp.ojp.gov/programs/internet-crimes-against-children-task-force-program]. Acesso em: 16.11.2021.
15. INTERNET CRIMES AGAINST CHILDREN (ICAC) TASK FORCE PROGRAM. *Internet Crimes Against Children Task-Force Program*, 2021. Disponível em: [www.icactaskforce.org/]. Acesso em: 16.11.2021.
16. INTERNET CRIMES AGAINST CHILDREN TASK FORCE PROGRAM. *Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention*, 2020. Disponível em: [ojjdp.ojp.gov/programs/internet-crimes-against-children-task-force-program]. Acesso em: 16.11.2021.

3. A INFILTRAÇÃO POLICIAL NO ÂMBITO VIRTUAL NO ECA: LIMITES E OBSTÁCULOS

A infiltração de agentes surgiu com a finalidade de suprir a lacuna existente no que se refere ao combate de condutas delituosas praticadas no meio cibernético, consistindo em uma técnica de investigação policial em que estes dissimulam sua identidade, mediante prévia autorização judicial, sendo empregada unicamente em casos excepcionais, diante dos quais os meios ordinários se mostrem insuficientes, com a finalidade de reunir informações quanto à materialidade e circunstâncias de delitos, além da identificação dos infratores.¹⁷

É válido pontuar que o ordenamento jurídico brasileiro não veio a conceituar em que consiste a infiltração de agentes, lacuna que coube a doutrina preencher.¹⁸

De acordo com Gustavo Worcki Sato, a principal característica da modalidade virtual ou cibernética de infiltração de agentes policiais reside no fato de que essa ocorrerá com o uso de meios informáticos, não sendo necessária a presença física do oficial.¹⁹

Diante disso, a supramencionada técnica acaba por apresentar distinções significativas no que se refere à técnica tradicional de infiltração policial, principalmente no que se trata da integridade do agente infiltrado.²⁰

A necessidade da regulamentação desta atividade foi constatada diante do crescente número de delitos sexuais praticados no meio cibernético. Nesse ínterim, foi promulgada, no dia 8 de maio de 2017, a Lei 13.441/17, que inseriu no Estatuto da Criança e do Adolescente a figura do agente infiltrado virtual, tendo por finalidade investigar a prática de crimes que violem a dignidade sexual das crianças e adolescentes, representando um marco de suma importância na proteção infanto-juvenil no meio digital.

No que se refere ao teor das mudanças inseridas no ECA, o art. 190-A do Estatuto elegeu um rol taxativo de crimes que permitem a utilização dessa técnica, bem como de pressupostos que devem ser observados quando da sua utilização.²¹

17. SATO, Gustavo Worcki. A infiltração virtual de agentes e o combate à pedopornografia digital: Estudo da Lei 13.441/2017 e Lei 13.964/2019. *Jornal Jurídico*. Disponível em: [revistas.ponteditora.org/index.php/j2/article/view/335]. Acesso em: 11.11.2021

18. SANNINI NETO, Francisco. Infiltração virtual de agentes é um avanço nas técnicas especiais de investigação criminal. In: *Canal Ciências Criminais*, mai. 2017. Disponível em: [canalciencias-criminais.com.br/infiltracao-virtual-agentes]. Acesso em: 09.01.2022.

19. SATO, Gustavo Worcki. A infiltração virtual de agentes e o combate à pedopornografia digital: Estudo da Lei 13.441/2017 e Lei 13.964/2019. *Jornal Jurídico*.

20. SANNINI NETO, Francisco. Infiltração virtual de agentes é um avanço nas técnicas especiais de investigação criminal. In: *Canal Ciências Criminais*, mai. 2017. Disponível em: [canalciencias-criminais.com.br/infiltracao-virtual-agentes]. Acesso em: 09.01.2022.

21. Art. 190-A. A infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar os crimes previstos nos arts. 240 , 241 , 241-A , 241-B , 241-C e 241-D desta Lei e nos arts. 154-A , 217-A , 218 , 218-A e 218-B do Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) , obedecerá às seguintes regras: I – será precedida de autorização judicial devidamente circunstanciada

Os crimes previstos no supracitado dispositivo são todos os que tenham relação com a produção, registro e armazenamento de qualquer tipo de material pornográfico envolvendo crianças e adolescentes, ainda que meramente simule a participação desses. Referido alcance não se limita à conjunção carnal, abrangendo todo e qualquer ato libidinoso praticado na presença de infantes, além dos crimes que induzam a prostituição ou exploração sexual destes. A disposição legal contida no art. 190-A do ECA não prevê de forma expressa a necessidade de demonstração de indícios de autoria em relação aos crimes a serem investigados. Entretanto, basta que seja realizada uma análise de seu inciso II e § 3º para que se conclua que a aplicação dessa técnica investigativa depende sim de tal demonstração, uma vez que exige o nome, ou ao menos o apelido, da pessoa investigada, e apenas é admitida em caráter residual, o que pressupõe que a investigação se encontre em desenvolvimento.²²

Ainda no que se refere ao art. 190-A, em seu inciso III está previsto que a infiltração de agentes de polícia na internet não poderá exceder o prazo inicial de 90 dias, que poderá ser eventualmente renovado até o prazo máximo de 720 dias, caso seja demonstrada real necessidade.²³

Ao engessar o prazo máximo que a infiltração pode durar no limite legal retrodescrito, o legislador procedeu de forma infeliz, uma vez que essa técnica exige um trabalho cauteloso a ser realizado por parte do agente, para não levantar suspeitas ao tentar coletar o máximo de provas e elementos informativos que consiga, o que exige a obtenção da confiança por parte dos investigados.²⁴

e fundamentada, que estabelecerá os limites da infiltração para obtenção de prova, ouvido o Ministério Público; II – dar-se-á mediante requerimento do Ministério Público ou representação de delegado de polícia e conterà a demonstração de sua necessidade, o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas; [...] § 1º A autoridade judicial e o Ministério Público poderão requisitar relatórios parciais da operação de infiltração antes do término do prazo de que trata o inciso II do § 1º deste artigo. § 2º Para efeitos do disposto no inciso I do § 1º deste artigo, consideram-se: I – dados de conexão: informações referentes a hora, data, início, término, duração, endereço de Protocolo de Internet (IP) utilizado e terminal de origem da conexão (BRASIL, 1990).

22. II – dar-se-á mediante requerimento do Ministério Público ou representação de delegado de polícia e conterà a demonstração de sua necessidade, o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas; § 3º A infiltração de agentes de polícia na internet não será admitida se a prova puder ser obtida por outros meios. (BRASIL, 1990).
23. III – não poderá exceder o prazo de 90 (noventa) dias, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que o total não exceda a 720 (setecentos e vinte) dias e seja demonstrada sua efetiva necessidade, a critério da autoridade judicial. (BRASIL, 1990).
24. LEITÃO JÚNIOR, Joaquim Leitão. Infiltração policial na internet da Lei 13.441/17 (dignidade sexual de menores) pode ser usada para outros crimes?. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862,

Diante do exposto, teria sido mais interessante a não fixação de um limite definitivo, mas unicamente a vinculação da prorrogação à devida comprovação de sua necessidade, visto que o lapso temporal estabelecido pode vir a comprometer eventual investigação.

Importa ressaltar que existem limites a serem respeitados ao se realizar uma investigação policial mediante o uso da técnica de infiltração virtual, como a necessidade de haver uma prévia autorização judicial; devendo ocorrer por meio de decisão circunstanciada e fundamentada, jamais de forma genérica, a fim de não deixar aberta a possibilidade de que provas coletadas sejam consideradas ilícitas.²⁵

A supracitada autorização se dará mediante requerimento do Ministério Público ou representação do Delegado de Polícia. Contudo, a realização da infiltração propriamente dita se restringe aos agentes policiais, de acordo com o que está preconizado em nossa Constituição Federal – que englobam a Polícia Federal e as Polícias Cíveis dos Estados e do Distrito Federal.

Insta salientar que esse tipo de investigação só deve ser utilizado como medida de última *ratio*, quando todos os ritos ordinários se mostrarem insuficientes para a coleta das provas necessárias, uma vez que relativiza direitos como o da privacidade e intimidade; devendo, então, ser utilizada em caráter subsidiário e excepcional, sendo observado o princípio da proporcionalidade.²⁶

É de suma valia pontuar que, no âmbito da Lei 13.441/17, não se exige a concordância do agente designado para atuar na infiltração a fim de que esta seja realizada, uma vez que não estará o oficial colocando em risco sua integridade física. Em contrapartida, é imprescindível que o agente a ser infiltrado tenha uma preparação adequada, devendo possuir o domínio de softwares, ciência da computação e conhecimentos similares.²⁷

Ademais, também deve o agente ter um preparo não somente técnico como psicológico para realizar esse tipo de operação, seu perfil intelectual deve corresponder à complexidade desta, uma vez que estará submetido a situações de extrema delicadeza.²⁸

Nesse ínterim, contata-se a dificuldade de selecionar profissionais qualificados e à disposição para realizar a técnica investigativa em questão, diante da falta de treinamento da maioria, por ser um instituto de recente emprego no país.

Teresina, ano 22, n. 5063, 12.05.2017. Disponível em: [jus.com.br/artigos/57640]. Acesso em: 09.01.2022.

25. SATO, Gustavo Worcki. A infiltração virtual de agentes e o combate à pedopornografia digital: Estudo da Lei 13.441/2017 e Lei 13.964/2019. *Jornal Jurídico*. Disponível em: [revistas.ponteditora.org/index.php/j2/article/view/335]. Acesso em: 11.11.2021.

26. Idem.

27. SANNINI NETO, Francisco. Infiltração virtual de agentes é um avanço nas técnicas especiais de investigação criminal. In: *Canal Ciências Criminais*, mai. 2017. Disponível em: [canalciencias-criminais.com.br/infiltracao-virtual-agentes]. Acesso em: 09.01.2022.

28. PEREIRA, Flávio Cardoso. *Agente Infiltrado Virtual (Lei 13.441/17): Primeiras Impressões*. Disponível em: [www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_12/8-ArtigoFlavio_Layout%201.pdf]. Acesso em: 12.11.2021.

Conforme disposto no art. 190-B do ECA, qualquer informação obtida deve ser prontamente encaminhada ao Juízo competente, responsável por zelar pelo sigilo absoluto do processo, cujo acesso é restrito às autoridades envolvidas na operação. É válido pontuar que ainda cabe o uso complementar do procedimento contido na Lei 12.580, de 02 de agosto de 2013, em razão da previsão expressa relativa ao procedimento de infiltração de agentes.

Outrossim, no que se refere aos atos praticados pelo agente policial infiltrado virtualmente em meio a operação de investigação realizada, o art. 190-C do Estatuto assegura que este não estará incidindo em crime.

Todavia, ressalva em seu parágrafo único que o agente responderá pelos excessos que pratique ao se desviar da finalidade da operação, devendo atuar em observância aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, proporcionalidade e eficiência. Sendo, dessa forma, imprescindível para a sua própria segurança que o agente atue com base nas limitações impostas pelo juiz ao autorizar a infiltração.²⁹

Impende ressaltar que, de acordo com Gustavo Guerra, é recomendável que junto à infiltração do agente sejam empreendidos outros métodos apuratórios, como a quebra de criptografias e sigilo de dados, devendo ser utilizado o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) junto à Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, bem como à Lei 12.965, de 23 de abril de 2014 (Lei de Interceptação Telefônica e Marco Civil na Internet, respectivamente).³⁰

Imperioso pontuar, ainda, que deve-se tomar o devido cuidado para que não haja a confusão do papel do agente infiltrado com a de um agente provocador, para que ele de nenhuma forma instigue o indiciado à prática de nenhuma conduta ilícita, apenas o acompanhe até que o faça de maneira espontânea, repassando em seguida as informações coletadas às autoridades encarregadas da persecução penal. Caso de alguma forma o agente incite o suspeito a praticar uma atividade delituosa, estará diante da figura de um crime impossível, de acordo com o art. 17 do Código Penal, conforme foi sedimentado pela Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal.³¹

Ao ser realizada a análise comparativa do modelo de atuação de infiltração virtual utilizado no Brasil com o dos Estados Unidos da América (EUA), por este país ser referência no respeitante ao meio de investigação em questão, foram constatados outros obstáculos ao melhor emprego desta técnica em nosso país.

-
29. SANNINI NETO, Francisco. Infiltração virtual de agentes é um avanço nas técnicas especiais de investigação criminal. In: *Canal Ciências Criminais*, mai. 2017. Disponível em: [canalciencias-criminais.com.br/infiltracao-virtual-agentes]. Acesso em: 09.01.2022.
 30. GUERRA, Gustavo Gabriel A. *Infiltração Virtual dos Agentes Policiais: como meio de investigação de prova na persecução penal*. 40 p. Graduação em Direito. Universidade Evangélica, Anápolis, 2019.
 31. PEREIRA, Flávio Cardoso. *Agente Infiltrado Virtual (Lei 13.441/17): Primeiras Impressões*. Disponível em: [www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_12/8-ArtigoFlavio_Layout%201.pdf]. Acesso em: 12.11.2021.

Nos EUA foi criado o programa “Internet Crimes Against Children Task Force Program (ICAC)” com a finalidade específica de atuar auxiliando os órgãos de aplicação da lei a combaterem de forma eficaz os crimes que violam a dignidade sexual dos infantes, o que é um diferencial excelente não encontrado nos demais países.

O supramencionado programa não atua somente na prática do meio investigativo em questão, mas também fornece assistência técnica necessária nas operações, assim como o treinamento para oficiais e a prestação de serviços para as vítimas e educação para a comunidade.

De forma contrária a que ocorre nos EUA, no Brasil não houve essa preocupação com a fase pré-infiltração, correspondente ao treinamento necessário dos policiais, e nem mesmo a implementação de um programa similar a fim de prestar o auxílio necessário à eventual investigação.

O referido fator se mostra como um preocupante obstáculo à colocação em prática da infiltração virtual, uma vez que resulta na indisponibilidade de agentes capacitados para colocar o meio de investigação em questão em prática, assim como das ferramentas técnicas necessárias.

Ademais, nas pesquisas realizadas durante a elaboração do presente trabalho, as operações de investigação encontradas que aplicaram esse meio de infiltração foram realizadas apenas pela Polícia Federal, que possui pessoal qualificado e recursos mais vastos, mas não pelas polícias Estadual e Municipal.

Nessa toada, fica comprovada a necessidade de um investimento maior por parte do Sistema de Justiça no que diz respeito à capacitação de pessoal e oferta do material que se mostra imprescindível a este tipo de investigação, visto que a internet vem ocupando um espaço cada vez expressivo no cotidiano de todos os brasileiros, o que leva à compreensão de que essa técnica ocupará um espaço cada vez mais importante em um futuro próximo.

Dessa forma, é interessante que até que essa medida não seja tomada, uma vez que não é algo simples de se realizar, seja indicado para os potenciais policiais a serem infiltrados que realizem o programa de treinamento ofertado pelo ICAC de forma *online*.

No mais, outro obstáculo de suma importância a ser superado pelo Brasil é a ausência de investimento em políticas públicas que tenham como objetivo principal a educação e conscientização das crianças e adolescentes, bem como de seus pais e orientadores, acerca dos riscos encontrados no meio cibernético e como atuar de forma a prevenir a consumação de crimes no mesmo, visando à mobilização de todo o país em prol da proteção dos infante- juvenis.

4. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, compreende-se que a era pós-digital e a evolução tecnológica marcam a nossa sociedade atual, estando os meios digitais presentes em nosso cotidiano de forma cada vez mais expressiva. Nessa toada, nos últimos anos a participação da

internet no desenvolvimento das crianças e adolescentes é inegável, o que desencadeou diversas vantagens, mas não sem gerar os respectivos riscos.

Nesse ínterim, com o uso cada vez mais frequente e precoce da internet pelos infantes, na maior parte das vezes sem supervisão, os predadores sexuais começaram a encontrar no meio cibernético um ambiente ideal para manter contato direto e ilimitado com potenciais vítimas. Diante disso, conforme a sociedade se desenvolveu, o Poder Legislativo a acompanhou, se adaptando à nova realidade, o que fez com que o Estatuto da Criança e do Adolescente tenha passado por diversas alterações nas últimas décadas, sendo o foco desse trabalho analisar as modificações advindas da Lei 13.441, de 08 de maio de 2017, responsável por trazer a previsão da figura do policial infiltrado virtual para combater os crimes que violam a dignidade sexual das crianças e adolescentes.

Outrossim, os dados apresentados ao longo da pesquisa demonstram o impacto causado pelos crimes sexuais contra os infantes, que se mantém até os dias atuais, mesmo com todos os esforços empreendidos, que vão desde avanços legislativos até campanhas e programas de conscientização.

Com efeito, apesar da ausência de estrutura das polícias estaduais no tocante a profissionais treinados e materiais adequados para o emprego dessa técnica, foi constatada a eficácia da figura do agente policial infiltrado, quando colocada efetivamente em prática. Registram-se, inclusive, precedentes em nosso país que demonstram excelentes resultados advindos da mesma.

A infiltração virtual de policiais é utilizada na grande maioria dos países democráticos, mas foi nos Estados Unidos que esta adquiriu maior relevância, razão pela qual foi elaborado um estudo no que diz respeito ao funcionamento do programa de infiltração utilizado no país, a fim de realizar um comparativo com a nossa realidade.

Isso posto, foi demonstrada não somente a relevância do presente tema, como também a necessidade de uma maior discussão e estudo acerca do mesmo, uma vez que restou comprovado que o avanço legislativo e as vantagens constatadas atualmente não são suficientes para combater a prática de crimes que violam a dignidade sexual das crianças e adolescentes, apesar de ser uma evolução louvável, devendo os obstáculos serem superados a fim de um melhor emprego do meio investigativo em questão.

Nesse sentido, há muito a se desenvolver no emprego da técnica de infiltração virtual para combater a crescente prática de crimes cibernéticos contra os infantes, como seria o caso de um maior investimento no que se trata do treinamento e qualificação de agentes a serem infiltrados, bem como no oferecimento de um maior suporte técnico para que o meio investigativo em questão seja viabilizado.

