

ARTHUR RAMOS DO NASCIMENTO  
IGOR PAULATTI PIZARRO VIEIRA  
(organizadores)

# DEMOCRACIA E CONSTITUIÇÃO

REFLEXÕES PARA O  
DEBATE JURÍDICO NO SÉCULO XXI

 editora  
LiberArs

# **DEMOCRACIA E CONSTITUIÇÃO:**

REFLEXÕES PARA O  
DEBATE JURÍDICO NO SÉCULO XXI

**Comitê Científico**

Ary Baddini Tavares  
Andrés Falcone  
Alessandro Octaviani  
Daniel Arruda Nascimento  
Eduardo Saad-Diniz  
Francisco Rômulo Monte Ferreira  
Isabel Lousada  
Jorge Miranda de Almeida  
Marcelo Martins Bueno  
Miguel Polaino-Orts  
Maurício Cardoso  
Maria J. Binetti  
Michelle Vasconcelos Oliveira do Nascimento  
Paulo Roberto Monteiro Araújo  
Patricio Sabadini  
Rodrigo Santos de Oliveira  
Sandra Caponi  
Sandro Luiz Bazzanella  
Tiago Almeida  
Saly Wellausen



ARTHUR RAMOS DO NASCIMENTO  
IGOR PAULATTI PIZARRO VIEIRA

(organizadores)

**DEMOCRACIA E CONSTITUIÇÃO:**  
REFLEXÕES PARA O  
DEBATE JURÍDICO NO SÉCULO XXI

1ª edição

LiberArs  
São Paulo – 2020

*Democracia e constituição: reflexões para o debate jurídico no século XXI*

© 2020, Editora LiberArs Ltda.

Direitos de edição reservados à  
Editora LiberArs Ltda

ISBN 978-65-86123-94-4

**Editores**

Fransmar Costa Lima

Lauro Fabiano de Souza Carvalho

**Revisão técnica**

Cesar Lima

**Imagem da capa:**

J.R. Korpa

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D383            Democracia e Constituição: reflexões para o debate jurídico no século XXI / organizado por Arthur Ramos do Nascimento, Igor Paulatti Pizarro Vieira. - São Paulo, SP : Editora Liber Ars, 2020.  
286 p. ; e-book; PDF, 3,2Mb

Inclui bibliografia e índice.

ISBN: 978-65-86123-94,4

1. Direito. 2. Direito constitucional. 3. Democracia. I. Nascimento, Arthur Ramos do. II. Vieira, Igor Paulatti Pizarro. III. Título.

CDD 342

CDU 342

Todos os direitos reservados. A reprodução, ainda que parcial, por qualquer meio, das páginas que compõem este livro, para uso não individual, mesmo para fins didáticos, sem autorização escrita do editor, é ilícita e constitui uma contrafação danosa à cultura.

Foi feito o depósito legal.

**Editora LiberArs Ltda**

[www.liberars.com.br](http://www.liberars.com.br)

[contato@liberars.com.br](mailto:contato@liberars.com.br)

*Desconfiai do mais trivial, na aparência singelo. E examinai, sobretudo, o que parece habitual. Suplicamos expressamente: não aceiteis o que é de hábito como coisa natural, pois em tempo de desordem sangrenta, de confusão organizada, de arbitrariedade consciente, de humanidade desumanizada, nada deve parecer natural, nada deve parecer impossível de mudar.*

*(Bertold Brecht)*

## AGRADECIMENTOS

A gratificante experiência de organizar um livro coletivo certamente se caracteriza pela presença das pessoas que compartilham desse momento conosco, que transformam nossa percepção individual de mundo através da partilha de suas enriquecedoras pesquisas científicas. Por isso, prestamos o primeiro agradecimento a esses autores e autoras que nos acompanharam na presente obra e acreditaram no projeto inicial.

Mais uma vez é necessário reafirmar que a realização da publicação não teria sido possível sem o apoio financeiro oferecido pela Fundação Universidade Federal da Grande Dourados e da Pró-Reitoria de Ensino de Pós-Graduação e equipe de servidores. É preciso reconhecer a preocupação dos envolvidos com a construção de uma universidade pública e gratuita, bem como o seu compromisso com a pesquisa em suas diferentes dimensões.

Agradecemos também ao Prof. Dr. Gustavo de Souza Preussler pelo gentil aceite em prefaciar a obra e apresentar seu olhar sobre o projeto. Seu exemplo como pesquisador, professor e gestor atuante na Universidade Federal da Grande Dourados é sempre uma grande inspiração.

Por último e não menos importante, estendemos nosso agradecimento aos(as) leitores(as) pelo apoio investido na apreciação desse projeto coletivo. Esperamos que esse livro possa ser uma companhia nesse caminho que simboliza o estudo da Ciência Jurídica hodiernamente.

Arthur Ramos do Nascimento  
Igor Paulatti Pizarro Vieira  
Organizadores

# SUMÁRIO

<b>PREFÁCIO</b> .....	11
<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	13
<b>(RE)PENSANDO A PARTICIPAÇÃO NOS PROCESSOS ESTRUTURAIS: UMA PONTE ENTRE A EFETIVIDADE E A FLEXIBILIDADE</b> LUIS MIGUEL ROA FLORENTIN MURILO CARRARA GUEDES.....	19
<b>A PSICOLOGIA DO AUTORITARISMO: CONSIDERAÇÕES SOBRE OS RISCOS À DEMOCRACIA BRASILEIRA NO INÍCIO DO SEC. XXI</b> EZEQUIAS FREIRE MILAN.....	39
<b>NADA SEM ELAS, TODOS POR ELAS: A IGUALDADE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL DA MULHER, A LUTA QUE NÃO CESSA</b> LUNA STIPP EDINILSON DONISETTE MACHADO.....	53
<b>A OMISSÃO DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO NO ESTABELECIMENTO DE REGRAS DE CONVERSÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO DA PESSOA TRANSGÊNERO</b> EDUARDA FERNANDES OLSEN GABRIEL VIEIRA TERENCE RENATO ALEXANDRE DA SILVA FREITAS.....	67
<b>A CRISE CONSTITUINTE BRASILEIRA: UMA CONSTITUIÇÃO “CIDADÃ” DELINEADA POR MÃOS DITATORIAIS E INTERESSES OLIGÁRQUICOS</b> LUIZ FERNANDO KAZMIERCZAK PAULA CRISTINA SANTOS PIRENEUS RAFAEL BULGAKOV KLOCK RODRIGUES.....	89