Ademais, também é imprescindível uma maior conscientização social no que diz respeito aos riscos gerados pela inserção dos infantes na internet, por meio de políticas públicas e campanhas de conscientização e prevenção a serem realizadas nos órgãos públicos e nas instituições de ensino, por exemplo, a fim de que possamos garantir as crianças e adolescentes a proteção de que estes necessitam durante o seu desenvolvimento.

5. REFERÊNCIAS

- FARIAS, Pedro Lima Gondim; BARROS, Marcos Aurélio de Freitas. *Advocacia na Era Digital: Uma Análise Sobre Possíveis Impactos Práticos e Jurídicos das Novas Tecnologias na Dinâmica da Advocacia Privada*. Curitiba: Brazil Publishing, 2021.
- GOVERNO FEDERAL. *Crianças e adolescentes são vítimas em mais de 76 mil denúncias recebidas pelo Disque 100*. 2019. Disponível em: [www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/maio/criancas-e-adolescentes-sao-vitimas-em-mais-de-76-mil-denuncias-recebidas-pelo-disque-100]. Acesso em: 25.10.2021.
- GUERRA, Gustavo Gabriel A. *Infiltração Virtual dos Agentes Policiais: como meio de investigação de prova na persecução penal*. 40 p. Graduação em Direito. Universidade Evangélica, Anápolis, 2019.
- INTERNET CRIMES AGAINST CHILDREN (ICAC) TASK FORCE PROGRAM. *Internet Crimes Against Children Task-Force Program*, 2021. Disponível em: [www.icactaskforce.org/]. Acesso em: 16.11.2021.
- INTERNET CRIMES AGAINST CHILDREN TASK FORCE PROGRAM. *Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention*, 2020. Disponível em: [ojjdp.ojp.gov/programs/internet-crimes-against-children-task-force-program]. Acesso em: 16.11.2021.
- LEITÃO JÚNIOR, Joaquim Leitão. Infiltração policial na internet da Lei 13.441/17 (dignidade sexual de menores) pode ser usada para outros crimes?. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5063, 12.05.2017. Disponível em: [jus.com.br/artigos/57640]. Acesso em: 09.01.2022.
- PEREIRA, Flávio Cardoso. Agente Infiltrado Virtual (Lei 13.441/17): Primeiras impressões. *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*, v. 97, 2017. Disponível em: [www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_12/8-ArtigoFlavio_Layout%201.pdf]. Acesso em: 12.11.2021.
- SANNINI NETO, Francisco. Infiltração virtual de agentes é um avanço nas técnicas especiais de investigação criminal. In: *Canal Ciências Criminais*, mai. 2017. Disponível em: [canalcienciascriminais.com.br/infiltracao-virtual-agentes]. Acesso em: 09.01.2022.
- SATO, Gustavo Worcki. A infiltração virtual de agentes e o combate à pedopornografia digital: Estudo da Lei 13.441/2017 e Lei 13.964/2019. *Jornal Jurídico*. Disponível em: [revistas.ponteditora.org/index.php/j2/article/view/335]. Acesso em: 11.11.2021.
- TIC KIDS ONLINE BRASIL. *Pesquisa Sobre o Uso da Internet por Crianças e Adolescentes no Brasil*. São Paulo. Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2019.
- UNOC.org. *UNODC ENTRA NA LUTA CONTRA O ABUSO DE CRIANÇAS*

ONLINE, 2013. Disponível em: [www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2013/10/10-unodc-entra-na-luta-contr-o-abuso-de-criancas-online.html]. Acesso em: 09.11.2021.

VICINGUEIRA, Bruna. *Violência sexual contra crianças e adolescentes: uma violação de direitos humanos*. 40 p. Pós-Graduação. Universidade Federal da Integração Latino-Americana, Foz do Iguaçu, 2019.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A infiltração de agentes em meio virtual sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana: uma análise da Lei 13.441, de 8 de maio de 2017, de Greice Patrícia Fuller e Fábio Gallinaro – *RT*995/175-193; e
- Da validade processual penal das provas obtidas em sites de relacionamento e a infiltração de agentes policiais no meio virtual, de Danni Sales Silva – *BCCrim* 120/203-235.

EXCLUSIVO - PROIBIDA A VEÍCULO

Direitos Humanos

EXCLUSIVO - PROIBIDA A VEICULAÇÃO

A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

THE EVOLUTION OF HUMAN RIGHTS IN BRAZIL

RAFAELLA MOURA VILELA

Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO).
rafaellamouravilela@gmail.com

MARINA ZAVA DE FARIA

Doutora em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Especialista em Direito Empresarial pelo Instituto Goiano de Direito. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Membro da Comissão de Direito Empresarial da OAB/GO. Arbitra da Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada – CAMES. Professora do curso de Direito da Universidade Estadual de Goiás (UEG), Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO), Instituto Brasileiro de Ensino (IDP), Escola Superior Associada de Goiânia (ESUP/FGV). Professora de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO) e IPOG. Advogada, Árbitra e Professora. Atuação com ênfase em Direito Empresarial.
marinazava@mzadvocaciacorporativa.com.br

ÁREA DO DIREITO: Direitos Humanos

RESUMO: O objetivo principal do trabalho é a análise da evolução da recepção dos Direitos Humanos no Brasil por meio de uma perspectiva histórica. É inegável a importância que os Direitos Humanos possuem na sociedade atual, portanto, durante toda a discussão do tema, sempre serão abordados os tópicos de defesa da dignidade humana, igualdade de direitos, liberdade de expressão e defesa pela paz entre os povos. Em um primeiro momento, o Direito Internacional será analisado separadamente, de modo que se reconhece ser ele o propulsor dos Direitos Humanos em instância global. Posteriormente, os Direitos Humanos serão estudados

ABSTRACT: The main purpose of this work is to analyze the evolution of the reception of Human Rights in Brazil by a historical perspective. It is undeniable the importance of Human Rights in the current society, therefore, during the course of the theme's discussion, the defense of human dignity, equal rights, free speech and the concern of peace between humanity, will always be present. Firstly, the International Law will be examined separately, so that it is recognized as the propeller of Human Rights worldwide. After that, the Human Rights will be studied as a consequence of the fights and revolutions that happened throughout the centuries. Ultimately,

como consequência de revoluções e lutas por direitos ao longo dos séculos. Por fim, esses mesmos direitos serão estudados dentro do contexto de desenvolvimento e crescimento do Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos – História Brasileira – Constituição Cidadã.

those same rights will be researched in the context of the Brazilian development and growth.

KEYWORDS: Human Rights – Brazilian History – Citizen Constitution.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O direito internacional. 3. Os direitos humanos. 4. Leis de formação. 5. Direitos humanos no Brasil. 5.1. Brasil colônia. 5.2. Brasil Império. 5.3. Brasil República. 5.4. Golpe Militar. 6. Direitos humanos e a Constituição de 1988. 7. A realidade da sociedade brasileira. 8. Conclusão. 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A escolha do tema “A Evolução da Recepção dos Direitos Humanos no Brasil” ocorreu por seu caráter histórico, pela importância de se tratar acerca dos Direitos Humanos – seja no âmbito interno ou externo.

Diante do mencionado, é válido expor que a historicidade do tema é relevante porque, sendo a história a ciência que estuda o homem através do tempo, o estudo dela nos faz compreender melhor a evolução do homem em si e da sociedade ao seu redor. Portanto, estudar a evolução histórica dos Direitos Humanos no Brasil trará um conhecimento amplo acerca da evolução das leis brasileiras a partir da introdução dos princípios providos desses direitos no nosso Estado.

Por conseguinte, seja no âmbito interno – ou seja, dentro da legislação brasileira – ou no âmbito externo –, quanto à política internacional e sua influência em países de primeiro, segundo e terceiro mundo –, os Direitos Humanos foram muito importantes para a evolução da sociedade, tanto para amenizar o número de conflitos no mundo, quanto para regulamentar questões de direitos e deveres universais que devem ser adotados para garantir uma mínima qualidade na vida de cada cidadão.

Em tempos em que as democracias não são valorizadas, a busca pela igualdade de direitos muitas vezes não é tida como uma discussão relevante, mas, ao contrário do que pensam, esse tema é essencial para garantir que todos tenham uma qualidade de vida mínima que lhes é merecida, para que os países se desenvolvam de forma crescente e para garantir que o mercado continue a crescer, de forma justa, a oferecer oportunidade a todos.

A fim de tratar acerca da amplitude e princípios básicos do Direito Internacional e dos Direitos Humanos, os principais autores e bibliografias a serem utilizados serão Mazzuoli e Trindade.

Ao discorrer sobre a chegada dos Direitos Humanos no Brasil, é imprescindível a menção e análise de momentos históricos e princípios fundamentais que foram essenciais para chegarmos ao nosso momento atual. Isso exige um apoio bibliográfico voltado para o ramo da história, utilizarei então o livro *A Escrita da História* de Flávio de Campos e Renan Garcia Miranda, além de autores como Eric Hobsbawm e Laurentino Gomes.

Por fim, os livros *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, de Flávia Piovesan, e o *Curso de Direitos Humanos*, de André de Carvalho Ramos, serão utilizados por tratar da análise dos Direitos Humanos no nosso momento atual, mais especificamente a análise desses direitos previstos na nossa Constituição (Constituição da República Federativa do Brasil 1988).

2. O DIREITO INTERNACIONAL

O Direito Internacional ou *Jus Gentium*¹ é um conjunto de princípios e normas representativas dos direitos e deveres aplicáveis no âmbito internacional. Sua amplitude histórica se dá pelo fato de que, desde as primeiras civilizações, já existiam normas que regiam sobre as relações comerciais externas e sobre os direitos e deveres dos estrangeiros em Estados como Grécia e Roma.

Esses princípios e normas aplicados agem por meio de uma posição político-pública no âmbito das relações entre os países e dividem-se em duas áreas distintas, mas correlacionadas, são elas: pública e privada.

É importante destacar que tais direitos são moldáveis, pois dependem dos sujeitos internacionais envolvidos. Enquanto o Direito Internacional Público se refere aos direitos e deveres dos próprios Estados em suas relações, o Direito Internacional Privado trata da aplicação de leis civis, comerciais ou penais de um Estado sobre particulares de outro Estado. Segundo Brierly, o Direito Internacional se ocupa com as instituições cujos poderes governamentais se estendem à direção de suas relações externas.

O crescimento dessas relações ocorreu principalmente pelo engrandecimento das cidades (centros comerciais) no início da Idade do Bronze² e, posteriormente, por conta do engrandecimento da Igreja Católica, durante a Idade Média³.

Conforme menciona Novo, (2018):

“O tratado mais antigo registrado é o celebrado entre Lagash e Umma, cidades da Mesopotâmia, relativo à fronteira comum. Mas o tratado mais famoso da Antiguidade remota é possivelmente, o de Kadesh, concluído entre Ramsés II do Egito e Hatusil III

1. “Direito das gentes” ou “direito dos povos”, expressão criada pelos romanos para se referirem às normas aplicáveis aos estrangeiros.
2. Iniciou-se no ano 3.100 a.C. e findou-se em 300 a.C.
3. Iniciou-se no século V e findou-se no século XV.

dos hititas no século XIII a.C. [...]. O papa era considerado o árbitro por excelência das relações internacionais e tinha autoridade para liberar um chefe de Estado do cumprimento de um tratado [...]. A primeira missão diplomática de caráter permanente foi estabelecida por Milão junto ao governo de Florença, no final da Idade Média.”

Ademais, cabe mencionar que, durante esse período, a “humanização” da guerra e o nascimento do conceito de “Guerra Justa” foram importantes para a expansão de fronteiras e de relações exteriores, já que incentivavam a invasão de outras terras para que fosse espalhada a “palavra de Deus”.

Com a Idade Moderna⁴, o direito internacional se transformou, tornando-se mais parecido com o que conhecemos atualmente. Isso se deu pelo surgimento de Estados nacionais, o reconhecimento da soberania estatal e o abandono de uma hierarquização com base na religião (provinda da Idade Média).

Já na Era das Revoluções⁵, inaugurada pela Revolução Francesa (1789), houve um reforço no conceito de nacionalidade, provindo da política centrada na ideia de Estado-nação. Outro grande marco desse período foi o Congresso de Viena (1815), que reorganizou a Europa após as guerras napoleônicas, influenciou em debates acerca da abolição do tráfico de escravos e utilização da mão de obra escrava nas Américas, reorganizou as fronteiras da França e manteve o continente europeu a salvo de grandes enfrentamentos até a Primeira Guerra Mundial em 1914.

O que se iniciou no século XIX – o florescimento do direito internacional moderno, com a criação de organismos internacionais com vistas a regular assuntos de relações exteriores – fez com que o direito internacional do século XX fosse aprofundado e consolidado a partir do fim das Grandes Guerras – com a criação da Liga das Nações⁶, que posteriormente originou a Organização das Nações Unidas⁷, além da proliferação de tratados por conta do início da globalização.

4. Iniciou-se com o final da Idade Média, em 1.453 d.C., estendendo-se até o início da Idade das Revoluções, século VIII.
5. Também conhecida como Idade Contemporânea, iniciou-se no ano de 1789 e segue até os dias atuais.
6. Organização internacional também conhecida como Sociedade das Nações, fundada em 10 de janeiro de 1920 em Genebra, Suíça, pelas potências vencedoras do fim da Primeira Guerra Mundial.
7. Organização internacional fundada em 24 de outubro de 1945 em São Francisco, Califórnia, EUA, sucessora da Liga das Nações, criada para garantir e promover a cooperação internacional após o fim da Segunda Guerra Mundial.

3. OS DIREITOS HUMANOS

O momento histórico crucial que alavancou a implementação dos Direitos Humanos de forma mais abrangente na sociedade foi a Revolução Francesa. O dia 14 de julho de 1789 é lembrado até os dias atuais por ter iniciado a Revolução com a Queda da Bastilha.

Tal revolução se tornou um marco na luta pela democracia liberal, também conhecida como democracia constitucional. Seu lema, “liberdade, igualdade e fraternidade”, sobreviveu à revolução e é lembrado até os dias atuais na luta contra governos opressores, já que foi o responsável por colocar fim ao período do Absolutismo⁸.

Com a queda do Absolutismo, foi inaugurado o processo de universalização dos direitos sociais e das liberdades individuais com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789). No entanto, o embasamento teórico, histórico e social de tais direitos provém de outras áreas do conhecimento, que já eram objetos de estudo e discussões há séculos, como a Filosofia, o Cristianismo e o Iluminismo.

Hobsbawm menciona (2012, p. 251):

“O iluminismo foi a estrutura do pensamento típico do século XVIII de Kant e o ponto de partida de Hegel. A filosofia de ambos era profundamente impregnada da ideia de progresso: o primeiro grande empreendimento de Kant foi sugerir uma hipótese da origem e desenvolvimento do sistema solar, enquanto toda a filosofia de Hegel é a da evolução (ou a historicidade em termos sociais) e do progresso necessário.”

É importante destacar que, em seus primórdios, os Direitos Humanos se tratavam de direitos exclusivos para homens brancos europeus. Isso ocorre porque os povos com cor (nativos do continente americano, asiáticos e negros) não estavam diretamente envolvidos no contexto de nascimento desses direitos, e as mulheres não eram consideradas membros importantes na composição da sociedade, excluindo-as assim da posse de tais direitos.

Exemplos claros da exclusividade desses direitos para o homem branco europeu são: o Colonialismo e o Neocolonialismo, o tráfico de escravos, a desvalorização da mulher como indivíduo racional e sua objetificação ao longo da história, o eurocentrismo, a desvalorização de culturas orientais, africanas, demonização de religiões que não estivessem ligadas ao cristianismo, entre outros.

Diante disso, resta o questionamento: em que medida e a que momento os Direitos Humanos podem ser aplicados dentro de diferentes sociedades sem que se desvalorizem os valores e costumes locais, já que cada cultura possui sua particularidade?

8. Trata-se de um sistema político predominantemente europeu que defendia o poder absoluto dos monarcas sobre o Estado. Também esteve relacionado à formação dos Estados Nacionais e ao crescimento da Burguesia. Perdurou entre os séculos XVI e XVIII.

Somente no século XX, com a presença das Grandes Guerras, o avanço das tecnologias e o nascimento da Globalização, que foi viabilizada uma certa “unificação dos povos”. Isso não quer dizer que o termo “aldeia global”, relacionado à Globalização, tenha sido aplicado no sentido literal, mas, a partir do momento em que a prioridade passou a ser a paz entre as nações, os Direitos Humanos tiveram que ser aplicados em diferentes países, com diferentes culturas e particularidades.

Mazzuoli (2018, p. 29):

“Atualmente, o tema ‘direitos humanos’ compõe um dos capítulos mais significativos do direito internacional público, sendo, por isso, objeto próprio de sua regulamentação. Na linguagem comum, porém, emprega-se frequentemente a expressão ‘direitos humanos’ para referir-se também à proteção que a ordem jurídica interna (especialmente a Constituição) atribui àqueles que se sujeitam à jurisdição de um determinado Estado. Em termos técnicos, contudo, tal referência não é correta, devendo-se empregar a expressão ‘direitos humanos’ apenas quando se está diante da proteção de índole internacional a tais direitos.”

À medida que esses direitos começaram a ser implantados, foram necessárias adequações por meio de acordos, pactos e tratados para que os direitos implementados em cada local não aterrassem com as diferentes culturas e costumes.

4. LEIS DE FORMAÇÃO

Os Direitos Humanos estão elencados entre os Direitos Civis, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais. Cabe destacar que ao longo dos séculos, as alterações no âmbito dos Direitos Humanos ocorreram de forma a acrescentar direitos, sendo que esses acréscimos foram divididos em 1ª, 2ª, 3ª, 4ª e 5ª Dimensão de Direitos.

Entre a 1ª Dimensão, destacam-se como legislação pioneira a Magna Carta (1215), a Declaração de Direitos (1689), Declaração de Direitos dos Estados Unidos (1789) e a Declaração de Direitos do Homem (1789). Todas as leis mencionadas defendiam, em suma, a liberdade individual – fruto do pensamento liberal burguês do século XVIII –, resistência e oposição perante o Estado Absolutista, a defesa pela democracia, propriedade, segurança e pela igualdade de direitos entre os homens.