**DISTOPIAS E A (DES)PROTEÇÃO DE DIREITOS  
HUMANO-FUNDAMENTAIS E O “PREÇO” DA SEGURANÇA EM  
TEMPOS DE CRISE: O RETROCESSO DE DIREITOS DE MINORIAS  
NO CONTEXTO DO FILME “V DE VINGANÇA”**

ARTHUR RAMOS DO NASCIMENTO

JOÃO ÉDER FURLAN FERREIRA DE SOUZA

FERNANDO DE BRITO ALVES.....103

**O PODER JUDICIÁRIO ATOR PRINCIPAL DA JUDICIALIZAÇÃO:  
UMA ANÁLISE SOBRE O COMPORTAMENTO DO STF E SUAS  
REPERCUSSÕES NO CASO DA SAÚDE**

ALESSANDRA BRUSTOLIN.....115

**DIREITO AO ESQUECIMENTO:  
HISTÓRICO E DESAFIOS NA ERA DA INFORMAÇÃO**

LETICIA HORBACH GONÇALVES.....133

**PRIVACIDADE VS. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO NA ERA DO BIG DATA  
– A INSUFICIÊNCIA DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PARA A  
PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

LEONARDO MARIOZI RUSSI.....145

**EDUCAÇÃO INDÍGENA: A DISSONÂNCIA ENTRE ORDENAMENTO  
JURÍDICO E REALIDADE FÁTICA COMO MECANISMO DE OPRESSÃO**

JOÃO PEDRO DOS REIS PRADO

RAPHAEL PRIETO DOS SANTOS

WELLINGTON HENRIQUE ROCHA DE LIMA.....159

**UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL ACERCA DA VEDAÇÃO DA  
LAVRATURA DE ESCRITURA PÚBLICA DECLARATÓRIA DE  
UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA**

FLAVIANE SCHIEBELBEIN

LUÍS FERNANDO SCHIEBELBEIN .....175

**CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO:  
DESAFIOS E PERSPECTIVAS**

VLADIMIR BREGA FILHO

MOACYR MIGUEL DE OLIVEIRA .....195

**A IMPRESCINDIBILIDADE DO JUIZ DAS GARANTIAS PARA  
A REDUÇÃO DE DANOS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

IGOR PAULATTI PIZARRO VIEIRA.....219

**A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O DIREITO PENAL:  
A PROPORCIONALIDADE NO CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAS**

MICHAEL PROCOPIO RIBEIRO ALVES AVELAR.....245



# PREFÁCIO

*(ou crítica da racionalidade pós-democrática)*

Acredito que a tarefa de um prefaciador é estabelecer um questionamento que norteará o leitor na leitura da obra prefaciada.

Vivemos em uma democracia? Gostaria que o leitor das páginas que se-guem tenha este questionamento em mente.

A obra vem em um bom momento, pois em bom momento não vivemos. Contudo, não é correto igualar os motivos determinantes desta penumbra democrática que nos encontramos a todos os movimentos de extrema direita, há pontos de convergência entre eles, mas de não-simetria em outras situações.

Assim, há alguns aspectos que devemos ressaltar para entendermos a nossa contemporaneidade:

O primeiro aspecto é que países que foram governados por pautas mais inclusivas, agora estão mais fadados à reação de uma grande massa esquecida. Francis Fukuyama (2019) denomina isso de *Políticas do Ressentimento*, consistente no fato de que a classe média, branca, hétero, cristã ou neopentecostal (no caso brasileiro) ou protestante (no caso dos EUA) foi, de certa maneira, deixada de fora das pautas de governos de esquerda, em relação às outras grandes massas de excluídos: mulheres, negros, pobres e grupos LGBTQ+, por exemplo.

O segundo aspecto é o esgotamento da política denominada de tradicional. O desestímulo à participação política não é algo novo, Jacques Rancière (2014) menciona que a ideia de ódio à democracia é tão antiga como a democracia em si. Trata-se da substituição do ódio à política pela política de ódio, não raras vezes acompanhada de movimentos religiosos conservadores e discursos reacionários.

O terceiro aspecto é composto pelas crises que impulsionam esta forma de governo que pode ser observada na atualidade. Bem da verdade é uma nova fase da chamada nova racionalidade, mencionada por Michel Foucault (1979) em *O nascimento da Biopolítica*. O neoliberalismo nunca se adaptou ao regime democrático, pois são conceitos contraditórios. Não podemos falar em democracia e a sua coexistência com um regime neoliberal excludente. Todo o sistema econômico tem a capacidade de reestruturar a anatomia de governo de determinado Estado. Nasce, assim, das cinzas do liberalismo democrático uma nova forma de

agir (anti)democrática e, por sua vez, uma refundação do Estado, agora denominado Estado Pós-democrático.

O Estado Pós-democrático é norteado por uma nova fase do neoliberalismo, um momento líquido (Bauman, 1999), plástico (Laval; Dardot, 2016), consistente no fato que os direitos e garantias - regras jurídicas do tudo ou nada - sofrem relativização. Esta nova fase é decorrente de uma racionalidade política mundial que se capilariza no sujeito e nas instituições, que saiu da esfera da lógica produtiva. Esta tem dois aspectos: lógica da concorrência e lógica da empresa.