Esses direitos foram fundamentais para a tradição das instituições político-jurídicas da modernidade ocidental. Apareceram, em sua maioria, ao longo dos séculos XVIII e XIX como expressão de um cenário histórico marcado pelo jusnaturalismo e foram incorporados de forma positivada na Constituição Americana de 1787, Constituições Francesas de 1791 e 1793 e, o mais marcante, no Código Napoleônico de 1804.

Já os Direitos de 2ª Dimensão surgiram a partir das duas Primeiras Revoluções Industriais e da Primeira Guerra Mundial (entre os séculos XIX e XX). Trata-se de direitos

sociais, econômicos e culturais fundados no princípio da igualdade e com alcance positivo por não serem contra o Estado.

O aumento do número de indústrias e a ausência de direitos trabalhistas levou à uma exploração análoga à escravidão dessa população que foi enviada às fábricas. Todos aqueles pertencentes à classe trabalhadora eram explorados pelo sistema, assim, o descontentamento surgia nas fábricas impulsionou os movimentos defensores dos direitos trabalhistas.

Além disso, com o advento da Primeira Guerra Mundial em 1914, várias famílias foram separadas, a fome se alastrou pelos principais países do mundo e a maior parte dos homens foram enviados para lutarem na guerra. Esse último fato fez com que mulheres, crianças e idosos fossem removidos de suas casas para trabalharem em indústrias, a fim de suprirem as necessidades de produção da época.

À medida que a crise aumentava, também crescia a sede de poder do povo, fazendo com que buscassem cada vez mais conhecimento sobre a história e a política do país. Os trabalhadores russos foram os primeiros a entender que só se faz revolução com conhecimento para tal.

Posteriormente, no final da década de 1970, surgiu a Terceira Revolução Industrial. Esta marcada pelo forte desenvolvimento tecnológico, com a amplificação dos meios de comunicação e da robótica. Também denominada como Revolução Técnico-Científica, foi responsável pela introdução dos direitos de 3ª Dimensão, também denominados “Direitos Transindividuais”.

Tais direitos estão ligados à proteção ao gênero humano – autodeterminação dos povos –, direitos de proteção e preservação do meio ambiente – oriundos das mudanças climáticas e ambientais que começavam a ser percebidas – e, principalmente, a preservação da paz. Esse último também é considerado um direito de 5ª Dimensão, mas, por se tratar de um período extremamente próximo ao fim das duas Grandes Guerras, é inegável o zelo pelo direito à paz naquele momento da história.

Com a presença cada vez mais assídua das novas tecnologias, o fenômeno da Globalização se faz cada vez mais presente no século XXI. Ele é responsável por interligar pessoas do mundo todo por meio das plataformas digitais, o que propicia a conexão entre diferentes sociedades e culturas. Com isso, nota-se que os Direitos de 4ª Dimensão trazem à tona o ideal de fraternidade implementado primordialmente com a Revolução Francesa.

Segundo Mazzuoli (2018, p. 59):

“A quarta geração de direitos humanos resulta da globalização dos direitos fundamentais, de sua expansão e de sua abertura além de fronteiras. Segundo Bonavides, seriam exemplos dos direitos de quarta geração o direito à democracia (no caso a democracia direta), o direito à informação e o direito do pluralismo, deles dependendo a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.”

Ademais, a Globalização também provém da democratização da informação, já que, com a utilização da internet, o acesso à informação se torna acessível a uma maior parcela da população; e, por fim, o exercício da democracia entre os blocos econômicos, já que o comércio exterior é o que movimenta a economia dos países nessa nova aldeia global.

5. DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

5.1. *Brasil colônia*

O período denominado Brasil Colônia se iniciou quando os Portugueses chegaram no território sul-americano – final do século XV – e começaram a se estabelecer nas terras que hoje são reconhecidas como parte do território brasileiro.

No entanto, a administração colonial só se iniciou de fato a partir de 1530, quando se ocorreu a crise comercial com o Oriente⁹. Antes disso, a América não era prioridade para a coroa de Portugal, e navegadores de diversas nacionalidades vinham ao país para extrair pau-brasil.

Esse desinteresse inicial em sua colônia e posteriormente o desejo de exploração dos recursos da terra apenas com fins econômicos deixaram marcas profundas na flora local. Ademais, os únicos princípios que os portugueses trouxeram consigo para as novas terras estavam vinculados à moral e à religião cristã, o que em si destruiu completamente a cultura local que já estava estabelecida e devastou a maior parte dos nativos que já estavam ali estabelecidos.

O país “verde e amarelo” é claramente fruto da exploração dos povos nativos, da natureza, dos recursos naturais, das pessoas e animais que ali estavam; do desrespeito para com todos aqueles que não eram homens brancos, com uma boa classe social vindos da Europa; miscigenação forçada – são inúmeros os casos de estupro que mancham a história do país, seja com mulheres negras ou indígenas – e da escravidão forçada de povos trazidos de outro continente.

A princípio, foram separadas capitânias hereditárias a fim de que os portugueses que se mudassem para o “Novo Mundo” cultivassem cana-de-açúcar e, posteriormente, café. No entanto, não seriam os senhores de engenho que trabalhariam nessas lavouras. Ademais, ainda existiam povos em meio às capitânias, com as quais poderiam existir conflitos.

9. A dispersão geográfica do império português trazia dificuldades para a defesa de seus domínios. Assim, atacados por forças mulçumanas, os portugueses tiveram que abandonar o Norte da África e, em outras partes do continente, viviam em constante conflito com os ingleses. Ademais, a grande oferta de especiarias levou à uma queda acentuada no preço dos produtos e, como consequência, houve uma retração econômica.

Galeano (1970, p.62):

“A economia colonial latino-americana valeu-se da maior concentração de força de trabalho até então conhecida, para tornar possível a maior concentração de riqueza que jamais contou qualquer civilização na história mundial.”

A chamada “Guerra Justa” foi a forma que os portugueses encontraram de justificar a escravidão dos povos nativos, pois tornava prisioneiros e legitimava a escravidão de todos aqueles que se mantivessem hostis ou impedissem a propagação da doutrina cristã.

Moura (1988):

“[...] a escravidão no Brasil nada teve de benigna, democrática e cristã. Pelo contrário. Milhões de homens foram transportados compulsoriamente de suas terras de origem, na África, colocados amontoados em navios negreiros, os tumbeiros, e levados, depois de ferrados com ferro em brasa, para serem vendidos nos entrepostos (mercados) como mercadoria.

Posteriormente, eram conduzidos para trabalharem como escravos nos engenhos de cana do Nordeste, nas lavras de ouro ou diamantes de Goiás ou Minas Gerais, nas fazendas de algodão do Maranhão e nas fazendas de café de São Paulo e Rio de Janeiro.”

Todos aqueles que eram considerados escravos provavelmente foram submetidos a diferentes tipos de torturas, fossem elas físicas ou morais. Alguns escravos se rebelavam, outros eram mortos a troco de nada. As famílias dos negros ou indígenas que ali se encontravam eram fragmentadas para terem seus membros vendidos a diferentes senhores de engenho.

Galeano (1970, p. 77):

“A expropriação dos indígenas – usurpação de suas terras e de sua força de trabalho – foi e é simétrica ao desprezo racial, que, por sua vez, se alimenta da objetiva degradação das civilizações destruídas pela conquista.”

A “democracia racial”, que perdura até os dias atuais, tem suas raízes nesse momento histórico. Segundo Clóvis Moura, isso se dá pela miscigenação unilateral, sádica, patológica, baseada em um polo passivo e violentado (a escrava negra), cujas consequências – do relacionamento sexual unilateral – é a discriminação e marginalização do homem de cor até os dias atuais.

Assim, enquanto os países Europeus viam chegar suas primeiras revoluções com o século XVIII, que lhes propiciaram o desenvolvimento da liberdade e da democracia, o Brasil nascia em meio ao imperialismo e à escravidão, sendo a fonte de riquezas para o reino de Portugal.

5.2. *Brasil Império*

Em 1808 a família real portuguesa foge para o Brasil com a invasão napoleônica à Península Ibérica. Assim, a partir do momento em que a realeza chega ao país, este se torna oficialmente um Estado – Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves¹⁰.

A chegada da coroa portuguesa trouxe consigo elementos socioculturais com os quais o povo brasileiro não estava familiarizado, veja o que diz Laurentino Gomes:

“A chegada da família real produziu uma revolução no Rio de Janeiro. O saneamento, a saúde, a arquitetura, a cultura, as artes, os costumes, tudo mudou para melhor — pelo menos para a elite branca que frequentava a vida na corte. Entre 1808 e 1822 a área da cidade triplicou com a criação de novos bairros e freguesias. A população cresceu 30% nesse período, mas o número de escravos triplicou, de 12 mil para 36.182. O tráfego de animais e carruagens ficou tão intenso que foi preciso criar leis e regulamentos para discipliná-lo. A rua Direita tornou-se, a partir de 1824, a primeira da cidade a ter numeração e trânsito organizado pelo sistema de mão e contramão.”

Em 1821, surgiu a lei que promulgava as primeiras eleições no país. Tal lei era baseada na Constituição Francesa de 1791, no entanto, as eleições ainda estavam longe de serem democráticas, já que somente aqueles homens com grande poder econômico e representativo poderiam exercer seu poder de voto. Assim, fica clara a limitação do exercício do voto, mesmo depois de movimentos internacionais que marcaram tanto a história.

Enquanto a elite brasileira apoiava a Independência do país por meio de D. Pedro I, este acabou por dar um golpe em seus apoiadores assim que assumiu “legitimamente” o poder em 1822. Ocorre que, assim que assumiu o poder, ele dissolveu a assembleia constituinte¹¹, pois, nas palavras do Rei Sol, “não seria feita uma lei digna dele”. Portanto, somente em 1824 foi outorgada¹² a primeira Constituição do Brasil, concedendo poderes absolutistas ao imperador.

Essa Constituição ficou vigente durante todo o império e gerou diversos atritos entre o imperador e os parlamentares. Definiu o governo monárquico, hereditário e constitucional; dividiu o poder legislativo em câmara e senado; criou o poder moderador para que o imperador pudesse interferir diretamente na política; fez do voto indireto e censitário (onde só participavam pessoas com uma renda mínima delimitada); impediu a hereditabilidade dos títulos de nobreza, limitando a possibilidade de criação de uma aristocracia;

10. País que durou entre 1815 e 1825, cujo tipo de governo era uma monarquia absoluta promovida pela família real portuguesa.

11. Tal assembleia já tinha um projeto de constituição em andamento, que seria promulgada em 1823. Ficou conhecida como Constituição da Mandioca.

12. Imposta pelo rei, o oposto de promulgada, que seria uma constituição feita democraticamente com a participação da população.

definiu a Igreja Católica Apostólica Romana como religião oficial do país e dividiu o país em províncias, ou seja, em pleno século XIX, todos os direitos que já tinham sido conquistados na Europa estavam longe de serem implementados no Brasil.

Por conta desse regime absolutista, em 1824 ocorre a primeira revolta denominada Confederação do Equador, feita pelos Pernambucanos que queriam se separar do Brasil por terem ideias republicanas. No entanto, essa revolta foi violentamente reprimida, de modo que vários líderes foram presos e mortos pela força ou fuzilamento. Após a primeira, houve outras rebeliões que também foram violentamente reprimidas.

Devido ao seu desinteresse no Brasil e conflitos com a elite brasileira, em 7 de abril de 1831, D. Pedro I abdicou do trono e voltou para Portugal. Assim, o trono foi deixado para D. Pedro II, que, com apenas cinco anos, foi declarado imperador. No entanto, esse novo imperador não poderia governar o país até atingir sua maioridade, iniciando assim o período regencial.

Trata-se de um período conturbado da história brasileira, que marca a transição entre o 1º e o 2º Império. Este período foi repleto de revoltas populares, as quais estavam ligadas principalmente a um anseio de separação de partes do território para a criação de países independentes. Os três principais grupos políticos no país desse período eram: Restauradores (que defendiam a volta da monarquia), Liberais Moderados (defendiam a volta da monarquia desde que essa atendesse aos interesses da elite agroexportadora) e os Liberais Exaltados (defendiam uma nova política, principalmente o federalismo).

É importante ressaltar que houveram algumas reformas institucionais importantes durante esse período, um exemplo a ser citado é a reforma do Código de Processo Criminal, em 1832, que concede mais poder aos juízes de paz¹³, institui o júri¹⁴ nos julgamentos e o *habeas corpus*¹⁵; e o Ato Adicional de 1834, um adendo à Constituição de 1824 que impede o poder moderador de funcionar durante o período regencial, suprimiu o Conselho de Estado¹⁶ e estabelece as Assembleias Provinciais, descentralizando o poder uno estatal.

Essas modificações demonstram um pequeno avanço liberal na história do país. Em 1835 ocorrem as primeiras eleições para regente uno no país e o elegido é o Padre Feijó. No entanto, por conta da Revolta dos Farrapos, o então regente é acusado de não agir tão duramente com os líderes do movimento, e passa a ser pressionado a sair de seu posto, o que acaba ocorrendo dois anos depois da posse. Assim se inicia o período que alguns

13. Magistrado responsável por exercer diversas funções judiciais, tais como casamentos, registros civis, julgamentos de pequeno porte – tudo à época do Império.
14. Tribunal em que cidadãos decidem sobre a culpabilidade ou não dos acusados, acerca de crimes dolosos contra a vida.
15. Instrumento processual que garante a liberdade de alguém quando a pessoa for presa ilegalmente ou tiver sua liberdade ameaçada por abuso de poder ou ato ilegal.
16. Grupo de elite que tinha contato direto com o Imperador e que opinava acerca das decisões políticas no país.

historiadores denominam de “Regresso Conservador”. Pedro Araújo Lima se torna o próximo regente e marca o retorno dos conservadores ao poder, revogando todas as modificações que haviam acontecido.

Posteriormente, em 1840, o Golpe da Maioridade pôs fim ao período regencial brasileiro. D. Pedro II assumiu o trono com apenas 14 anos de idade com a ajuda dos liberais, que preferiam a emancipação do imperador ao governo regrecionista que estava no poder até então.

Esse imperador, ao contrário de seu pai, foi educado para administrar o país. Assim, desde que assumiu o trono demonstrava maturidade ao povo e conseguiu cativar os dois principais grupos políticos – liberais e conservadores – mantendo-os longe de conflitos por meio da implementação do que hoje é denominado parlamentarismo às avessas.

Apesar do nome parecer constitucional, o responsável por escolher os membros do parlamento era o próprio D. Pedro II. Assim, ele fazia com que membros liberais e conservadores revezassem nas posições que ele queria, atingindo então seus próprios objetivos políticos. Segundo José Murilo de Carvalho:

“Para os conselheiros do Império, o Brasil era como um sistema heliocêntrico, dominado pelo sol do Estado, em torno do qual giravam os grandes planetas que eram as classes conservadoras e, muito longe, a miríade de estrelas da grande massa do povo.”

Em 1848 ocorre a última rebelião provincial, a Revolução Praieira em Pernambuco. Tal movimento marca o estabelecimento definitivo do império, pois nenhuma outra província tentou se separar do país após a repressão ao movimento.

Com o fortalecimento desse modelo de governo, é possível dizer que a economia brasileira crescia cada vez mais, apesar de sua dependência no trabalho escravo. Tal fato ocorreu graças à exportação do café, que foi o principal produto de exportação do país. Assim, com o aumento das exportações, nota-se uma necessidade crescente de aumentar a mão de obra para uma maior produção do produto.

Enquanto isso, a maior parte dos países europeus já se viam livres do absolutismo, os Estados Unidos já tinham declarado sua independência, já existiam outros modelos de governo que não a monarquia e o escravismo – principal fonte de mão de obra brasileira – estava se extinguindo.

Em 1850, com a abolição do tráfico negreiro, o Brasil se viu em uma posição crítica, pois estava em seu auge de produção e, apesar de precisar de mão de obra, não a conseguiria mais tão facilmente. Assim, os escravos tornam-se mais raros e mais caros. Vê-se uma crise interna e, na tentativa de supri-la, o governo começa a incentivar a chegada de imigrantes no país tanto para servir de mão de obra, quanto para “clarear” a população.

O preconceito ainda estava muito presente, então, ao invés de substituir a mão de obra escrava pela liberta, seguiu com o contrabando de escravos dentro do país e, quando possível, o tráfico ilegal. Segundo Moura, “o Brasil fez a Independência sem abolir o trabalho escravo e fez a Abolição sem acabar com o latifúndio”.

Tão absurdo o desrespeito pela vida humana que a abolição da escravidão no país só se deu próximo ao fim do Império, em 13 de maio de 1888, com a Lei Áurea. O Brasil foi, então, o último país do mundo a substituir tal tipo de trabalho pela mão de obra livre. As leis Eusébio de Queiroz (1850), Lei do Ventre Livre (1871), Lei do Sexagenário (1885) e a Lei Áurea (1888) foram as responsáveis por primeiro limitar e posteriormente extinguir o escravismo no Brasil.

O enfraquecimento do Império se deu então pela influência que o abolicionismo teve na economia, influência religiosa e pela questão militar relacionada à Guerra do Paraguai. O exército que antes era fraco se comparado à Guarda Nacional, agora estava fortalecido pela participação no conflito, tornando-se mais organizado e moderno. Tal guerra trouxe uma grande dívida para o Império do Brasil, desgastando fortemente a imagem de D. Pedro II.

A partir de então, os militares descobriram um esquema de corrupção com relação a seus salários e começaram a pressionar o império. Assim, temendo uma revolta militar, o governo suspendeu a prisão dos militares então retidos, estes se juntaram no combate político com apoio da elite brasileira, e com a liderança do marechal Deodoro da Fonseca, em 15 de novembro de 1889, foi efetuado o golpe político-militar da história brasileira.

Esse golpe influenciou na Proclamação da República, que foi imposta no Rio de Janeiro pelo marechal Deodoro da Fonseca. Foi estabelecido um regime republicano onde o marechal era apenas o governante provisório.

5.3. *Brasil República*

Apesar da mudança da monarquia para república, os valores morais e sociais da época continuavam os mesmos. A abolição da escravidão só trouxe ainda mais pobreza aos negros e mestiços, que já eram marginalizados. Os grandes latifundiários e a elite brasileira só apoiavam o governo que atendesse aos seus interesses, e, pode-se dizer, que o império só foi à ruína porque a elite não tinha mais interesses a tratar com D. Pedro II.

Nos dois primeiros anos de república houve uma tentativa de consolidação das estruturas políticas e econômicas desse novo governo, no entanto, o período foi marcado por crises na política e na economia.

Entre 1898 e 1921 podia-se dizer que a estrutura política já estava devidamente consolidada, e foi o período em que ficou definida a política do café com leite – que se trata da alternância de poder entre as oligarquias estaduais de Minas Gerais e São Paulo, ou seja, estabelecia que o presidente seria ora paulista, ora mineiro.

Por fim, entre 1921 e 1930, as estruturas políticas da República Oligárquica se encontravam em crise por conta da crise econômica mundial – influenciada pela quebra da bolsa de valores de 1929 – e pela incorporação de novos atores na política brasileira – a eleição de um presidente do Rio Grande do Sul. Com a Revolução de 1930, houve o fim do domínio político da oligarquia cafeeira, conseqüentemente, encerrou-se a política do

café com leite. É válido mencionar a descrição de Galeano (1970, p. 336) quanto a esse período:

“Empobrecidos, isolados, descapitalizados e com gravíssimos problemas de estrutura dentro de cada fronteira, os países latino-americanos abrandam progressivamente suas barreiras econômicas, financeiras e fiscais para que os monopólios, que ainda estrangulam cada país em separado, possam ampliar seus movimentos e consolidar uma nova divisão do trabalho, em escala regional, mediante a especialização de suas atividades por países e ramos, a fixação de dimensões ótimas para suas empresas filiais, a redução de custos, a eliminação dos competidores alheios à área e a estabilização dos mercados.”

A partir da revolução, Getúlio Dornelles Vargas assumiu o poder e governou ininterruptamente entre 1930 e 1945. O Governo Provisório foi o período de reorganização do Estado nacional e a de preparação para a criação de uma nova Constituição (ocorreu entre 1930 e 1934).

Em 1932 ocorreu a Revolução Constitucionalista que impulsionou o surgimento da Constituição de 1934. Neste ano se iniciou o Governo Constitucional, que se findou em 1937.

Cabe mencionar que, durante o período da Segunda Grande Guerra, o Brasil se contradisse diversas vezes, pois, ao mesmo tempo em que lutava contra o nazismo alemão ao lado dos Estados Unidos e União Soviética, possuía um governante populista que flertava com ideologias fascistas – Getúlio Vargas.

O governo de Getúlio possuía uma ferrenha oposição dos comunistas e integralistas, que sempre foram severamente reprimidos, e influenciaram no golpe de Estado em 1937. Isto é, a oposição ao presidente levou à eclosão da Intentona Comunista de 1935, e, em uma “tentativa de defesa da pátria”, Getúlio fechou o Congresso e impôs a terceira fase de seu governo, o Estado Novo (1937 a 1945).

Tal período se constituiu por meio de uma ditadura fascista e populista, fortemente influenciada pelos movimentos que estavam sendo reprimidos na Europa. O fim do Estado Novo se deu quando a popularidade de Getúlio caiu e o fim da Segunda Guerra foi declarada, pois, após 15 anos no poder, ele não possuía mais apoio interno nem externo. Galeano (1970, p. 282) menciona:

“A desnacionalização do Brasil implicava a necessidade de exercer, com mão de ferro, uma ditadura impopular. O desenvolvimento capitalista já não se compaginava com as grandes mobilizações de massas em torno de caudilhos como Vargas. Era preciso proibir greves, destruir os sindicatos e os partidos, encarcerar, torturar, matar e apequenar pela violência os salários dos operários, de modo que pudesse ser contida, à custa da maior pobreza dos pobres, a vertigem da inflação.”

O pós Estado Novo foi marcado por governos populistas e democráticos. Foi importante também a urbanização que ocorreu nesse período, no entanto, as desigualdades sociais existentes também aumentaram.

Ocorreram eleições presidenciais nos anos de 1945, 1950, 1955 e 1960, e a partir daquele momento o poder de voto já tinha se expandido às classes mais baixas e às mulheres, já que o Código Eleitoral de 1932 passou a assegurar às brasileiras o direito ao voto.

Em 1946 foi promulgada nova Constituição, logo após a posse do presidente eleito desse período, Eurico Gaspar Dutra. Essa Constituição reestabeleceu direitos que haviam sido suspensos durante o governo Vargas e trouxe algumas melhorias essenciais em questões democráticas para o Brasil.

Silva (2020):

“A Constituição de 1946, no entanto, criou alguns entraves na análise dos historiadores, pois continuou excluindo os analfabetos de ter acesso ao direito de voto (só conquistaram esse direito com a Constituição de 1988), e os trabalhadores rurais continuaram excluídos das conquistas trabalhistas que haviam trazido melhorias para a condição dos trabalhadores urbanos. Por fim, uma cláusula dessa Constituição (relacionada com a questão da reforma agrária) criou uma disputa política que esteve no centro da crise que atingiu o governo de João Goulart.”

Eurico Gaspar Dutra, eleito em 1945, foi responsável por aplicar políticas econômicas distintas em seu governo: a primeira liberal, a segunda caracterizada pela intervenção do Estado na economia. Seu governo foi responsável por restringir os direitos dos trabalhadores à greve e por se alinhar com os interesses dos EUA, passando a perseguir organizações de trabalhadores e partidos de esquerda.

Em 1950, Getúlio Vargas retorna ao poder de maneira democrática. Houve uma alta da inflação e uma tentativa de implantação de uma política de desenvolvimento nacionalista – um dos frutos desse projeto foi a criação da Petrobrás, para a exploração do petróleo nacional. Silva (2020) menciona:

“A crise desse governo chegou a um ponto insustentável quando Carlos Lacerda, principal opositor de Vargas e líder da UDN, sofreu um atentado que resultou na morte de seu guarda-costas, um major da Aeronáutica. A crise que se desdobrou disso levou Vargas ao isolamento, até que, no dia 24 de agosto de 1954, cometeu suicídio.

Após o suicídio de Vargas, a crise política no Brasil acentuou-se e, em um período de 17 meses, o Brasil teve uma sucessão de três presidentes: Café Filho, Carlos Luz e Nereu Ramos. A oposição udenista articulou-se para tentar barrar as eleições de 1955, mas o Ministro da Guerra, Henrique Teixeira Lott, realizou um contragolpe (conhecido como Golpe Preventivo) que garantiu a posse de JK.”

Juscelino Kubitschek trouxe consigo a modernização econômica e a industrialização do Brasil entre os anos de 1956 e 1961. Ele investiu no desenvolvimento da malha rodoviária, na infraestrutura de portos e na ampliação da produção de eletricidade no país. Seu projeto de desenvolvimento incluía a instalação de indústrias estrangeiras que contribuíram na geração de empregos. No entanto, seu governo também foi responsável pelo endividamento do país e pelo crescimento da inflação.

Em 1960, Jânio Quadros foi eleito trazendo consigo um aumento no custo de vida – que influenciou no descontentamento popular – e uma política externa que desagradou seus aliados. Com vários grupos contra ele, o presidente renunciou em 1961.

Assim, João Goulart assumiu o poder em 1961, com a oposição do exército que o acusava de ser comunista. Durante sua assunção, foi realizada uma emenda constitucional que transformaria o país em uma república parlamentarista, no entanto, em 1963 Jango já possuía seus plenos poderes presidenciais, propondo a realização de mudanças estruturais no país que ficaram conhecidas como Reformas de Base.

Os grupos oposicionistas conservadores, insatisfeitos com a proposta, começaram a planejar então um golpe de Estado.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a bipolaridade do mundo na metade do século XX – que estava dividido entre capitalismo e “comunismo” –, João Goulart foi destituído do poder com o apoio de militares por ser uma “ameaça comunista” ao Brasil.

Então, em 1º de abril de 1964, encerrou-se a primeira fase democrática brasileira com o Golpe Militar. Tal ato foi um Golpe de Estado que dizimou e torturou milhares de pessoas em consequência da queda do regime democrático no país. Assim como as demais ditaduras da América Latina, a brasileira foi súbita, agressiva e sangrenta.

5.4. *Golpe Militar*

Apesar de muitas pessoas acreditarem que não foi um período tão grave, qualquer indivíduo que apresentasse um mínimo risco ao governo era considerado como ameaça e, se não fugisse, seria preso e torturado. Assim como em distopias escritas por autores de ficção, existiam dois estilos de vida extremos presentes durante o período da ditadura: aqueles que lutavam pela volta da democracia e eram massacrados pelos militares, e aqueles que ignoravam a política e seguiam suas vidas normalmente – na medida do possível.

Durante esse período, o novo regime começou a mudar as instituições do país por meio dos Atos Institucionais. O mais marcante deles foi o denominado o AI-5. Trata-se do mais duro, violento e cerceador de liberdade da história do país, emitido por Artur da Costa e Silva em 1968, que resultou na suspensão de quaisquer garantias constitucionais que posteriormente resultaram na institucionalização da tortura. Também foram extintos todos os partidos políticos por conta da AI-2 e foi instituída a censura.

Durante esse período, o fortalecimento do movimento feminista foi imprescindível, tanto como forma de resistência, quanto para ajudar com a posterior queda do regime.

Também houve diversos outros movimentos sociais, tanto de luta armada, quanto por meio da arte, como músicas de protesto; ou movimentos estudantis como a União Nacional dos Estudantes (UNE). Esses grupos defendiam não somente a queda do governo, mas a libertação de todos aqueles que haviam sido capturados pelos militares.

Cabe mencionar que, assim como na maior parte dos regimes totalitários da história, a tomada do poder ocorreu com uma promessa de melhora econômica, o que aconteceu por curto período, aos custos da classe baixa da população. Fausto (2001, p. 260 e 261) menciona:

“Obteve-se o aumento da arrecadação de impostos por um melhor aparelhamento da máquina do Estado que era notoriamente deficiente. A introdução da correção monetária para o pagamento de impostos em atraso contribuiu também para que, pelo menos em parte, ser devedor do Estado deixasse de ser um excelente negócio. A compressão dos salários começou a ser feita pela fixação de fórmulas de reajuste inferiores à inflação. Ela veio acompanhada de medidas destinadas a impedir as greves e a facilitar a rotatividade da mão de obra, no interesse das empresas. [...] O governo liquidou também um dos direitos mais valorizados pelos assalariados urbanos – a estabilidade no emprego após 10 anos de serviço, garantida pela CLT. [...] O regime autoritário permitiu a Campus e Bulhões tomar medidas que resultaram em sacrifícios forçados especialmente para a classe trabalhadora, sem que esta tivesse em condições de resistir.”

Esse período de milagre econômico estendeu-se entre 1969 e 1973, combinando o crescimento econômico com baixas taxas de inflação. Houve uma expansão do comércio exterior e um aumento de investimentos no país. No entanto, a excessiva dependência que os militares criaram com o sistema financeiro resultou em uma concentração de renda elevada, e todos os programas sociais antes implementados pelo Estado foram abandonados. Portanto, nota-se como o “capitalismo selvagem” se alastrou pelo país.

Galeano (1970, p. 369):

“Nossas burguesias não foram capazes de um desenvolvimento econômico independente, e suas tentativas de criação de uma indústria nacional não passaram de um voo de galinha, curto e baixo. Ao longo do nosso processo histórico, os donos do poder deram também sobradas provas de sua falta de imaginação política e de sua esterilidade cultural.”

No entanto, a queda das exportações tornou claro o problema do milagre econômico: a dívida externa. Assim, a inflação começou a subir, a qualidade de vida caiu, as insatisfações com o governo se tornaram cada vez mais frequentes e houve a perda do apoio militar.

Com o abrandamento do regime houve a revogação do AI-5, a Lei da Anistia – que até os dias atuais é fonte de impunidade para a maior parte dos agentes da ditadura, violando

também os princípios de Direitos Humanos –, realização de eleições indiretas e, com a eleição de Tancredo Neves em 1985, se deu início a um novo período democrático brasileiro.

6. DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Com o fim da ditadura e a reconstituição de um país em crise, foi necessária a implementação de uma nova norma constitucional que não permitisse a repetição de todas as atrocidades que foram cometidas. Assim, foi originada a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988. Para Flávia Piovesan (2014, p. 84):

“Após o longo período de vinte e um anos de regime militar ditatorial que perdurou de 1964 a 1985 no País, deflagrou-se o processo de democratização no Brasil. Ainda que esse processo tenha se iniciado, originariamente, pela liberalização política do próprio regime autoritário – em face de dificuldades em solucionar problemas internos –, as forças de oposição da sociedade civil se beneficiaram do processo de abertura, fortalecendo-se mediante formas de organização, mobilização e articulação, que permitiram importantes conquistas sociais e políticas. A transição democrática, lenta e gradual, permitiu a formação de um controle civil sobre as forças militares. Exigiu ainda a elaboração de um novo código, que refizesse o pacto político-social. Tal processo culminou, juridicamente, na promulgação de uma nova ordem constitucional – nascia assim a Constituição de outubro de 1988.”

Tal legislação também ficou conhecida como “Constituição Cidadã”, por ser uma das cartas magnas mais extensas já escritas, além de apresentar as garantias de liberdades civis e deveres do Estado, democratizando-o. Portanto, pode-se dizer que a democracia brasileira foi redescoberta apenas no final do século XX.

Para Hans Kelsen, a constituição é uma lei como as demais, com a diferença de que está na base da pirâmide. Assim, nota-se a importância da defesa pela democracia na norma jurídica fundamental de um Estado de Direito.

Trata-se da sétima constituição desde a Independência do Brasil em 1822 e a sexta desde que o país se tornou uma República. A constituição é a norma que representa o aperfeiçoamento de um conjunto de ideias que foram avaliadas ao longo do tempo, preservando a moderação e o trabalho judicial para uma constante melhora da sociedade. Filho e Ribeiro mencionam (2011):

“No Brasil, com o processo de redemocratização nacional, foram ratificados vários tratados versando sobre proteção dos direitos humanos, fato que ocasionou bastante discussão a respeito da hierarquia no ordenamento jurídico dos tratados e convenções assinados pelo país, visto que, o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, estipulou que ‘os direitos e garantias expressos na constituição não excluem outros decorrentes

do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Portanto, resta demonstrado que a Carta Magna existe com o objetivo de limitar o abuso de poder, preservando então os direitos e garantias fundamentais, tal como o pensamento manifesto, liberdade de consciência, crenças e locomoção; assim como busca o respeito aos princípios.

A Constituição de 1988 foi elaborada por uma Assembleia Geral Constituinte legal e legitimamente convocada, posteriormente sendo eleita. Foi promulgada no governo de José Sarney e foi a primeira a permitir incorporação de emendas populares. Manteve a tradição da república como regime representativo, e do sistema presidencialista de forma federalista. Foi responsável por manter o poder executivo forte, permitindo a edição de medidas provisórias com força de lei; mas também separou os poderes do Estado em mais dois ramos: legislativo e judiciário.

Ademais, foi responsável por ampliar e fortalecer os direitos individuais e liberdades públicas, que haviam sido deixadas de lado durante o regime militar. Assim, garantiu a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança privada e à propriedade. Os princípios fundamentais de Direitos Humanos estão presentes entre os artigos 1º e 4º, onde o artigo 3º rege sobre a exclusão de diferenças.

Entre os artigos 5º e 17, estão presentes os direitos e garantias fundamentais, direcionados à sociedade brasileira – o artigo 5º, especificamente, rege sobre os direitos individuais ou coletivos. Veja a observação de Mazzuoli (2018, p. 34 e 35):

“É importante observar que a Constituição Federal de 1988 se utilizou das expressões direitos fundamentais e direitos humanos com total precisão técnica. De fato, quando o texto constitucional brasileiro quer fazer referência, mais particularmente, aos direitos nele previstos, adota a expressão ‘direitos fundamentais’, como faz no art. 5º, § 1º, segundo o qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Por sua vez, quando o mesmo texto constitucional se refere às normas internacionais de proteção da pessoa humana, faz alusão à expressão ‘direitos humanos’, tal como no § 3º do mesmo art. 5º, segundo o qual ‘os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais’. Quando a Constituição pretende se referir, indistintamente, aos direitos previstos pela ordem jurídica interna e pela ordem jurídica internacional, não faz menção direta a nenhuma das expressões. Foi o que fez no § 2º do art. 5º, assim redigido: ‘Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.’”

Por fim, a organização dos poderes é regida entre os artigos 44 e 135, à medida em que são designados papéis para o Executivo – governar o povo e administrar os interesses

públicos cumprindo as ordenações legais –, para o Legislativo – fiscalizar os atos do Executivo – e, por fim, para o Judiciário – administrar a lei e a justiça perante a sociedade, ou seja, defender os direitos de pessoa física, jurídica, animal ou ambiental com base no ordenamento jurídico.

7. A REALIDADE DA SOCIEDADE BRASILEIRA

O estudo dos Direitos Humanos é um tanto abstrato. Apesar disso, sabe-se que esses direitos estão presentes em todos os âmbitos da sociedade, seja nos direitos políticos (na defesa pela democracia), nos direitos de liberdade (de pensamento, de crença, de expressão) e de igualdade (independentemente de origem étnica, idioma, nacionalidade ou classe social), na preservação do meio ambiente, e na tentativa de manter a paz mundial.

No entanto, apesar de ser extremamente amplo e seu objetivo ser atingir a todos, muitas vezes isso não é possível, ainda que seus princípios fundamentais estejam presentes na legislação de determinado Estado. Isso se dá, principalmente, em países que ainda não possuem um grande desenvolvimento social ou econômico.

O Brasil é um país com o IDH médio e considerado emergente por estar em constante desenvolvimento, no entanto, essa classificação esconde diversos problemas sociais e econômicos que estão presentes na sociedade brasileira. Um país com tamanho continental não é fácil de administrar, especialmente com a quantidade de problemas enraizados em sua história.

Galeano (1970, p. 336):

“Empobrecidos, isolados, descapitalizados e com gravíssimos problemas de estrutura dentro de cada fronteira, os países latino-americanos abrandam progressivamente suas barreiras econômicas, financeiras e fiscais para que os monopólios que ainda estrangulam cada país em separado possam ampliar seus movimentos e consolidar uma nova divisão do trabalho, em escala regional, mediante a especialização de suas atividades por países e ramos, a fixação de dimensões ótimas para suas empresas filiais, a redução de custos, a eliminação dos competidores alheios à área e a estabilização dos mercados.”