Esta fase do neoliberalismo (pós-democrática), se fortalece e se intensifica nos momentos de crise. Responde, assim, a lógica do sistema, mediante austeridade, redução de salários e aumento de contribuições. Se alimenta de crises, econômica, social e sanitária e de conflitos sociais, também denominados de “raiva social”. Para dar vazão a esta raiva se faz necessária uma forma de pulsão. A estrutura burocrática para o fim de expiação do mal da sociedade é o sistema de justiça criminal, o ataque às universidades públicas, o desmantelamento da administração pública, a privatização de serviços essenciais, a corrosão do meio ambiente, o negacionismo científico e combate à levantes populares (em especial o antifascista e o antirracista) com discursos de lei e ordem.

O neoliberalismo pós-democrático, desta forma, gerou o que se pode denominar de desfiliação à comunidade política, um verdadeiro ódio à política e uma consolidação de uma política de ódio, também denominada de refiliação etnoidentitária, fundada na projeção. Assim, incutiu no imaginário coletivo os estereótipos e a concentração da pulsão vingativa/projeção do medo de determinado grupo de pessoas: os bodes expiatórios das crises econômicas (programas sociais de inclusão), sociais (acessibilidade dos mais pobres aos bens de consumo e de saber) e política (leis/justiçamento contra a corrupção). O capitalismo periférico, com a sua grande capacidade para a exclusão social e para guerras civis, militares, ideológicas, sempre pautadas no *alter* (no outro) como objeto de neutralização, confere à vítima expiatória uma perspectiva pós-moderna, fria, desumana, objetiva e racional.

Neste momento de penumbra, em que a democracia é atacada, espero que a presente obra lance luz e resgate os direitos e garantias constitucionais da escuridão pós-democrática.

Gustavo de Souza Preussler  
Professor Adjunto da Universidade Federal da Grande Dourados  
Dourados (MS), setembro de 2020.

## APRESENTAÇÃO

A pesquisa científica se traduz em uma das principais funções da Universidade, especialmente quando pública e gratuita. Nessa linha, a pesquisa é uma forma de fomentar o avanço do conhecimento científico e de suas respectivas áreas, agregando diversas perspectivas acerca de problemáticas inerentes ao desenvolvimento da sociedade.

Por outro lado, a Ciência Jurídica, habitualmente reconhecida como uma área mais afeita aos saberes da prática forense e aos rigores da lei, quando ligada à pesquisa, se torna surpreendentemente frutífera em possibilidades de progresso. É preciso, portanto, que o Direito, especialmente no âmbito da Universidade, aceite e assumam a sua função de espaço dialético de provocação da curiosidade e da assunção de responsabilidades sobre os dilemas sociais que demandam soluções jurídicas.

Com base no exposto e cumprindo a função de produção e disseminação de conhecimento que se espera de uma universidade pública e gratuita, a Pró-Reitoria de Ensino de Pós-Graduação e Pesquisa da Fundação Universidade Federal da Grande Dourados lançou o EDITAL PROPP Nº 36, DE 07 DE JULHO DE 2020 - PROGRAMA DE APOIO À PESQUISA DA UFGD – UNIDADES ACADÊMICAS, para a Faculdade de Direito e Relações Internacionais da UFGD. A acertada proposta institucional é de promover a “expansão das atividades de pesquisa, a ampliação da produção científica de elevada qualidade e o fortalecimento dos Programas de Pós-graduação da UFGD”.

Essa obra coletiva é, também, resultado dos trabalhos e vínculos em construção do Grupo de Pesquisa “Democracia, Constituição e Direitos Humanos-fundamentais” (cadastrado no Diretório de Pesquisa - CNPq) que oportunizou a participação no mencionado edital através do projeto de pesquisa *BACKLASH, CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: comportamento judicial, minorias e grupos vulneráveis nas sociedades contemporâneas* (devidamente cadastrado na Coordenadoria de Pesquisa /PROPP/UFGD). Prioriza-se, dessa forma, o fortalecimento de *pontes interinstitucionais* de pesquisa, que tragam para a comunidade acadêmica da UFGD novos olhares e contatos, e, ao mesmo tempo, amplie os horizontes dos pesquisadores com essa proposta. É uma preocupação dos organizadores que a pesquisa jurídica na (e com a) UFGD seja melhor percebida pela comunidade jurídica nacional.

Esse projeto de obra coletiva se apresenta como um espaço de disseminação de pesquisas, de construção de uma rede colaborativa de olhares, pesquisadores e instituições, mas também como um espaço de construção e fortalecimento de afetos. Desde a organização da obra até a participação dos pesquisadores se deu por convite e em razão da confiança dos organizadores na competência das mentes que compõe os capítulos do livro. A obra conta com trabalhos de estudantes do curso de Direito da UFGD, mas também de egressos, mestres formados pela universidade, pesquisadores de outras instituições que possuem um vínculo colaborativo com os organizadores na construção de um ensino e pesquisa jurídicos mais plurais e democratizados.

O primeiro capítulo (*RE)PENSANDO A PARTICIPAÇÃO NOS PROCESSOS ESTRUTURAIS: uma ponte entre a efetividade e a flexibilidade*, de autoria de Luis Miguel Roa Florentin e Murilo Carrara Guedes, aborda o conceito de processo estrutural, trazendo à baila o debate sobre a conciliação da atuação jurisdicional com a imprescindibilidade da reforma de algumas estruturas burocráticas. Dessa forma, empregando o método dialético, o capítulo examina a organização das “partes” do processo estrutural em classes ou em comitê como um método de racionalizar a participação das múltiplas partes, de modo que a legitimidade democrática da decisão estrutural seja potencializada.

O segundo capítulo, denominado de *A PSICOLOGIA DO AUTORITARISMO: considerações sobre os riscos à democracia brasileira no início do sec. XXI*, de autoria de Ezequias Freire Milan Resumo, analisa a origem e a manutenção de sentimentos autoritários no seio brasileiro, a partir de um referencial teórico vinculado à Ciência Política e à Psicanálise. Assim, com base no estudo do constitucionalismo histórico e comparado sobre as aparentes transformações em vários regimes democráticos pelo mundo, o capítulo aponta, de maneira introdutória e preliminar, a existência de supostas ligações entre movimentos inconscientes de agregação sócio-libidinal movidas por aquele que parece ser o afeto político central nas relações humanas; o medo.

O capítulo seguinte, intitulado de *NADA SEM ELAS, TODOS POR ELAS: a igualdade como um direito fundamental da mulher, a luta que não cessa*, de autoria de Luna Stipp e Ednilson Donisete Machado, examina, a partir do método dedutivo e da análise de dados, os avanços nas conquistas de direitos e inserção social da mulher. Desse modo, utilizando uma abordagem interdisciplinar e uma verificação histórica sobre as barreiras sociais, culturais e políticas a serem superadas pelas mulheres, o artigo conclui que o preconceito imbricado ainda é protagonista na sociedade atual, sendo propagado tanto pelos homens quanto pelas próprias mulheres.

A obra também conta com o capítulo *A OMISSÃO DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO NO ESTABELECIMENTO DE REGRAS DE CONVERSÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO DA PESSOA TRANSGÊNERO*, de autoria de Eduarda

Fernandes Olsen, Gabriel Vieira Terenzi e Renato Alexandre da Silva Freitas, o qual expõe a invisibilidade de pessoas transgêneros em face da seguridade social. Nessa linha, o capítulo traça as perspectivas para o futuro do sistema de Seguridade Social no Brasil, de forma com que haja respeito com as minorias e reconhecimento dos indivíduos transexuais, bem como seu enquadramento na regulamentação previdenciária. A partir desse panorama, o capítulo passa a refletir como a Lei nº 8.213/91 pode ser ajustada para se amoldar aos conceitos atuais de gênero, flexibilizando os dispositivos legais para que seja levado em consideração o gênero com que a pessoa se identifica, e não o do seu nascimento, independente da cirurgia de redesignação sexual.

O capítulo *A CRISE CONSTITUINTE BRASILEIRA: uma constituição “cidadã” delineada por mãos ditatoriais e interesses oligárquicos*, de autoria de Luiz Fernando Kazmierczak, Paula Cristina Santos Pireneus e Rafael Bulgakov Klock Rodrigues, debate sobre a concepção de “crise constituinte” a partir da obra do jurista Paulo Bonavides, e seu desenvolvimento, analisando, por conseguinte, uma parte do processo da constituinte de 1987, do seu momento inicial, qual seja, a mensagem presidencial de José Sarney, que veio a se tornar a Emenda Constitucional n. 26/1985 até a publicação do Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte, em 25 de março de 1987, e, por fim, revisita a formação do Partido Democrático Social – PDS – como representante da Ditadura Militar na Constituinte. Empregando o método histórico e o dialético, o capítulo conclui que a participação de constituintes ligados ao governo militar influenciou a divisão das comissões e subcomissões temáticas da constituinte, podendo ter incidido na minoração de direitos e garantias individuais.

O capítulo *DISTOPIAS E A (DES)PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS-FUNDAMENTAIS E O “PREÇO” DA SEGURANÇA EM TEMPOS DE CRISE: o retrocesso de direitos de minorias no contexto do filme “V de Vingança”*, de autoria de Arthur Ramos do Nascimento, João Éder Furlan Ferreira de Souza e Fernando de Brito Alves, analisa criticamente a teoria jurídica frente à movimentos (e fenômenos) da realidade à luz das reflexões sobre os direitos humanos e a tutela dos direitos de minorias, dentro dessas dinâmicas. O objetivo do capítulo é refletir sobre a fragilidade de direitos fundamentais de grupos de minorias em cenários de crise, usando como pano de fundo o filme “V de Vingança” com destaque para algumas narrativas de humanização e alteridade, como a famosa carta de Valerie Page que é peça fundamental na perspectiva das minorias. Diante dessa perspectiva, o capítulo demonstra que o cenário brasileiro (mas também mundial) apresenta um horizonte de preocupação e de sérias ameaças para os grupos de minoria, não como uma visão pessimista, mas como um apontamento que é necessário lutar e desenvolver mecanismos sérios e efetivos de tutelas desses grupos marginalizados.

O capítulo *O PODER JUDICIÁRIO ATOR PRINCIPAL DA JUDICIALIZAÇÃO: uma análise sobre o comportamento do STF e suas repercussões no caso da saúde*,

de autoria de Alessandra Brustolin, examina como o poder judiciário brasileiro e, especialmente, o seu órgão de cúpula (Supremo Tribunal Federal – STF) tem ocupado o papel de destaque no cenário institucional nos últimos anos. Assim, a finalidade do capítulo é a de analisar a atuação do judiciário como ator principal no controle judicial das políticas públicas e, especificamente, o comportamento do STF e suas repercussões no âmbito da saúde.

O capítulo seguinte, intitulado de *DIREITO AO ESQUECIMENTO: histórico e desafios na Era da Informação*, de autoria de Leticia Horbach Gonçalves, aborda o direito ao esquecimento como uma ferramenta primordial para a garantia da privacidade dos indivíduos no cenário hodierno. Destarte, utilizando a metodologia da revisão bibliográfica e documental, o capítulo analisa o direito ao esquecimento como um direito fundamental que deve ser ponderado no caso concreto, a fim de que não viole o direito à liberdade de expressão e/ou a informação.