Conforme exposto no capítulo anterior, o nascimento do nosso país se deu por meio de muita exploração, preconceito e grandes diferenças sociais, fazendo com que a sociedade atual ainda tenha um reflexo desse passado. Sua distribuição de renda é extremamente desigual, o preconceito contra minorias é motivo de morte de milhares de pessoas todos os anos, e em qualquer uma das maiores cidades brasileiras, encontram-se imagens de injustiça, tal como a capturada por Tuca Vieira em 2004.

No começo dos anos 2000 houve um aumento de investimentos em políticas públicas – mais especificamente em 2003, com o início do governo de Luiz Inácio da Silva, vinculado ao Partido dos Trabalhadores (PT) – voltados para as áreas de saúde, ciência

e principalmente educação. No entanto, o corte dessas verbas ocorreu assim que a primeira presidente mulher do país sofreu um *Impeachment*, em 2016 – Dilma Rousseff, eleita pela primeira vez em 2011, também vinculada ao Partido dos Trabalhadores.

A partir de então, os presidentes que sucederam ao mandato da primeira mulher a governar o país se mostram extremamente desinteressados com as políticas públicas necessárias e instituídas pela Constituição Federal de 1988¹⁷. Tal fato é demonstrado desde antes da candidatura à presidência por parte de Jair Messias Bolsonaro – vinculado ao Partido Social Liberal (PSL) entre 2018 e 2019 –, que tinha como maior objetivo privatizar instituições públicas do país.

Em 2018, o atual presidente se lançou à candidatura para o mais alto cargo do país e em 2019 foi eleito presidente da República. No entanto, além de ofender minorias desde os primórdios de sua campanha eleitoral, também flerta com um novo golpe militar – inimigo de todas as democracias, principalmente com os históricos latino-americanos. Ademais, desde o início de seu governo, tanto a saúde, a ciência e a educação foram desvalorizadas, seja pela sua fala seja pela retirada de investimento desses setores.

Ademais, com o início da pandemia da Covid-19, o então presidente desmereceu a vida humana, a dignidade da população de baixa renda e, principalmente, a ciência. A afronta a esses elementos fora tão frequente e de tão baixo calão que o presidente se tornou criticado mundialmente, além de ter sido formalmente denunciado por crime contra a Humanidade pelo Parlamento Europeu em 15 de abril de 2021. Tal denúncia seria encaminhada ao Tribunal Penal Internacional, sediada em Haia, Holanda.

Por fim, cabe mencionar que na última ‘comemoração’ da independência do país – 199 anos de independência contados até o dia 7 de setembro de 2021 – a bandeira verde e amarela se tornou símbolo de vergonha nacional quando manifestantes em prol do presidente defendiam pautas anticonstitucionais, e o próprio líder da república se pronunciou a favor de tais pautas. Assim, com todas as atrocidades que o povo brasileiro vive até o presente momento, resta apenas acreditar que a situação vai melhorar desde que o povo lute, mais uma vez, em favor da democracia.

17. Além do direito à educação previsto no artigo 205 da CF – “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”, o atual presidente também despreza a liberdade de pensamento, possui uma escassez de respeito por mulheres e membros da comunidade LGBTQI+ e, não suficiente, frequentemente solta comentários inconstitucionais como “o presidente pode desobedecer decisão do STF” ou “O presidente pode adotar o credo religioso como critério de escolha de Ministro do STF”, entre outras atrocidades faladas ainda em 2021.

8. CONCLUSÃO

Ante o exposto, pode-se concluir que o nascimento dos Direitos Humanos foi imprescindível para o avanço das ciências políticas e sociais em todo o mundo. A influência das revoluções que aconteceram na Europa no século XVIII foram extremamente importantes para a construção da sociedade atual, influenciando tanto no modo de lidar com a política, quanto na área das relações internacionais.

A delimitação dos princípios para a preservação da dignidade do homem, a manutenção da sua liberdade – seja ela de locomoção, expressão ou crença –, a preservação da natureza e a conservação da paz são apenas alguns itens básicos que definem esses direitos.

Segundo Freud, tudo o que estimula o crescimento da civilização trabalha simultaneamente contra a guerra. Assim, o desenvolvimento em conjunto de todas as civilizações do mundo faria com que a humanidade alcançasse legitimamente às condições da paz perpétua por consequência da concretude dos Direitos Humanos.

Portanto, nota-se que a implementação das políticas públicas, que visam à preservação da dignidade do homem, à qualidade de vida e à facilitação do acesso à educação e saúde de qualidade, fazem com que o indivíduo se desenvolva de uma forma melhor. Veja o que pontuam Nogueira e Messari (2005, p. 99 e 100):

“Para Kant, a simultaneidade da existência de repúblicas, sua consolidação em uma confederação mundial e o dever de hospitalidade perante o estrangeiro seriam as condições para o ser humano, por meio do uso da racionalidade, estabelecer as condições básicas para a paz. Tal paz seria inicialmente separada entre os Estados-membros da confederação e conviveria com uma relação conflituosa e de permanente agressão em relação aos não membros da confederação. Entretanto, essa confederação tenderia a se expandir e a abarcar um número crescente de membros até se tornar uma confederação mundial. Nesse momento, a humanidade estaria chegando às condições da paz perpétua.”

Ainda que o Brasil seja um país em desenvolvimento e com um futuro próspero, ele ainda tem que lidar com grandes dilemas sociais, que estão enraizados em sua sociedade por reflexos históricos. São eles: a desigualdade social, o preconceito não só racial, mas com todas as minorias, problemas relacionados com saúde, educação, qualidade de vida e os altos índices de criminalidade.

Assim, resta a implementação de políticas públicas inclusivas, com o fim de alcançar a redução de desigualdades para alcançar uma sociedade mais justa. Com isso, os indivíduos ativos da sociedade se tornam mais produtivos, tanto em seus trabalhos quanto no ambiente de pesquisa, influenciando positivamente no desenvolvimento científico do país, movimentando a economia. Isso ocorre porque a educação dos indivíduos os leva a cuidar melhor do próximo, da natureza e preserva o que o homem sempre buscou ao longo dos séculos, a paz.

9. REFERÊNCIAS

- CAMPOS, Flávio de; MIRANDA, Renan Garcia. *A Escrita da História: Ensino Médio*. São Paulo: Escala Educacional, 2005. v. ú.
- CDB. *Bolsonaro é acusado de crime contra a Humanidade e vai ao TPI*. 2021. [www.correiodobrasil.com.br/bolsonaro-acusado-crime-contra-humanidade-tpi/]. Acesso em: 20.09.2021.
- FAUSTO, Boris. *História Concisa do Brasil*. São Paulo: EdUSP, 2001.
- FILHO, Valfredo de Andrade Aguiar; RIBEIRO, Mikelli Marzzini Lucas Alvez. Recepção dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Ordenamento Pátrio e o Novo Entendimento do STF. *Revista Dat@venia*, v. 3, n. 1, p. 22-37.
- GALEANO, Eduardo. *As Veias Abertas da América Latina*. Trad. Sérgio Faraco. São Paulo: L&PM, 1970.
- GOMES, Laurentino. 1808. 3. ed. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2014.
- HOBBSAWM, Eric J. A Era das Revoluções (1789-1848). *LeLivros.site*, 2012.
- MARX, Karl. *O Capital*. Tradução e condensação de Gabriel Deville. 3. ed. 3. reimp. Bauru/SP: EDIPRO, 2016.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.
- MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Dilma aborda conquistas e investimentos ao falar na assembleia da ONU*. 2014. Disponível em: [portal.mec.gov.br/component/tags/tag/investimentos-em-educacao]. Acesso em: 20.09.2021.
- MORE, Thomas. *Utopia*. Trad. Ciro Mioranza. São Paulo: Lafonte, 2017.
- MOURA, Clovis. Cem Anos de Abolição do Escravismo no Brasil. *Revista Princípios*, n. 15, maio 1988.
- NOVO, Benigno Núñez. A Evolução Histórica do Direito Internacional. *jus.com.br*, ago. 2018.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO BRASIL. *Índice de Desenvolvimento Humano*. Disponível em: [www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0.html]. Acesso em: 16.09.2021.
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- RBA. *Bolsonaro é acusado de crime contra a humanidade no Parlamento Europeu*. 2021. Disponível em: [www.redebrasilatual.com.br/politica/2021/04/bolsonaro-crime-contra-humanidade-europa/]. Acesso em: 20.09.2021.
- REUTERS. *Brasil foi país que mais matou minorias em 2017, diz AI*. 2018. Disponível em: [exame.com/brasil/brasil-e-pais-que-mais-matou-minorias-em-2017-diz-ai/]. Acesso em: 21.12.2021.

SILVA, Daniel Neves. *Quarta República Brasileira (1945-1964)*. História do Mundo. Disponível em: [www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/quarta-republica-brasileira-1945-1964.htm].

TRINDADE, Antônio Augusto Caçado. *International Law for Humankind*. Published by Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. *Universal Declaration of Human Rights*. Department of State, United States of America, 1949.

WORLD ECONOMIC SITUATION AND PROSPECTS. *Country Classification*. 2014. Disponível em: [www.un.org/en/development/desa/policy/wesp/wesp_current/2014wesp_country_classification.pdf]. Acesso em: 21.09.2021.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Direitos Humanos

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Constitucionalização dos direitos humanos, de Pedro Henrique Abreu Benatto – RDCI 104/151-166;
- Origem e evolução: perspectivas dos direitos humanos fundamentais, de Gustavo Filipe Barbosa Garcia – RT937/331; e
- Sobre a questão ambiental: repercussões da teoria dos direitos humanos na manutenção de violências nos conflitos socioambientais envolvendo povos e comunidades tradicionais, de Ruan Didier Bruzaca e Enoque Feitosa – RDA 90/201-220.

EXCLUSIVO - PROIBIDA A VEÍCULO

Direito Internacional

EXCLUSIVO - PROIBIDA A VEICULAÇÃO

O PROCEDIMENTO DE CITAÇÃO EM AÇÕES DE RESPONSABILIZAÇÃO DE CORPORações TRANSNACIONAIS POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: O CASO UNIÃO V. INDÚSTRIA DO TABACO

THE CITATION PROCEDURES OF TRANSNATIONAL CORPORATIONS REGARDING JUDICIAL PROCEEDINGS FOR HUMAN RIGHTS VIOLATIONS IN BRAZIL: THE CASE UNION V. TOBACCO INDUSTRY

LEONARDO DE CAMARGO SUBTIL

Doutor em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), com período anual de estudos doutorais na Universidade de Genebra, Suíça. Foi *Nippon Fellow* no *International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS)*, Hamburgo, Alemanha. Foi Pesquisador Visitante no *Max-Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*, Heidelberg, Alemanha. Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito do Mar (IBDMAR). Professor no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) da Universidade de Caxias do Sul (UCS).
leonardodecamargosubtil@gmail.com

VINÍCIUS DE AZEVEDO FONSECA

Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul (UCS). *Fellow* no *Global Legal Fellowship in Tobacco Control Law and Policy* do *International Legal Consortium da Campaign for Tobacco-Free Kids* e do *O'Neill Institute for National and Global Health Law* da Universidade de Georgetown, Washington, Estados Unidos. Advogado da União lotado na Procuradoria-Regional da União da 4ª Região.
vafonsec@ucs.br

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Civil; Direitos Humanos

RESUMO: Em maio de 2019, a União ingressou com Ação Civil Pública referente ao reembolso das despesas federais relacionadas ao tratamento de doenças do tabagismo (I) e à compensação por danos morais coletivos contra as duas maiores corporações – subsidiárias nacionais e matrizes estrangeiras – manufatureiras de tabaco instaladas no Brasil (II). Considerando esse

ABSTRACT: In May 2019, the *Union* of the *Brazilian Federal State* filed an application concerning the refund of its expenses related to smoking diseases treatments (I) and the compensation for collective moral damages against the two biggest tobacco manufacturing corporations – national subsidiaries and foreign parent companies – in Brazil (II). From this context, using

complexo cenário, fazendo uso de uma metodologia científica analítico-normativa, foi definido como problema de pesquisa: A partir do Caso União v. Indústria do Tabaco, em que extensão se revela normativamente efetivo o Projeto de tratado juridicamente vinculante para regular as atividades de corporações transnacionais e outras empresas relacionadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos no que toca ao modo pelo qual as corporações transnacionais são citadas em processos judiciais nos Tribunais nacionais, mais, especificamente, nos Tribunais de Estados que não sejam de suas sedes principais?

PALAVRAS-CHAVE: Procedimento de citação – Corporações transnacionais – Responsabilidade internacional – Indústria do tabaco – Conselho de Direitos Humanos da ONU.

an analytical-normative scientific methodology, the research problem of this scientific paper was established: To what extent does the draft legally binding treaty to regulate the activities of transnational corporations and other companies related to international human rights law prove to be legally effective in relation to the way in which transnational corporations are called in judicial proceedings in national Courts, more specifically, in the Courts of States other than its main headquarters?

KEYWORDS: Citation procedures – Transnational corporations – International responsibility – Tobacco industry – UN Human Rights Council.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A evolução do Direito Internacional sobre responsabilização de corporações transnacionais por violação de Direitos Humanos. 3. O procedimento de citação em Ações de Responsabilização de Corporações Transnacionais por violação de Direitos Humanos no Brasil: o Caso União v. British American Tobacco e Philip Morris. 4. O futuro do procedimento de citação em Ações de Responsabilização de Corporações Transnacionais: uma proposta ao Grupo de Trabalho Intergovernamental aberto sobre Corporações Transnacionais e outras Empresas com respeito aos Direitos Humanos (OEIGWG) do Conselho de Direitos Humanos da ONU. 5. Conclusão. 6. Referências. Legislação. Jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

Em maio de 2019, a União ajuizou Ação Civil Pública perante a Justiça Federal brasileira, buscando a condenação dos dois maiores grupos fabricantes de cigarros atuantes no Brasil. Em especial, tal Ação Civil Pública fez referência ao reembolso das despesas federais relacionadas ao tratamento de doenças do tabagismo (I) e à compensação por danos morais coletivos (II). Inédita no Brasil, fundamentada na Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco (CQCT), a Ação trouxe uma série de particularidades, entre elas a composição do seu polo passivo, no qual constam a inglesa *British American Tobacco* e a estadunidense *Philip Morris International*.

O ineditismo da demanda judicial, proposta pela União por meio da Advocacia-Geral da União (AGU), tem levado ao Judiciário brasileiro uma plêiade de novas questões materiais e processuais, sendo a primeira delas a forma de citação e integração dessas corporações transnacionais ao processo, ao passo que a União requer a citação das matrizes por

meio das subsidiárias brasileiras. Essas subsidiárias, óbvia e estrategicamente, negam-se a receber a ordem de citação em nome de suas matrizes estrangeiras.

A questão compõe o quadro temático da responsabilização de empresas transnacionais por violação de Direitos Humanos, temática já conhecida da comunidade político-jurídica internacional. Contudo, tal questão ganha novos contornos com a elaboração de um projeto de instrumento internacional vinculante sobre o tema, de autoria do Grupo de Trabalho Intergovernamental aberto sobre Corporações Transnacionais e outras Empresas com respeito aos Direitos Humanos (OEIGWG) do Conselho de Direitos Humanos da ONU, denominado “*draft legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*”.

A partir desse contexto problemático fático-juridicamente, fazendo uso de uma metodologia científica analítico-normativa e da técnica de pesquisa exploratório-bibliográfica¹, foi definido como problema de pesquisa do presente artigo científico: A partir do Caso União v. Indústria do Tabaco, em que extensão se revela normativamente efetivo o Projeto de tratado juridicamente vinculante para regular as atividades de corporações transnacionais e outras empresas relacionadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos no que toca ao modo pelo qual as corporações transnacionais são citadas em processos judiciais nos Tribunais nacionais, mais, especificamente, nos Tribunais de Estados que não sejam de suas sedes principais?

É nessa conjuntura que se propõe, por meio dessa contribuição científica, uma investigação inicial à luz da experiência do recente precedente brasileiro de persecução civil de corporações transnacionais, tendo por hipótese principal a (in)efetividade do projeto de instrumento vinculante existente, particularmente quanto à forma de integração processual dessas corporações internacionais a demandas judiciais em curso em Cortes e Tribunais de Estados diferentes do da sua sede, como forma de conferir o mais efetivo acesso à jurisdição às vítimas de violações de Direitos Humanos.

Ainda, em caso de eventual inefetividade das normas do projeto de instrumento juridicamente vinculante para regular as atividades de corporações transnacionais e outras empresas por violação ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, pretende propor-se minuta de texto de uma norma internacional que seja capaz de garantir a efetividade do acesso à jurisdição e, como decorrência, possibilitar a concreta responsabilização de corporações transnacionais por violação de Direitos Humanos.

Para tanto, o trabalho científico será desenvolvido em três partes. Na primeira, será abordada a evolução do Direito Internacional sobre responsabilização de corporações transnacionais por violação a Direitos Humanos. Na segunda, discorrer-se-á sobre o caso concreto da ação judicial promovida pela União em face das sociedades fumageiras, com ênfase na problemática da citação das matrizes estrangeiras. Por fim, com amparo no

1. CORTEN, Olivier. *Méthodologie du droit international public*. Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009. p. 19.

estudo dos tópicos anteriores, será realizada análise a respeito da (in)efetividade do referido projeto de instrumento vinculante do Grupo de Trabalho e, eventualmente, sugerida a adoção de texto normativo.

2. A EVOLUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL SOBRE RESPONSABILIZAÇÃO DE CORPORAÇÕES TRANSNACIONAIS POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

No plano teórico-normativo, a categoria dos atores corporativos transnacionais permanece sendo uma categoria *ad hoc*² no Direito Internacional. A Corte Internacional de Justiça sempre insistira no fato de que as corporações são criadas e reguladas por Estados mesmo que operem muito além dos limites do Estado de incorporação, assim como ocorrido, inicialmente, no Caso *Anglo Iranian Oil*³ e, em momento posterior, nos Casos *Barcelona Traction*⁴ e *Diallo*⁵. Contudo, há uma tendência em elevar o status de corporações transnacionais em função de aumentar a sua *accountability*, considerando que “[n]umerous treaties impose obligations on States to regulate the conduct of corporations; and corporations have invoked human rights under regional human rights treaties”⁶.