O capítulo *PRIVACIDADE VS. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO NA ERA DO BIG DATA: a insuficiência da lei geral de proteção de dados para a proteção de direitos fundamentais*, de autoria de Leonardo Mariozi Russi, busca analisar o papel da captação e do tratamento de dados pessoais no contexto do capitalismo informacional, com suas repercussões que podem representar avanços tecnológicos e retrocessos sociais, principalmente no que tange à relativização de direitos fundamentais. Nessa linha, abordando a manipulação e modulação de necessidades, atividades potencializadas pelo Big Data, o capítulo examina as formas pelas quais o ordenamento jurídico busca regular tais atividades e proteger direitos e garantias individuais, tarefa que esbarra na amplitude daquilo que a Lei Geral de Proteção de Dados conceituou dado pessoal.

O capítulo seguinte, intitulado de *EDUCAÇÃO INDÍGENA: a dissonância entre ordenamento jurídico e realidade fática como mecanismo de opressão*, de autoria de João Pedro dos Reis Prado, Raphael Prieto dos Santos e Wellington Henrique Rocha de Lima, discorre como a dissonância entre o ordenamento jurídico brasileiro e a realidade fática, no que tange à educação no país, resulta na perpetuação da negação da dignidade humana aos povos indígenas. Dando ênfase às estratégias de comparação e subsunção, o capítulo faz uma apresentação dos fatos e do sistema legal vigente para chegar às conclusões a respeito da construção de uma democracia de todas e todos.

O capítulo *UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL ACERCA DA VEDAÇÃO DA LAVRATURA DE ESCRITURA PÚBLICA DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA*, de autoria de Flaviane Schiebelbein e Luís Fernando Schiebelbein, aborda a vedação da escritura pública declaratória de união estável poliafetiva, levando em consideração a decisão emanada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na data de 26 de junho de 2018. Assim, utilizando o método dedutivo, o presente capítulo analisa, sob o aspecto constitucional, a violação do Direito à Personalidade e a Vida Privada referente a proibição das declarações de constituição de uniões estáveis poliafetivas.

O capítulo *CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO:*

*desafios e perspectivas*, de autoria de Vladimir Brega Filho e Moacyr Miguel de Oliveira, objetiva compreender o instituto do controle de convencionalidade e sua aplicação no Direito brasileiro, tomando como base as doutrinas jurídicas, os artigos científicos e as jurisprudências das Cortes Internacionais e dos Tribunais Superiores do Brasil. Nesse sentido, o capítulo apresenta uma proposta de interpretação e aplicação do controle de convencionalidade pelos juízes e tribunais brasileiros, aplicando os precedentes da jurisprudência brasileira e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O capítulo *A IMPRESCINDIBILIDADE DO JUIZ DAS GARANTIAS PARA A REDUÇÃO DE DANOS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO*, de autoria de Igor Paulatti Pizarro Vieira, aborda a (des)necessidade da implementação do instituto do juiz das garantias, previsto na Lei nº 13.964/2019, para a intensificação da proteção das garantias processuais constitucionais e minimização da permeabilidade inquisitória da jurisdição penal brasileira. Dessa forma, o capítulo analisa, sob a ótica da epistemologia garantista de Ferrajoli, quais danos podem ser potencialmente reduzidos com a inserção do juiz das garantias no sistema processual penal brasileiro. Ao final, empregando a metodologia da revisão bibliográfica e documental, o capítulo demonstra a indispensabilidade da implementação da figura do juiz das garantias para a preservação da imparcialidade jurisdicional e para o fortalecimento do sistema acusatório no ordenamento processual penal brasileiro.

O capítulo final, denominado de *A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O DIREITO PENAL: a proporcionalidade no controle de constitucionalidade das leis penais*, de autoria de Michael Procopio Ribeiro Alves Avelar, busca investigar o papel da jurisdição constitucional no Direito Penal, a partir dos dogmas da separação de poderes e a supremacia da Constituição. O enfoque do capítulo é feito com base no postulado da proporcionalidade como critério para análise da constitucionalidade das normas penais, contrapondo-se a proteção ao bem jurídico pela norma penal ao direito constitucional à liberdade. Ao final do artigo, são propostos parâmetros mais objetivos de aplicação da proporcionalidade para a jurisdição constitucional em matéria penal.

Feitas as apresentações, almeja-se, sinceramente, que o(a) leitor(a) encontre no presente livro um companheiro de pesquisa e reflexões. Que o livro também ofereça novos referenciais, autores e autoras, para pesquisas futuras e a apresentação de uma nova geração de mentes comprometidas e dedicadas à pesquisa jurídica.

Boa leitura!

Arthur Ramos do Nascimento e Igor Paulatti Pizarro Vieira (orgs)



# (RE)PENSANDO A PARTICIPAÇÃO NOS PROCESSOS ESTRUTURAIS: UMA PONTE ENTRE A EFETIVIDADE E A FLEXIBILIDADE

LUIS MIGUEL ROA FLORENTIN<sup>1</sup>  
MURILO CARRARA GUEDES<sup>2</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

De tempos em tempos, é necessário repensar os paradigmas para que a ciência não deixe de trilhar no horizonte do infinito o caminho da evolução e da verdade. A mesma máxima deve ser aplicada ao direito, que evolui de forma contínua (talvez não constante e tampouco célere) em um esforço incansável de tentar atender aos anseios sociais. E o mesmo também deve ser dito a respeito do processo, que deve sempre ser uma ferramenta útil para que a sociedade possa exercer os direitos que lhe são assegurados pelo Estado.