Já em perspectiva fático-pragmática, a discussão em torno dos atores corporativos transnacionais surge, em termos mais amplos, “como resultado del creciente intercambio comercial internacional entre países, empresas y otros actores, y de la globalización económica neoliberal de finales del siglo pasado”⁷. Em termos concretos e específicos, a interferência de grandes agentes econômicos em fatos envolvendo graves violações de Direitos Humanos remonta à década de 1970, com a atuação de sociedades estadunidenses em suporte ao golpe de Estado no Chile, em 1973. Passa ainda, esta interferência, por condutas relacionadas a suborno em troca de contratos militares e apoio econômico,

2. CRAWFORD, James. *Chance, order, change: The course of international law. General Course on Public International Law*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, Brill Academic, 2014. p. 155.
3. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Anglo iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran)*, Preliminary Objections, Judgement, ICJ Reports 1952. p. 102 e 112.
4. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, op. cit., p. 33-34.
5. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2007. p. 605-606 (par. 61-65); INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Merits, Judgment, ICJ Reports 2010. p. 673, 675-676 (par. 99, 104-105).
6. CRAWFORD, James. *Chance, order, change: The course of international law. General Course on Public International Law*. Op. cit., p. 155.
7. RIVERA, Humberto Cantú. *Empresas de seguridad privada y derechos humanos. Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 3, 2019. p. 78.

bem como fornecimento de armamento a regimes que empreendiam violações sistemáticas aos Direitos Humanos, nas décadas seguintes.⁸

Como resposta, a Organização das Nações Unidas (ONU) criou, em 1973, sua Comissão sobre Empresas Transnacionais, órgão responsável pela elaboração do Projeto de Código de Conduta sobre Empresas Transnacionais⁹, de 1983. Essa primeira tentativa de estabelecer diretrizes sociais e ambientais globais aos conglomerados econômicos, entretanto, enfrentou fortes resistências por parte de governos do hemisfério Norte, onde muitas das transnacionais estão sediadas. Como resultado, o Projeto de Código de Conduta acabou cancelado e infrutífero.¹⁰

Em outras frentes, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), tutora dos interesses de países desenvolvidos, em 1976, emanou suas Diretrizes para Empreendimentos Multinacionais – documento posteriormente revisado¹¹ – e a Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1977, adotou a Declaração Tripartite de Princípios Relativos a Empreendimentos Multinacionais e Política Social, cujo maior marco foi estabelecer, em seu parágrafo 8º, que as empresas deveriam “respeitar a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os pactos internacionais correspondentes adotados pela Assembleia Geral das Nações Unidas”.¹² Ambos instrumentos carecem de poder juridicamente vinculante em relação aos Estados, constituindo-se, porém, em uma relevante *soft law* dos Direitos Humanos e empresas internacionalmente¹³, em função de que “[o]ther attempts to improve accountability of corporations and international actors are found in soft law norms, including voluntary codes, agreements and declarations”¹⁴. Em sequência às iniciativas referidas de 1973 e 1983, no âmbito das Nações Unidas, em

8. FEENEY, Patricia. A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das Nações Unidas e o futuro da agenda de advocacy. *Sur, Rev. int. direitos human.*, São Paulo, v. 6, n. 11, dez. 2009. p. 176. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200009&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 28.12.2019.
9. UNITED NATIONS. Digital library. *Commission on Transnational Corporations: report on the special session, 7-18 March and 9-21 May 1983*. p. 12-27. Disponível em: [digitallibrary.un.org/record/204950?ln=en]. Acesso em: 29.12.2019.
10. FEENEY, Patricia. *A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das Nações Unidas e o futuro da agenda de advocacy*. Op. cit., p. 176.
11. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *OECD guidelines for multinational enterprises*, 2011. Disponível em: [www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf]. Acesso em: 29.12.2019.
12. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Declaração tripartite de princípios sobre empresas multinacionais e política social*, Brasília, 2002. Disponível em: [www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_227046.pdf]. Acesso em: 29.12.2019.
13. CRAWFORD, James. *Chance, order, change: The course of international law. General Course on Public International Law*. Op. cit., p. 156.
14. Idem.

1999, o então Secretário-Geral, Kofi Annan, lançou o Pacto Global da ONU, com o objetivo de promover a adoção voluntária, em práticas empresariais, de 10 princípios sobre Direitos Humanos, relações de trabalho, meio ambiente e combate à corrupção.¹⁵

O final de década de 1990 ainda trouxe a publicação de um substancial número de códigos de conduta, adotados individual e unilateralmente por grandes sociedades empresárias, como resultado de uma série de denúncias de violações de Direitos Humanos em setores como o têxtil, de vestuário e da extração.¹⁶

A escalada da pressão social e de regulamentos, ainda que não juridicamente vinculantes, de limitação de práticas corporativas abusivas, conduziu a que a Comissão de Direitos Humanos da ONU¹⁷ passasse à elaboração de um Projeto de instrumento internacional com o intuito de consolidar a responsabilidade de empresas transnacionais por possíveis violações a Direitos Humanos. Foram publicadas, então, em 2003, as “Normas sobre Responsabilidades em Direitos Humanos das Empresas Transnacionais e Outros Empreendimentos Privados”.¹⁸

A reação de atores empresariais e de muitos Estados ao documento foi substantivamente negativa, o que culminou com o seu abandono, em 2005, a partir do pedido da Comissão de Direitos Humanos e da subsequente designação pelo Secretário-Geral da ONU, do Professor John Ruggie, como Relator Especial sobre Direitos Humanos e Empresas.¹⁹ Ruggie deu por encerrado o debate a respeito das normas até então negociadas

-
15. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Global rede Brasil*. Disponível em: [www.pacto-global.org.br/]. Acesso em: 29.12.2019.
 16. FEENEY, Patricia. *A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das Nações Unidas e o futuro da agenda de advocacy*. Op. cit., p. 179.
 17. A Comissão de Direitos Humanos foi criada, em 1946, para funcionar como o principal órgão legislativo da ONU voltado à proteção e à promoção dos Direitos Humanos. Entre as maiores realizações da Comissão estão os Projetos que deram origem à Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e aos Pactos Internacionais sobre Direitos Civis e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966. A partir da Resolução 60/251, adotada pela Assembleia-Geral da ONU em 15 de março de 2006, a Comissão foi substituída pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, a quem coube assumir, revisar, aperfeiçoar e racionalizar os trabalhos e responsabilidades de competência da Comissão até então. UNITED NATIONS. General Assembly. Human Rights Council. *Resolution 60/251*. Human Rights Council, 15.03.2006. Disponível em: [documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/502/66/PDF/N0550266.pdf?OpenElement]. Acesso em: 07.04.2020; UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Brief historic overview of the Commission on Human Rights*. Disponível em: [www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CHR/BriefHistoric.doc]. Acesso em: 07.04.2020.
 18. UNITED NATIONS. Digital library. *Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights*, 2003. Disponível em: [digitallibrary.un.org/record/501576]. Acesso em: 29.12.2019.
 19. FEENEY, Patricia. *A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das Nações Unidas e o futuro da agenda de advocacy*. Op. cit., p. 179-181. Acerca desse processo evolutivo, ver também: RIVERA, Humberto Cantú. *Empresas de seguridad privada y derechos humanos*. Op. cit., p. 78-79.

por duas razões principais: “[...] primeiro, elas representavam a criação de um novo ramo do Direito Internacional com normas diretamente aplicáveis às empresas e, em segundo lugar, as Normas falharam ao tentar definir as respectivas obrigações de Estados e empresas”.²⁰

Nada obstante, o Representante Especial reconheceu, em seu Relatório de 2007, que:

“Clearly, a more fundamental institutional misalignment is present: between the scope and impact of economic forces and actors, on the one hand, and the capacity of societies to manage their adverse consequences, on the other. This misalignment creates the permissive environment within which blameworthy acts by corporations may occur without adequate sanctioning or reparation. For the sake of the victims of abuse, and to sustain globalization as a positive force, this must be fixed.”²¹

Em 2011, o Representante Especial entregou seu Relatório Final, no qual apresentou princípios orientadores para a implementação do seu trabalho anterior. O último Relatório de John Ruggie foi intitulado *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework*²² e consistiu na listagem de 31 princípios, com respectivos comentários, destinada a viabilizar a implementação dos parâmetros “proteger, respeitar e reparar”.²³ O Relatório foi aprovado pela Resolução 17/4 do Conselho de Direitos Humanos da ONU, que ainda decidiu pelo estabelecimento de um grupo de trabalho para, entre outras finalidades, “[p]romote the effective and comprehensive dissemination and implementation of the Guiding Principles”.²⁴

20. FEENEY, Patricia. *A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das Nações Unidas e o futuro da agenda de advocacy*. Op. cit., p. 181.
21. UNITED NATIONS. Digital library. *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, John Ruggie, 17.02.2007. p. 3. Disponível em: [digitallibrary.un.org/record/594238?ln=en]. Acesso em: 29.12.2019.
22. UNITED NATIONS. Digital library. *Guiding principles on business and human rights: implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ framework*, 21.03.2011. Disponível em: [digitallibrary.un.org/record/705860?ln=en]. Acesso em: 29.12.2019.
23. CONECTAS Direitos Humanos. *Empresas e direitos humanos: parâmetros da ONU para proteger, respeitar e reparar*, 2012. Disponível em: [www.conectas.org/publicacoes/download/empresas-e-direitos-humanos-parametros-da-onu]. Acesso em: 30.12.2019. Ver também: CRAWFORD, James. *Chance, order, change: The course of international law*. General Course on Public International Law. Op. cit., p. 156-157.
24. UNITED NATIONS. General Assembly. Human Rights Council. *Resolution 17/4*. Human rights and transnational corporations and other business enterprises, 06.07.2011. Disponível em: [undocs.org/en/A/HRC/RES/17/4]. Acesso em: 30.12.2019.

O ponto de culminância do progresso na normatização da responsabilidade internacional de corporações transnacionais por violação aos Direitos Humanos, considerando o momento presente, foi a adoção da Resolução 26/9 pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. Aprovada em 14 de julho de 2014, por 20 votos favoráveis contra 14 contrários, além de 13 abstenções²⁵, a Resolução 26/9 do Conselho decidiu estabelecer um Grupo de Trabalho Intergovernamental aberto, cujo objetivo era o de elaborar um instrumento jurídico internacional vinculante para regular, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, as atividades de corporações transnacionais e outros empreendimentos empresariais.²⁶

Já no seu Relatório de 2008, intitulado *Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights*²⁷, Ruggie estabeleceu e embasou-se em três importantes premissas fundamentais:

“[...] cabe aos Estados proteger os Direitos Humanos contra violações decorrentes de atos de terceiros; empresas têm a responsabilidade de respeitar os Direitos Humanos e as vítimas de violações devem ter facilitado o acesso às vias de reparação.”²⁸

Desde sua criação, o referido Grupo de Trabalho realizou cinco sessões anuais²⁹, sendo que, na quarta sessão, em 2018, foi apresentado e discutido o primeiro Projeto de texto de instrumento jurídico internacional vinculante, denominado *zero draft*. A partir das sugestões apresentadas com base no *zero draft*, a Missão Permanente do Equador elaborou uma versão revisada do projeto, exposta na quinta sessão do Grupo e que, após debates e negociações intergovernamentais, encontra-se com prazo aberto ao envio de

25. Incluída a posição de abstenção do Brasil.

26. UNITED NATIONS. General Assembly. Human Rights Council. *Resolution 26/9*. Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, 14.07.2014. Disponível em: [undocs.org/A/HRC/RES/26/9]. Acesso em: 30.12.2019.

27. UNITED NATIONS. Digital library. *Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights*, 07.04.2008. Disponível em: [digitallibrary.un.org/record/625292?ln=en-record-files-collapse-header]. Acesso em: 29.12.2019.

28. OLSEN, Ana Carolina Lopes; PAMPLONA, Danielle Anne. Violação a direitos humanos por empresas transnacionais na América Latina: perspectivas de responsabilização. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, v. 7, n. 13, p. 129-151, 13.09.2019. Disponível em: [www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/8496]. Acesso em: 30.12.2019.

29. RIVERA, Humberto Cantú. Some remarks on the third sessions of the Business and Human Rights Treaty Process and the ‘Zero Draft’. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 2, 2018. p. 37-39. Sobre as referidas Sessões, do Documento de Elementos ao Draft 0, ver também: GUAMÁN, Adoración. Del Documento de Elementos al Draft 0: apuntes jurídicos respecto del posible contenido del proyecto de Instrumento Vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 84-114, 2018.

sugestões de texto por parte dos Estados e outros “interessados relevantes” até o final do mês de fevereiro de 2020.³⁰

Pois como antecipado no título, uma das finalidades desta contribuição científica reside justamente no fato de poder colaborar com os trabalhos do mencionado Grupo, tendo em conta as dificuldades que se tem encontrado em debater e refletir sobre a responsabilização internacional e, mais especificamente, a integração ao processo judicial de corporações transnacionais responsáveis por violações de Direitos Humanos. Eis o caso particular estabelecido na demanda ajuizada pela União em face das duas principais fabricantes de cigarro atuantes no Brasil.

3. O PROCEDIMENTO DE CITAÇÃO EM AÇÕES DE RESPONSABILIZAÇÃO DE CORPORações TRANSNACIONAIS POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: O CASO UNIÃO V. BRITISH AMERICAN TOBACCO E PHILIP MORRIS

Em 21 de maio de 2019, a União, por meio da Advocacia-Geral da União (AGU), ajuizou, perante a Justiça Federal em Porto Alegre, Ação Civil Pública de tutela do direito fundamental à saúde e ressarcimento ao erário³¹, em face dos dois grupos empresariais que dominam o mercado nacional de fabricação e comercialização de cigarros. Em síntese, a União requereu o ressarcimento dos gastos por si havidos com o pagamento de tratamentos de 26 doenças tabaco relacionadas, além de condenação à indenização por dano moral coletivo.³²

Conforme se extrai da petição inicial da demanda judicial³³, o pleito condenatório fundamentava-se nas modalidades da responsabilidade civil objetiva e subjetiva. A primeira, por aplicação das teorias do risco da atividade e do risco proveito, e a segunda, em decorrência de uma série de condutas adotada pelos grupos econômicos, que a AGU aponta como antijurídicas. Entre as mencionadas condutas antijurídicas estavam a omissão e a manipulação de informações, marketing direcionado a jovens, fraude por

30. UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights*. Disponível em: [www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWOnTNC.aspx]. Acesso em: 30.12.2019.

31. A ação foi distribuída à 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Porto Alegre e tramita sob processo n. 5030568-38.2019.4.04.7100.

32. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *AGU cobra de fabricantes de cigarro ressarcimento de gasto com tratamento de fumantes*, 21.05.2019. Disponível em: [www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/756818]. Acesso em: 03.01.2020.

33. BRASIL. Justiça Federal (Seção Judiciária do Rio Grande do Sul). Petição inicial. Processo 5030568-38.2019.4.04.7100/RS. 1ª Vara Federal de Porto Alegre, 19.07.2019. Disponível em: [www2.jfrs.jus.br/consulta-processual/]. Acesso em: 03.01.2020.

meio do desenvolvimento e comercialização de cigarros ditos *light*, destruição de documentos e pesquisas e, por último, os esforços deliberados contra a regulação estatal.

Além disso, a Ação destinava-se ao cumprimento do artigo 19 da Convenção-Quadro sobre Controle do Tabaco (CQCT), o qual dispõe que:

“Para fins de controle do tabaco, as Partes considerarão a adoção de medidas legislativas ou a promoção de suas leis vigentes, para tratar da responsabilidade penal e civil, inclusive, conforme proceda, da compensação.”³⁴

Adotada pelos Estados membros da Organização Mundial da Saúde (OMS), em 21 de maio de 2003, e entrado em vigor internacionalmente em 27 de fevereiro de 2005, a CQCT foi assinada pelo Brasil em 16 de junho de 2003. Em âmbito nacional, a referida Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo 1.012, de 27 de outubro de 2005 e, em 3 de novembro de 2005, ratificada pelo Governo brasileiro. Por fim, entrou em vigor no Brasil, mais precisamente, em 1º de fevereiro de 2006.

A respeito da CQCT, é relevante juridicamente o fato de que as Cortes Supremas da Costa Rica³⁵ e do Peru³⁶ já reconheceram a sua condição de tratado internacional de Direitos Humanos, em razão do seu objetivo último de proteção do direito fundamental à saúde. Assim, ao menos em termos de direito comparado, a questão está inserida na temática da responsabilização de transnacionais por violação a Direitos Humanos.

Compõem o polo passivo da Ação Civil Pública os dois grupos que, conforme a União, em conjunto, detêm aproximadamente 90% do mercado formal brasileiro de fabricação e de comercialização de cigarros. De um lado, o Grupo British American Tobacco (BAT), por meio da Souza Cruz LTDA. – adquirida pela BAT ainda em 1914³⁷ – e da Sociedade-matriz inglesa British American Tobacco PLC. De outro, o Grupo Philip Morris (PM), por meio da Philip Morris Brasil Indústria e Comércio LTDA., da Philip Morris Brasil S/A

34. BRASIL. Decreto 5.658, de 2 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, adotada pelos países membros da Organização Mundial de Saúde em 21 de maio de 2003 e assinada pelo Brasil em 16 de junho de 2003. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5658.htm]. Acesso em: 03.01.2020.
35. COSTA RICA. Corte Suprema de Justicia. Res. 2012-003918. Consulta legislativa facultativa, 20.03.2012. Disponível em: [www.asamblea.go.cr/sd/Reglamento_Asamblea/RAL_2014/Resoluciones Sala/3918-12.pdf]. Acesso em: 04.01.2020..
36. PERU. Tribunal Constitucional del Perú. EXP. 00032-2010-PI/TC. Demanda de inconstitucionalidade interpuesta por más de 5,000 ciudadanos, contra el artículo 3º de la Ley 28705 —Ley General para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco, 20.03.2012. Disponível em: [tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00032-2010-AI.pdf]. Acesso em: 04.01.2020.
37. SOUZA CRUZ. *Nossa história*. Disponível em: [www.souzacruz.com.br/group/sites/SOU_AG6LVH.nsf/vwPagesWebLive/DOAG7DXA]. Acesso em: 05.01.2020.

(empresa norte-americana autorizada a funcionar no Brasil) e da matriz estadunidense Philip Morris International (PMI).

Litigando em face das subsidiárias brasileiras e das suas matrizes estrangeiras, a União requereu que a citação dessas corporações transnacionais se desse nos endereços das subsidiárias brasileiras, por aplicação das disposições do art. 75, inciso X e § 3º, do Código de Processo Civil (CPC), uma vez que esse último dispositivo determina que: “O gerente de filial ou agência presume-se autorizado pela pessoa jurídica estrangeira a receber citação para qualquer processo”.³⁸ Tal pedido foi acolhido pela juíza da 1ª Vara Federal de Porto Alegre.³⁹

Ocorre que tanto Souza Cruz, quanto Philip Morris Brasil, recusaram-se a receber a citação em nome das suas matrizes. Ainda, interpuseram recurso de Agravo de Instrumento em face da decisão proferida e pleitearam reconsideração à juíza da 1ª Vara Federal. Em suas razões⁴⁰⁻⁴¹, as empresas fumageiras brasileiras afirmaram não se tratar de agências ou filiais das matrizes BAT e PMI, mas, sim, de “empresas autônomas, com organização funcional e diretiva próprias”, não lhes sendo, assim, aplicável a regra do art. 75, inciso X e § 3º, do CPC.

A magistrada competente pela Ação, então, revogou seu despacho – o que ocasionou a perda do objeto jurídico dos Agravos – e, após manifestação da União, prolatou nova decisão, com manutenção do entendimento da validade da citação, entre outros motivos, porque

“[a]s empresas estrangeiras podem ter efetiva ciência do processo através das suas subsidiárias nacionais, sem que isso implique prejuízo às suas defesas, sendo inadequado impor à parte-autora a adoção de todas as medidas relacionadas à expedição de carta rogatória para científicá-las.”⁴²

38. BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm]. Acesso em: 05.01.2020.
39. BRASIL. Justiça Federal (Seção Judiciária do Rio Grande do Sul). Petição inicial. Processo 5030568-38.2019.4.04.7100/RS. 1ª Vara Federal de Porto Alegre, 19.07.2019. Disponível em: [www2.jfrs.jus.br/consulta-processual/]. Acesso em: 03.01.2020.
40. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (4ª Turma). Despacho/decisão. Agravo de instrumento 5035403-29.2019.4.04.0000/RS. Relatora: Maria Isabel Pezzi Klein, 21.08.2019. Disponível em: [www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_pesquisa&seq=120|868]. Acesso em: 05.04.2020.
41. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (4ª Turma). Despacho/decisão. Agravo de instrumento 5035329-72.2019.4.04.0000/RS. Relatora: Maria Isabel Pezzi Klein, 21.08.2019. Disponível em: [www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_pesquisa&seq=120|868]. Acesso em: 05.01.2020.
42. BRASIL. Justiça Federal (Seção Judiciária do Rio Grande do Sul). Despacho/decisão. Processo 5030568-38.2019.4.04.7100/RS. 1ª Vara Federal de Porto Alegre, 04.02.2020. Disponível em: [www2.jfrs.jus.br/consulta-processual/]. Acesso em: 06.02.2020.

Em face dessa decisão, as empresas brasileiras demandadas interuseram novos recursos de Agravo de Instrumento, basicamente repetindo os argumentos apresentados nos recursos anteriores. A esses Agravos⁴³ foi negado efeito suspensivo pelo Desembargador Federal Relator competente, de modo que os recursos serão definitivamente julgados pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, após apresentação de contrarrazões pela União e sem suspensão do prazo para apresentação de contestação em primeira instância⁴⁴. Esse é o status do processo judicial quando da finalização do presente artigo científico.

No que concerne ao presente estudo, é essencial destacar dois pontos sobre o Caso: 1) As sociedades nacionais foram efetivamente constituídas como pessoas jurídicas distintas em relação às matrizes estrangeiras, do que se conclui não se subsumirem ao conceito estrito de agência ou filial, que tratam formalmente da mesma pessoa jurídica, conforme se infere do art. 969 do Código Civil⁴⁵; 2) Os Relatórios⁴⁶ anuais⁴⁷ aos acionistas, os sítios eletrônicos⁴⁸, a análise das engenharias societárias dos Grupos⁴⁹, além

43. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (4ª Turma). Despacho/decisão. Agravo de instrumento 5006560-20.2020.4.04.0000/RS. Relator: Ricardo Teixeira do Valle Pereira, 12.03.2020. Disponível em: [www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_pesquisa&seq=120|868]. Acesso em: 06.04.2020.
44. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (4ª Turma). Despacho/decisão. Agravo de instrumento 5006590-55.2020.4.04.0000/RS. Relator: Ricardo Teixeira do Valle Pereira, 12.03.2020. Disponível em: [www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_pesquisa&seq=120|868]. Acesso em: 06.04.2020.
45. BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm]. Acesso em: 05.01.2020.
46. O Relatório Anual da BAT de 2018 cita o termo “Brazil” 48 vezes, ao longo de 330 páginas, versando, entre outros, sobre premiação recebida no país (p. 24), venda de imóveis em território nacional (p. 140) e até mesmo relatório de ações judiciais em face do grupo sob jurisdição brasileira (p. 194, 201, 203 e 205). BRITISH AMERICAN TOBACCO. *Transforming tobacco. Annual report and form*. 20-f 2018. Disponível em: [www.bat.com/group/sites/UK__9D9KCY.nsf/vwPagesWebLive/DOAWWGJT/\$file/Annual_Report_and_Form_20-F_2018.pdf]. Acesso em: 06.01.2020.
47. O Relatório Anual da PMI de 2018 cita o termo “Brazil” 21 vezes, ao longo de 139 páginas, versando, entre outros, sobre *market share* (p. 2), certificação recebida no Brasil (p. 5), proibição do uso de aditivos (p. 32), além de relatório sobre litígios judiciais em jurisdição brasileira (p. 7, 96, 97 e 99). PHILIP MORRIS INTERNATIONAL. *2018 annual report*. Disponível em: [philipmorrisinternational.gcs-web.com/static-files/824f3f55-f97f-4f8f-bcb8-d00aa4dc65b1]. Acesso em: 06.01.2020.
48. Entre outros, o sítio eletrônico da BAT estampa fotografia com legenda de empregados da companhia no Rio de Janeiro. Disponível em: [www.bat.com/group/sites/UK__9D9KCY.nsf/vwPagesWebLive/DOB4JJB8], além de apontar como sua referência para contato no Brasil o endereço da Souza Cruz. Disponível em: [www.bat.com/group/sites/UK__9D9KCY.nsf/vwPagesWebLive/DO9FBKBG]. Já a PMB sequer possui sítio eletrônico próprio, estando inserido na página eletrônica da PMI. Disponível em: [www.pmi.com/markets/brazil/pt/about-us/overview].
49. Vide listagem de subsidiárias no relatório anual da BAT de 2018 (p. 236-245) e no relatório anual 2018 da PMI em versão com anexos – anexo 21, p. 154-156. Disponível em: [philipmorrisinternational.gcs-web.com/static-files/e33a340d-fb9c-4f3b-b62a-686a12887329].

de outras evidências notórias, como o fato de fabricarem e comercializarem os mesmos produtos, das mesmas marcas, não deixam dúvidas de que se tratam, as subsidiárias brasileiras, da *longa manus* de suas matrizes no país, a forma como aquelas decidiram se instalar e atuar sob jurisdição brasileira.

A opção realizada por transnacionais, de aquisição ou abertura de sociedades empresárias no Brasil, de acordo com a legislação nacional, em detrimento da implantação de filial estrangeira é algo comum e está vinculada à minoração de custos e de entraves burocráticos, já que a instalação de filial no Brasil depende até mesmo de autorização do Poder Executivo, nos termos do art. 1.134 do Código Civil. Esse fato já foi, inclusive, reconhecido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP):

“O estabelecimento de uma filial estrangeira para operar no Brasil está sujeita às disposições previstas no Decreto-lei 2.627/40 (artigos 64 a 73) e na Instrução Normativa DNRC 07/2013. Em razão da burocracia, das despesas envolvidas serem maiores do que aquelas relativas à constituição de uma empresa brasileira, além de seu funcionamento ser permitido somente a partir de cumpridas todas as formalidades, tudo o que implica em longa demora, a prática não tem recomendado o estabelecimento de filial de empresa estrangeira em território brasileiro, advindo disso, nos termos da legislação brasileira, a sua atuação por meio de sociedade por quotas de responsabilidade limitada e de sociedade por ações.”⁵⁰

Por sua vez, a interpretação dos termos “agência” e “filial”, para fins de citação de pessoa jurídica estrangeira em solo brasileiro, vinha sendo realizada de forma oscilante na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Contudo, em novembro de 2019, a Corte Especial daquele Tribunal pronunciou-se, de forma unânime, em favor da interpretação extensiva dos termos, como se pode apreender da ementa do julgado:

“11. Considerando-se que a finalidade destes dispositivos legais é facilitar a citação da pessoa jurídica estrangeira no Brasil, tem-se que as expressões ‘filial, agência ou sucursal’ não devem ser interpretadas de forma restritiva, de modo que o fato de a pessoa jurídica estrangeira atuar no Brasil por meio de empresa que não tenha sido formalmente constituída como sua filial ou agência não impede que por meio dela seja regularmente efetuada sua citação.

12. Exigir que a qualificação daquele por meio do qual a empresa estrangeira será citada seja apenas aquela formalmente atribuída pela citanda inviabilizaria a citação no Brasil daquelas empresas estrangeiras que pretendessem evitar sua citação, o que importaria concordância com prática processualmente desleal do réu e imposição ao

50. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (28ª Câmara). Acórdão. Apelação 0022990-59.2012.8.26.0003. Relator: Mário Chiuivite Junior, 23.02.2016. Disponível em: [esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1]. Acesso em: 07.01.2020.

autor de óbice injustificado para o exercício do direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa.”⁵¹

Caso aplicado o recente entendimento do STJ à casuística da Ação Civil Pública da União em face das fabricantes de cigarro, em harmonia à estabilidade, à integridade e à coerência jurisprudenciais, normativamente esperadas por força dos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil (CPC), ter-se-ia por válidas as citações da inglesa BAT e da estadunidense PMI por meio das suas subsidiárias brasileiras, o que não apenas cumpriria com a obrigação jurídica nacional e internacional de garantia de amplo acesso à jurisdição, como iria ao encontro da devida responsabilização das corporações transnacionais por danos causados em Estados diversos da sua sede.

É justamente nesse ponto que a experiência do Caso concreto poderia servir como colaboração ao instrumento internacional vinculante que está sendo elaborado no âmbito do Grupo de Trabalho Intergovernamental aberto sobre Corporações Transnacionais e outras Empresas com respeito aos Direitos Humanos (OEIGWG) do Conselho de Direitos Humanos da ONU. Ações de Responsabilização de Corporações Transnacionais por violação de Direitos Humanos no Brasil.

4. O FUTURO DO PROCEDIMENTO DE CITAÇÃO EM AÇÕES DE RESPONSABILIZAÇÃO DE CORPORações TRANSNACIONAIS: UMA PROPOSTA AO GRUPO DE TRABALHO INTERGOVERNAMENTAL ABERTO SOBRE CORPORações TRANSNACIONAIS E OUTRAS EMPRESAS COM RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS (OEIGWG) DO CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU

Como se infere do tópico anterior, a primeira problemática a ser enfrentada na possível responsabilização internacional de corporações transnacionais por violações a Direitos Humanos consiste na dificuldade de sua integração, quando situadas no exterior – especialmente as respectivas matrizes –, a processos judiciais.

Com certa segurança, nesses casos, poder-se-ia lançar mão do procedimento da carta rogatória. Entretanto, entende-se que esse é um meio, além de deveras custoso e vagaroso, processualmente desnecessário, considerando-se que – como é o caso de BAT e PMI – no mais das vezes, as subsidiárias locais não mais são do que meros prolongamentos da unidade central estrangeira, onde são destinados os resultados financeiros das atividades desenvolvidas mundialmente.

A regulação dessa controvertida situação, aliás, já se encontra contemplada no projeto de instrumento vinculante, que, em seu artigo 1º, privilegia o aspecto material das

51. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Acórdão. HDE 410/EX. Relator: Min. Benedito Gonçalves, 20.11.2019. Disponível em: [scon.stj.jus.br/SCON/]. Acesso em: 07.01.2020.

ligações societárias, utilizando-se do conceito de *contractual relationship* para colocar sob responsabilidade das matrizes as condutas de suas subsidiárias, quaisquer que sejam as características formais que se lhe possam emprestar:

“*Contractual relationship*’ refers to any relationship between natural or legal persons to conduct business activities, including but not limited to, those activities conducted through affiliates, subsidiaries, agents, suppliers, any business partnership or association, joint venture, beneficial proprietorship, or any other structure or contractual relationship as provided under the domestic law of the State.”⁵²

Esse conceito vai ao encontro do último entendimento emanado pelo STJ, anteriormente mencionado, de que não será pela utilização de ferramentas formais de estruturação de cadeia societária que as grandes empresas ou corporações transnacionais deixarão de ser responsabilizadas e, antes disso, integradas a processos judiciais por meio do procedimento citatório.

Feita essa observação, é de ver-se que desde o Relatório *Protect, Respect and Remedy*, o facilitado e efetivo acesso das vítimas à jurisdição é considerado um dos pontos elementares na tutela dos Direitos Humanos em caso de violações por corporações transnacionais. O Projeto de instrumento vinculante do mencionado Grupo de Trabalho do Conselho de Direitos Humanos da ONU reforça essa preocupação, assentando, por duas vezes, ser esse um dos propósitos do documento (artigo 2º), além de direito das vítimas (artigo 4º). Para concretizar tal propósito, o instrumento juridicamente vinculante apresenta, ainda que dispersamente entre seus artigos, uma série de disposições.

O artigo 7º garante que as ações judiciais interpostas sob o fundamento daquele instrumento internacional poderão ter jurisdição reconhecida tanto no Estado em que ocorridos os fatos violadores de obrigações jurídicas, quanto no Estado de domicílio das vítimas, além do domicílio da corporação transnacional violadora dos Direitos Humanos em questão.

Por sua vez, o artigo 10, ao tratar da assistência legal mútua, abrange “*effecting service of judicial documents*”, no que se poderia incluir a realização de citações e intimações. Já o artigo 4º, em seu § 10, estabelece como direito das vítimas a existência de mecanismos para a imediata execução de julgados estrangeiros, de modo a fazer cumprir nacionalmente as reparações às violações de Direitos Humanos.

Ainda, é de se notar que o artigo 9º aponta que serão aplicadas as leis do Estado da jurisdição do processo às questões tanto materiais quanto procedimentais não previstas no referido instrumento jurídico internacional vinculante.

52. UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*. Disponível em: [www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf]. Acesso em: 08.01.2020.

Esses dispositivos normativos, em que pese salutares, não conseguiriam garantir, em tese, a devida e mais eficiente integração de corporações transnacionais estrangeiras em processos judiciais, tampouco e, por decorrência, assegurariam que sentenças oriundas de tais processos teriam o devido cumprimento em outras jurisdições. Sendo assim, não cumpririam com o propósito de oferecer o mais efetivo e facilitado acesso à justiça às vítimas de lesões de Direitos Humanos por corporações transnacionais.

O dispositivo que estabelece o Estado do domicílio da vítima ou do local dos fatos como competente para conhecer de ações abarcadas pelo instrumento, por exemplo, é substancialmente inovador. Nada obstante, somente será realmente efetivo caso assegure a integração de sociedades empresárias ou corporações transnacionais – sobretudo as matrizes – aos processos judiciais. Do contrário, eventual responsabilização interna atingirá somente as subsidiárias locais dos conglomerados – caso existentes – e, ainda assim, haverá risco de sua *deslocalização*.

Caso emblemático da inefetividade de litigar apenas em face das sociedades subsidiárias é a experiência da província do Quebec, no Canadá, em que, condenadas em demanda similar à ajuizada pela União no Brasil, as subsidiárias locais das gigantes do tabaco utilizaram-se de instrumento análogo à recuperação judicial para se proteger⁵³ e, neste momento, as matrizes estrangeiras poderão decidir se socorrerão ou não suas operações locais canadenses.⁵⁴ Enquanto isso, nem um centavo da reparação judicial estabelecida devida foi pago.

Já a *deslocalização* consiste na facilidade que corporações transnacionais possuem de iniciar e encerrar as atividades das suas unidades através do globo e, assim, realocar parte das suas operações, movidas, na maioria das vezes, pelos custos, seja de produção, seja de regulação estatal, ou, neste caso, em razão de condenações judiciais ou na sua iminência.⁵⁵

Por essa particularidade, entende-se que qualquer Projeto de instrumento vinculante que pretenda ser efetivo na regulamentação da responsabilização de sociedades transnacionais por violações a Direitos Humanos somente o será caso tutele a integração de sociedades estrangeiras – sobretudo das matrizes – às lides judiciais, assim como assegure o reconhecimento ou a homologação para cumprimento de decisões judiciais emanadas nesses moldes.

53. MULIER, Thomas; RASTELLO, Sandrine. Big tobacco's legal woes in Canada pose its biggest risk in decades. *Financial Post*, Toronto, 20.03.2019. Disponível em: [business.financialpost.com/news/retail-marketing/big-tobaccos-legal-woes-in-canada-pose-biggest-risk-in-decades]. Acesso em: 09.01.2020.

54. LONGORIA, Sean. Analysts: Tobacco giants' Canadian units could face bankruptcy after court case. *S&P Global*, Nova Iorque, 04.03.2019. Disponível em: [www.spglobal.com/marketintelligence/en/news-insights/latest-news-headlines/50341385]. Acesso em: 09.01.2020.

55. URIARTE, Oscar Ermida. Deslocalización, globalización y derecho del trabajo. *IUSLabor*, n. 1, 2007. Disponível em: [www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/download/57944/68007]. Acesso em: 09.01.2020.