Na mesma medida em que a concepção dos direitos evolui, deve o processo tentar acompanhar, transformando-se e revolucionando-se com o fim de apresentar técnicas que efetivamente sejam ferramentas eficientes para tutelar os direitos cada vez mais complexos que vivem no seio da constituição.

Com isso em mente, trabalhou-se o conceito de processo estrutural, que é uma concepção relativamente “moderna” de como conciliar a atuação jurisdicional com a necessidade de “reformular” algumas estruturas burocráticas, sejam elas públicas ou privadas, as quais, em razão da forma como são organizadas, tem potencial para gerar violação de direitos (que podem, até mesmo, já estar ocorrendo). Processos que tratem de reformas carcerária, educacional, saúde pública e meio ambiente são usualmente utilizados como exemplos de processos estruturais.

---

<sup>1</sup> Advogado ativista da área de Direito de Insolvência. Bacharel em Direito pela UFGD e Mestrando em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Diretor acadêmico do Instituto de Direito de Recuperação de Empresas (IDRE). Advogado-sócio da Banca especializada em Direito de Insolvência “ASantos Advogados associados”. E-mail: luismiguel\_rf21@hotmail.com

<sup>2</sup> Escrivão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Especialista em Direito Processual Civil pela ABDCONST. Mestrando em Direito das Relações Sociais pela UFPR.

Essa modalidade processual propõe-se a realizar uma reforma ampla e efetiva em questões de interesse público a partir de um processo flexível e organizado em etapas, sob uma supervisão contínua do magistrado, quebrando totalmente com a concepção binária dos processos cíveis tradicionais, no qual o magistrado, via de regra, limita-se a dizer se o autor possui ou não razão.

Ocorre que a “flexibilização” que é realizada nos processos estruturais deve possuir limites, sob pena de serem permitidas arbitrariedades e violações de garantias processuais fundamentais. Por essa razão, os autores propõem-se a realizar uma breve reflexão sobre o contraditório nessa modalidade de processo, sendo que o texto possui um caráter “introdutório” para os que desejam iniciar no estudo dos processos estruturais.

Os processos estruturais representam uma nova forma, racionalizada, de o Poder Judiciário intervir em políticas públicas, assunto originalmente restrito ao Poder Executivo. Em razão da “amplitude” com que o Poder Judiciário passa a influenciar e imiscuir-se no Poder Executivo, o processo estrutural necessita ser teorizado e pensado por processualistas, constitucionalistas e cientistas políticos para afastar qualquer tentativa de crescimento exacerbado de um dos poderes em detrimento dos demais.

Assim, debater processos estruturais está intimamente relacionado com judicialização de políticas públicas, atuação racional do Poder Judiciário, teoria da democracia e do poder e, de forma indireta, mecanismos para tornar direitos sociais efetivos.

## **2. PROCESSO ESTRUTURAL: APRESENTANDO O TEMA**

O primeiro passo a ser dado no estudo dos denominados processos estruturais é contraditório: para construir um conceito acerca dessa modalidade de processo, é necessário desconstruir a noção de processo civil que embasa a formação de todo e qualquer jurista no Brasil. Caso os processos estruturais sejam estudados sob a perspectiva da teoria clássica, serão encontrados diversas incongruências que ameaçam os paradigmas que sustentam a ciência processual cível. Melhor explicando.

A noção tradicional da ciência processual é pensada a partir de uma lógica binária, na qual um sujeito demanda em face de outro por direitos patrimoniais. É interessante que seja ressaltado a questão “patrimonial” no processo civil clássico, uma vez que o pensamento clássico é construído dentro do Estado Liberal pós revolução francesa, no qual o Estado preocupava-se de forma excessiva em proteger a liberdade e o patrimônio dos cidadãos. Nesta altura da ciência processual, os poderes do magistrado eram limitados, principalmente em razão do temor da população de que o Judiciário voltasse a ser um instrumento do executivo para respaldar uma postura absolutista.

É nesse contexto que as características basilares do processo civil nascem: o juiz fica adstrito ao pedido e a causa de pedir; os poderes executórios do magistrado são extremamente reduzidos, sendo a principal função do juiz simplesmente *declarar* o direito; as tutelas reduziam-se a questões pecuniárias, sendo que a possibilidade de o magistrado obrigar um jurisdicionado a fazer ou deixar de fazer algo era uma situação vista com acentuada cautela. Esse é o contexto em que o processo bipolar e pecuniário em que o processo clássico surge<sup>3</sup>.

Ocorre que essa noção de processo civil passa a se demonstrar insuficiente na medida em que as soluções buscadas pelos jurisdicionados encontravam obstáculos na forma como o processo civil estava organizado, surgindo a necessidade de que a ciência do processo civil responda às demandas com medidas mais efetivas e adequadas aos litígios que se apresentavam, sob pena de tutelar de forma insuficiente ou inapropriada. Os paradigmas<sup>4</sup> que sustentaram a noção binária de processo civil passaram, portanto, a ser questionados<sup>5</sup>.

O juiz e do Estado Liberal passa a ser paulatinamente questionado - também - em razão do aumento do comprometimento do Estado com os ditos direitos fundamentais de segunda geração, os quais passaram a ser intimamente ligados com questões de políticas públicas, como saúde e educação. O juiz do Estado liberal possuía uma preocupação restrita aos direitos fundamentais de primeira geração, notadamente a liberdade, fazendo com que tal postura fosse insuficiente

---

<sup>3</sup> “Vale dizer que, no processo tradicional, o juiz realmente está adstrito a “acolher ou rejeitar, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor”, na exata dimensão do que afirma o art. 459, do CPC (LGL\1973\5) brasileiro. A tarefa judicial, portanto, se limita a uma escolha entre duas posições jurídicas: aquela representada pelo autor e aquela outra, dada pelo réu. Ainda que o magistrado perceba que nenhuma dessas duas posições oferece a melhor solução para o problema examinado, não pode ele desviar-se de uma das “propostas” oferecidas pelas partes, nem impor condições ao acolhimento de uma das posições antagônicas postas no processo (art. 460, parágrafo único, do CPC (LGL\1973\5) brasileiro). [...] Diversos outros institutos processuais orbitam a lógica binária acima exposta. A noção de causa de pedir, a definição do *thema probandum* no processo, os limites da coisa julgada material e várias outras figuras têm impregnada na sua essência a marca dessa visão bipolar do processo civil.” (ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. In: Revista de Processo, vol. 225, versão digital, nov. de 2013, p. 2).