Retomando a análise das disposições do Projeto do Grupo de Trabalho, nota-se que a previsão de cooperação para a realização de serviços envolvendo documentos judiciais, em que seriam incluídas citação e intimação, conforme retromencionado, seria pouco efetiva como meio de prover o devido acesso à jurisdição. Perceba-se, por exemplo, que os Relatórios anuais de BAT e PMI trazem listagem e relatos dos processos judiciais existentes nas jurisdições das suas subsidiárias, o que comprova que o fluxo de documentos e informações – inclusive a respeito de demandas judiciais – é corrente entre subsidiárias e matrizes transnacionais. Ademais, tem-se que a utilização de carta rogatória para qualquer notificação pressupõe que a pessoa jurídica a ser notificada no exterior não possua atividades ou qualquer tipo de ponto de contato no Estado da causa, o que não se aplicaria às transnacionais e tampouco se coaduna ao conceito de “*contractual relationship*”, previsto no artigo 1º do Projeto de instrumento juridicamente vinculante.

Já a garantia de cumprimento imediato de decisões judiciais, nacionais ou estrangeiras, apresentada como um direito das vítimas no artigo 4º, § 14, do instrumento, pode esbarrar nas previsões do § 10, artigo 10, o qual dispõe que o reconhecimento e o cumprimento de decisões judiciais estrangeiras poderão ser recusados, entre outros motivos, se houver prova de que ao requerido “[w]as not given reasonable notice and a fair opportunity to present his or her case”. Trata-se de oportunidade para que a sociedade estrangeira requerida alegue que não foi apropriadamente citada e, assim, se desvie da devida responsabilização imposta.

O mesmo se poderia dizer da previsão normativa contida no § 11, artigo 10, ao dispor que a assistência jurídica mútua poderia ser negada caso o próprio objeto da assistência fosse contrário ao sistema jurídico do Estado requisitado. Nessa hipótese, aliás, o cumprimento de procedimentos como a citação também poderia ser negado. Além disso, a generalidade da previsão “[i]f it would be contrary to the legal system of the requested State Party” permitiria que Estados que, assim desejassem, se utilizassem do dispositivo em tela para proteger corporações transnacionais com sede em seu território, frustrando a execução de atos processuais ou o cumprimento de decisões judiciais.

Derradeiramente, deixar à legislação do local do foro – como preconiza o artigo 9º – a definição a respeito da forma e da validade da citação de sociedades estrangeiras também não parece estar em harmonia ao propósito de assegurar efetivo acesso à jurisdição pelas vítimas das violações. Em especial, pois não haveria uma desejável e necessária uniformidade no tratamento de processos judiciais que versam sobre violações a Direitos Humanos e, sobretudo, inexistiria segurança jurídica de que as decisões de processos em que citações de sociedades estrangeiras tenham se dado por meio de suas subsidiárias ou afins seriam reconhecidas ou homologadas em Estados estrangeiros.

Em razão desse complexo cenário fático e normativo, repleto de interessantes controvérsias, entende-se que o efetivo acesso à jurisdição por parte das vítimas e, ao final, a obtenção de concreta responsabilização de corporações transnacionais por violação de Direitos Humanos depende da existência de norma internacional que repute válida a citação de corporações transnacionais realizada por meio de suas subsidiárias ou afins,

bem como de regra que imponha o reconhecimento ou homologação de decisões judiciais em cujos processos tenha sido adotado tal procedimento.

A título colaborativo ao Grupo de Trabalho Intergovernamental aberto do Conselho de Direitos Humanos da ONU, sugere-se a inclusão, no Projeto de instrumento internacional vinculante sobre a responsabilidade de corporações transnacionais sobre violação de Direitos Humanos, de dispositivo com a seguinte redação:

“Artigo X. Citação de corporações transnacionais e outras empresas

1. Para os fins do presente instrumento, considera-se válida citação ou qualquer tipo de notificação em processo judicial direcionada a corporação matriz estrangeira, que seja realizada através de subsidiárias ou pessoas jurídicas ou naturais com quem mantenha relação contratual.
2. Os Estados Partes do presente instrumento adotarão medidas para reconhecer e homologar decisões e atos judiciais de processos em que a citação ou as notificações em geral de corporações estrangeiras tenham se realizado através de subsidiárias ou de pessoas jurídicas ou naturais com quem mantenham relação contratual.”

Entende-se que, assim, estará mais bem amparado o propósito do instrumento e o direito das vítimas de efetivo acesso à jurisdição, além de mais bem instrumentalizada a responsabilização de corporações transnacionais por violações de Direitos Humanos.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo se propôs a investigar a (in)efetividade do Projeto de instrumento internacional vinculante sobre a responsabilidade de corporações transnacionais sobre violação de Direitos Humanos, elaborado pelo Grupo de Trabalho Intergovernamental aberto do Conselho de Direitos Humanos da ONU, especificamente quanto à forma de integração dos conglomerados internacionais em demandas judiciais em Cortes e Tribunais de Estados diferentes da sua sede.

A partir da pesquisa empreendida e da análise do Caso União v. Indústria do Tabaco, recente precedente brasileiro de litigância estatal em face das fumageiras transnacionais, verificou-se que: 1) A regulação em torno da responsabilidade internacional de corporações transnacionais por violações de Direitos Humanos somente será efetiva caso tutele a integração de corporações transnacionais – sobretudo empresas matrizes – a lides judiciais em outros Estados, assim como assegure o reconhecimento ou a homologação para cumprimento das respectivas decisões judiciais proferidas; 2) O efetivo acesso à jurisdição por parte das vítimas e, ao final, a obtenção de concreta responsabilização de corporações transnacionais por violação de Direitos Humanos depende da existência de norma internacional que repute válida a citação de corporações transnacionais realizada

por meio de suas subsidiárias ou afins, bem como de regra internacional que imponha o reconhecimento ou homologação de decisões judiciais em cujos processos tenha sido adotado tal procedimento.

Sendo assim, concluiu-se pela inefetividade do projeto de instrumento vinculante internacional particularmente em relação aos procedimentos citatórios em torno de corporações transnacionais, procedendo-se à realização de sugestão de texto normativo a ser considerado e, eventualmente adotado, para a obtenção dos fins pretendidos.

Ao final do trabalho, verificou-se que o estudo empreendido, na sua primeira parte, possibilitou que se compreendesse a necessidade da responsabilização de corporações transnacionais por violações de Direito Humanos, bem como a evolução e os interesses envolvidos na regulamentação internacional da questão, com destaque à primordialidade histórica de proporcionar às vítimas acesso facilitado e efetivo à jurisdição.

De outra parte, a análise do caso concreto da demanda da União em face das fabricantes de cigarros permitiu desvelar o modo como cadeias societárias engendradas por grupos transnacionais podem obstar a devida responsabilização dessas corporações. Verificou-se, igualmente, que a litigância em face apenas de sociedades subsidiárias locais dessas grandes corporações pode ser inefetiva, como revelou a experiência canadense em caso semelhante e diante da realidade do poder de deslocalização dessas empresas.

Por fim, ficou assente que, embora as normas sobre competência, assistência jurídica mútua e reconhecimento de decisões judiciais, presentes no texto do projeto de instrumento vinculante, sejam salutares, não são suficientes para garantir o efetivo acesso à jurisdição e, por consequência, a devida responsabilização de corporações transnacionais. Em um mundo global, as atividades corporativas transnacionais reclamam uma nova forma de responsabilização internacional, uma forma *transnacional*, levando em conta os desafios da proteção dos Direitos Humanos.

6. REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *AGU cobra de fabricantes de cigarro ressarcimento de gasto com tratamento de fumantes*, 21.05.2019. Disponível em: [www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/756818]. Acesso em: 03.01.2020.

BRITISH AMERICAN TOBACCO. *Transforming tobacco. Annual report and form*. 20-f 2018. Disponível em: [[www.bat.com/group/sites/UK_9D9K-CY.nsf/vwPagesWebLive/DOAWWGJT/\\$file/Annual_Report_and_Form_20-F_2018.pdf](http://www.bat.com/group/sites/UK_9D9K-CY.nsf/vwPagesWebLive/DOAWWGJT/$file/Annual_Report_and_Form_20-F_2018.pdf)]. Acesso em: 06.01.2020.

CONNECTAS Direitos Humanos. *Empresas e Direitos Humanos: parâmetros da ONU para proteger, respeitar e reparar*, 2012. Disponível em: [www.conectas.org/publicacoes/download/empresas-e-direitos-humanos-parametros-da-onu]. Acesso em: 30.12.2019.

- CORTEN, Olivier. *Méthodologie du droit international public*. Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009.
- CRAWFORD, James. *Chance, order, change: The course of international law. General Course on Public International Law*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, Brill Academic, 2014.
- CORTEN, Olivier. *Méthodologie du droit international public*. Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009.
- COSTA RICA. Corte Suprema de Justicia. Res. 2012-003918. Consulta legislativa facultativa, 20.03.2012. Disponível em: [www.asamblea.go.cr/sd/Reglamento_Asamblea/RAL_2014/Resoluciones_Sala/3918-12.pdf]. Acesso em: 04.01.2020.
- FEENEY, Patricia. A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das Nações Unidas e o futuro da agenda de advocacy. *Sur, Rev. int. direitos human.*, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 174-191, dez. 2009. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200009-&lng=en&nrm-isso]. Acesso: 28.12.2019.
- GUAMÁN, Adoración. Del Documento de Elementos al Draft 0: apuntes jurídicos respecto del posible contenido del proyecto de Instrumento Vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 84-114, 2018.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Anglo iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran)*, Preliminary Objections, Judgement, ICJ Reports 1952.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Preliminary Objections, Judgement, ICJ Reports 2007.
- LONGORIA, Sean. Analysts: Tobacco giants' Canadian units could face bankruptcy after court case. *S&P Global*, Nova Iorque, 04.03.2019. Disponível em: [www.spglobal.com/marketintelligence/en/news-insights/latest-news-headlines/50341385]. Acesso em: 09.01.2020.
- MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; PEREIRA, Henrique Viana. A função social das sociedades transnacionais. In: *A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos*. Curitiba: CRV, 2016. p. 53-71. Disponível em: [docs.uninove.br/arte/email/pdf/Livro-CNPQ.pdf]. Acesso em: 03.01.2020.
- MULIER, Thomas; RASTELLO, Sandrine. Big tobacco's legal woes in Canada pose its biggest risk in decades. *Financial Post*, Toronto, 20.03.2019. Disponível em: [business.financialpost.com/news/retail-marketing/big-tobaccos-legal-woes-in-canada-pose-biggest-risk-in-decades]. Acesso em: 09.01.2020.

- MUNIZ, Tânia Lobo; TORRES, Glauca Cardoso Teixeira. Responsabilidade social das empresas transnacionais. In: *A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos*. Curitiba: CRV, 2016. p. 187-205. Disponível em: [docs.uninove.br/arte/email/pdf/Livro-CNPQ.pdf]. Acesso em: 03.01.2020.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes; PAMPLONA, Danielle Anne. Violação a direitos humanos por empresas transnacionais na América Latina: perspectivas de responsabilização. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, v. 7, n. 13, p. 129-151, 13.09.2019. Disponível em: [www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/8496]. Acesso em: 30.12.2019.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *OECD guidelines for multinational enterprises*, 2011. Disponível em: [www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf]. Acesso em: 29.12.2019.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Global rede Brasil*. Disponível em: [www.pactoglobal.org.br/]. Acesso em: 29.12.2019.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Declaração tripartite de princípios sobre empresas multinacionais e política social*, Brasília, 2002. Disponível em: [www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_227046.pdf]. Acesso em: 29.12.2019.
- PERU. Tribunal Constitucional del Perú. *EXP. 00032-2010-PI/TC*. Demanda de inconstitucionalidade interpuesta por más de 5,000 ciudadanos, contra el artículo 3º de la Ley 28705 —Ley General para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco, 20.03.2012. Disponível em: [tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00032-2010-AI.pdf]. Acesso em: 04.01.2020.
- PHILIP MORRIS INTERNATIONAL. *2018 annual report*. Disponível em: [philipmorrisinternational.gcs-web.com/static-files/824f3f55-f97f-4f8f-bcb8-d00aa4dc65b1]. Acesso em: 06.01.2020.
- RIVERA, Humberto Cantú. Some remarks on the third sessions of the Business and Human Rights Treaty Process and the 'Zero Draft'. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 24-40, 2018.
- RIVERA, Humberto Cantú. Empresas de seguridad privada y derechos humanos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 3, p. 75-92, 2019.
- SOUZA CRUZ. *Nossa história*. Disponível em: [www.souzacruz.com.br/group/sites/SOU_AG6LVH.nsf/vwPagesWebLive/DOAG7DXA]. Acesso em: 05.01.2020.
- UNITED NATIONS. Digital library. *Commission on Transnational Corporations: report on the special session, 7-18 March and 9-21 May 1983*. p. 12-27. Disponível em: [digitallibrary.un.org/record/204950?ln=en]. Acesso em: 29.12.2019.
- UNITED NATIONS. Digital library. *Guiding principles on business and human rights: implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' framework*,

- 21.03.2011. Disponível em: [digitallibrary.un.org/record/705860?ln=en]. Acesso em: 29.12.2019.
- UNITED NATIONS. Digital library. *Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights*, 2003. Disponível em: [digitallibrary.un.org/record/501576]. Acesso em: 29.12.2019.
- UNITED NATIONS. Digital library. *Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights*, 07.04.2008. Disponível em: [digitallibrary.un.org/record/625292?ln=en - record-files-collapse-header]. Acesso em: 29.12.2019.
- UNITED NATIONS. Digital library. *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, John Ruggie, 17.02.2007. Disponível em: [digitallibrary.un.org/record/594238?ln=en]. Acesso em: 29.12.2019.
- UNITED NATIONS. General Assembly. Human Rights Council. *Resolution 17/4*. Human rights and transnational corporations and other business enterprises, 06.07.2011. Disponível em: [undocs.org/en/A/HRC/RES/17/4]. Acesso em: 30.12.2019.
- UNITED NATIONS. General Assembly. Human Rights Council. *Resolution 26/9*. Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, 14.07.2014. Disponível em: [undocs.org/A/HRC/RES/26/9]. Acesso em: 30.12.2019.
- UNITED NATIONS. General Assembly. Human Rights Council. *Resolution 60/251*. Human Rights Council, 15.03.2006. Disponível em: [documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/502/66/PDF/N0550266.pdf?OpenElement]. Acesso em: 07.04.2020.
- UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Brief historic overview of the Commission on Human Rights*. Disponível em: [www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CHR/BriefHistoric.doc]. Acesso em: 07.04.2020.
- UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*. Disponível em: [www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf]. Acesso em: 08.01.2020.
- UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights*. Disponível em: [www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOnTNC.aspx]. Acesso em: 30.12.2019.

URIARTE, Oscar Ermida. Deslocalización, globalización y derecho del trabajo. *IUSLabor*, n. 1, 2007. Disponível em: [www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/download/57944/68007]. Acesso em: 09.01.2020.

Legislação

BRASIL. Decreto 5.658, de 2 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, adotada pelos países membros da Organização Mundial de Saúde em 21 de maio de 2003 e assinada pelo Brasil em 16 de junho de 2003. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5658.htm]. Acesso em: 03.01.2020.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm]. Acesso em: 05.01.2020.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm]. Acesso em: 05.01.2020.

Jurisprudência

BRASIL. Justiça Federal (Seção Judiciária do Rio Grande do Sul). Despacho/decisão. Processo 5030568-38.2019.4.04.7100/RS. 1ª Vara Federal de Porto Alegre, 04.02.2020. Disponível em: [www2.jfrs.jus.br/consulta-processual/]. Acesso em: 06.02.2020.

BRASIL. Justiça Federal (Seção Judiciária do Rio Grande do Sul). Petição inicial. Processo 5030568-38.2019.4.04.7100/RS. 1ª Vara Federal de Porto Alegre, 19.07.2019. Disponível em: [www2.jfrs.jus.br/consulta-processual/]. Acesso em: 03.01.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Acórdão. HDE 410/EX. Relator: Min. Benedito Gonçalves, 20.11.2019. Disponível em: [scon.stj.jus.br/SCON/]. Acesso em: 07.01.2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (28ª Câmara). Acórdão. Apelação 0022990-59.2012.8.26.0003. Relator: Mário Chiuvite Junior, 23.02.2016. Disponível em: [esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1]. Acesso em: 07.01.2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (4ª Turma). Despacho/decisão. Agravo de instrumento 5035329-72.2019.4.04.0000/RS. Relatora: Maria Isabel Pezzi Klein, 21.08.2019. Disponível em: [www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_pesquisa&seq=120|868]. Acesso em: 05.01.2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (4ª Turma). Despacho/decisão. Agravo de instrumento 5035403-29.2019.4.04.0000/RS. Relatora: Maria Isabel Pezzi Klein, 21.08.2019. Disponível em: [www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_pesquisa&seq=120|868]. Acesso em: 05.04.2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (4ª Turma). Despacho/decisão. Agravo de instrumento 5006560-20.2020.4.04.0000/RS. Relator: Ricardo Teixeira do Valle Pereira, 12.03.2020. Disponível em: [www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_pesquisa&seq=120|868]. Acesso em: 06.04.2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (4ª Turma). Despacho/decisão. Agravo de instrumento 5006590-55.2020.4.04.0000/RS. Relator: Ricardo Teixeira do Valle Pereira, 12.03.2020. Disponível em: [www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_pesquisa&seq=120|868]. Acesso em: 06.04.2020.



PESQUISA DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Processual; Civil; Direitos Humanos

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- A responsabilização internacional de corporações por violação de direitos humanos: o caso das prisões nos Estados Unidos, de Daniel Barcelos Vargas e Maria Luiza Belmiro Gomes – *RBCrim* 166/347-376.

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

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 indubitoso 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. 21-42, abr.-jun. 2005.
- CALAMANDREI, Piero. *Procedure and efficiency*. 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 Hendu*, 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.

EXCLUSIVO - PROIBIDA A VEICULAÇÃO

Diagramação eletrônica:

Thomson Reuters Brasil

Impressão e encadernação:

Forma Certa Gráfica Digital Ltda., CNPJ 07.691.829/0001-27

EXCLUSIVO - PROIBIDA A VEICULAÇÃO