<sup>4</sup> Na segunda metade do século XX, Thomas S. Kuhn publicou a sua *magnum opus* e revolucionou – literalmente – a forma como se percebia a evolução científica ao longo da história. Em seu ensaio, KUHN estrutura o seu pensamento a partir do conceito de “paradigma”, para quem este termo representava as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, oferecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência. A noção atribuída aos paradigmas processuais, no presente trabalho, remonta à ideia de KUHN, uma vez que se parte justamente da premissa de que os paradigmas de um processo civil binário são insuficientes para apresentar respostas satisfatórias às complexas questões estruturais e coletivas que são apresentadas ao judiciário. Ver: KUHN, Thomas S. A Estrutura das Revoluções Científicas. São Paulo: Perspectiva, 2000.

<sup>5</sup> “Desde o início, o movimento foi confrontado com o fato de que, para se realizar o intento buscado no processo, havia necessidade de se romper com a estrutura tradicional direito-obrigação-violação-reparação. Indenizar aqueles que sofreram com o ilícito é ineficaz para se atingir o objetivo de realizar o interesse público, porque não se impede que as violações continuem ocorrendo. É preciso tomar a violação como ponto de partida para encontrar formas de cessar o comportamento que a origina ou o contexto estrutural que a favorece.” (VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudança socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Felix (Org). Processos estruturais. 2ª ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2019, p. 271).

para um diálogo efetivo com os direitos fundamentais que passaram a ser objeto de preocupação do Estado<sup>6</sup>.

Com isso, a ciência processual passa a ter um olhar mais atento para a efetividade da norma processual em relação ao direito material tutelado, sendo que termos como “normas abertas”; “tutela específica”<sup>7</sup>; “instrumentalidade do processo”<sup>8</sup>; “técnica processual adequada” e etc., são termos que passam cada vez mais a integrar o discurso de uma tutela jurisdicional e norma processual adequada, em razão da insuficiência da postura da teoria processual e o papel do magistrado no Estado Liberal<sup>9</sup>.

E a necessidade de construir um processo civil efetivo, com técnicas adequadas para tutelar o direito material tutelado, ganha fôlego também em razão da complexidade das relações jurídicas contemporâneas, exigindo do judiciário respostas condizentes com os litígios apresentados. Há conflitos que envolvem uma pluralidade de partes, um litígio dinâmico que se transforma no decorrer do processo, fazendo com que os institutos básicos do processo (como coisa julgada, terceiros, causa de pedir e pedido) sejam necessariamente repensados.

Nesse cenário, é fértil o terreno para que a noção de processos estruturais seja construída como a resposta dada pela ciência processual na tentativa de

---

<sup>6</sup> “O juiz do Estado Liberal não se importava nem um pouco em proteger os menos favorecidos ou sequer estimular uma política pública através do exercício da atividade jurisdicional com o intuito de alcançar uma organização comunitária mais justa. O juiz seguia a “letra da lei” e os seus entendimentos eram inamovíveis, não passando de um texto preciso da lei, porém ditado pelo Poder Judiciário, que, de acordo com o próprio pensador francês, era tido como “um poder terrível entre os homens”. É o ato e julgar uma atividade estritamente intelectual e através dele não se produzia direito novo.

No Estado Liberal clássico, a função jurisdicional era colocada em segundo plano, ou seja, abaixo dos poderes e das atividades executiva e legislativa. Nela verifica-se ainda que, por conta do medo de que os juízes poderiam agir de forma descomedida, deles foram retirados também o poder império, isto é, o de conferir força executiva em suas decisões.” (PINTO, Henrique Alves. *Condução de decisões estruturais pelo código de processo civil de 2015: breve análise teórica e pragmática*. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Felix (Org). *Processos estruturais*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2019, p. 389).

<sup>7</sup> Por todos: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Contra o Ilícito: inibitória e de remoção*, art. 497, parágrafo único, CPC/2015, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>8</sup> A perspectiva instrumentalidade do processo assume o processo civil como um sistema que têm escopos sociais, políticos e jurídicos a alcançar, *rompendo com a ideia de que o processo deve ser encarado apenas pelo seu ângulo interno*. Em termos sociais, o processo serve para persecução da paz social e para educação do povo, no campo político, o processo afirma-se como um espaço para afirmação da autoridade do Estado, da liberdade dos cidadãos e para participação dos atores sociais, no âmbito jurídico finalmente ao processo confia-se a missão de concretizar a “vontade concreta do direito”. (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015., p. 35)

<sup>9</sup> Uma nota é essencial: é evidente que desde o pensamento processual do Estado Liberal até o conceito de “instrumentalidade” e “técnica processual adequada” há um grande salto histórico, sendo que o referido salto é realizado em razão da finalidade do trabalho e não por descuido metodológico, não havendo qualquer intenção, por parte dos autores, de induzir qualquer raciocínio anacrônico. Para uma melhor compreensão da “evolução metodológica” da ciência processual civil, ver: MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003 e MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela Dos Direitos*. 5ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o CPC/2015. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

fornecer tutela às lides que demandam a reforma de determinadas estruturas burocráticas, como presídios, creches, hospitais, sociedades empresarias em recuperação judicial, dentro outras questões que não encontram satisfação em um processo autor-réu<sup>10</sup>.

O processo estrutural deve ser visto como um processo coletivo, multipolar que visa alterar a estrutura de uma entidade pública ou privada<sup>11</sup> que, em decorrência de seu funcionamento, gera danos ou potenciais danos a direitos constitucionais, tendo como consequência um litígio estrutural<sup>12</sup>. Além disso, é necessário que, em um processo estrutural, a atuação dos envolvidos seja realizada com fulcro no futuro<sup>13</sup> e nas consequências dos atos processuais praticados, e não com olhos voltados ao passado, com via de regra ocorre em um processo bipolar<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> “Em resumo, litígios estruturais, para os efeitos do presente estudo, são aqueles que envolvem conflitos multipolares, de elevada complexidade, cujo objetivo é promover valores públicos pela via jurisdicional, mediante transformação de uma instituição pública ou privada. Há necessidade de reorganização de toda uma instituição, com a alteração de seus processos internos, de sua estrutura burocrática e da mentalidade de seus agentes, para que ela passe a cumprir sua função de acordo com o valor afirmado pela decisão.” (VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudança socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Felix (Org). Processos estruturais. 2ª ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2019, p. 271).

<sup>11</sup> “Inclusive, esse fenômeno pode ser percebido não apenas em casos que envolvem tipicamente demandas de caráter público e coletivo, mas até mesmo em litígios mais complexos de caráter privado, como nas desocupações de propriedade particulares, sejam elas localizadas em áreas urbanas ou rurais, ocupadas por membros de movimentos sociais. Desse modo, ao pensar a decisão judicial restrita apenas às seguintes opções: acolher ou rejeitar o pedido do demandante, no todo ou em parte, baseada na classificação declaratória, condenatória ou constitutiva, em que o juiz volta seus olhos para o que já aconteceu, pode-se inferir que a resposta por ele dada aos processos que veiculam demandas que tratam de temas mais plurais, tem-se revelado, sob o ponto de vista de que a tutela jurisdicional busca a pacificação social, bastante insatisfatória.” (PINTO, Henrique Alves. Op. cit., p. 385).

<sup>12</sup> “Litígios estruturais são litígios coletivos decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, usualmente, de natureza pública, opera. O funcionamento da estrutura é que causa, permite ou perpetua a violação que dá origem ao litígio coletivo. Assim, se a violação for apenas removida, o problema poderá ser resolvido de modo aparente, sem resultados empiricamente significativos, ou momentaneamente, voltando a se repetir no futuro.” (VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. In: Revista de Processo, vol. 284, versão digital, out. de 2018, p. 7).

<sup>13</sup> Quanto a necessidade de olhar para o futuro e as consequências práticas dos atos processuais, interessante o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), alterado 13.655.2018: Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

<sup>14</sup> “Processo civil em que se busca a decisão estrutural difere de um processo de litigação tradicional. Não é bipolar, estruturado em duas partes, mas difuso e multifacetário. Como comentado anteriormente, através dele o Judiciário não emite decisão sobre responsabilidade monetária de fatos passados, mas sim uma ordem de natureza injuntiva orientada para o futuro. O judiciário não deduz a ordem, inelutavelmente, da responsabilidade dos litigantes, mas separa o direito dos querelantes de seu remédio.” (PINTO, Henrique Alves. Op. cit., p. 402).

### 3. CARACTERÍSTICAS E FINALIDADE DOS PROCESSOS ESTRUTURAIIS

Após o esforço para apresentar o ambiente em que a teoria dos processos estruturais é desenvolvida, principalmente em contraste aos processos bipolares, bem como demonstrar o *conceito* de um processo estrutural, é interessante que se faça um esforço para identificar as suas características, principalmente em razão de a grande maioria dos operadores do direito serem pouco cientes de seu próprio envolvimento em processos estruturais, em razão do silêncio da doutrina e da jurisprudência acerca dessa modalidade processual<sup>15</sup>. Para tanto, realiza-se uma tentativa de síntese das principais qualidades delineadas pela doutrina:

(i) processo que tem como objeto um litígio estrutural: a principal qualidade de um processo estrutural é a existência de um litígio estrutural. Caso este não esteja presente, há a existência de um processo coletivo simples, não estrutural. A partir da constatação da necessidade de modificar o funcionamento de uma entidade, pública ou privada, em razão da violação (ou potencial violação) de direitos em razão tão unicamente da forma como a estrutura está posta, constata-se a existência de um processo estrutural. São exemplos tipicamente tratados pela doutrina: (a) reforma no sistema prisional<sup>16</sup>; (b) sistema de saúde pública; (c) questões ambientais<sup>17</sup>; (d) questões raciais<sup>18</sup>. No âmbito privado, faz-se menção ao (e) processo de recuperação judicial.

(ii) flexibilidade: em razão da complexidade do objeto do processo estrutural, deve, obrigatoriamente, ser flexível e estar aberto a diversas soluções jurídicas distintas, de acordo com a postura das partes e de acordo com o caminhar dos fatos. Além disso, é necessário que as partes envolvidas estejam atentas até mesmo ao desenvolvimento tecnológico, buscando verificar a possibilidade de alternativas menos onerosas e mais eficientes serem desenvolvidas durante o processo. As decisões estruturais devem se aproximar de uma filmagem e não

---

<sup>15</sup> “Curiosamente, essa é uma revolução silenciosa, pelo menos do ponto de vista prático: ressaltados casos específicos, boa parte dos operadores envolvidos em um processo relativo a um litígio estrutural sequer percebe, conscientemente, sua posição. A teoria brasileira sobre o assunto, desenvolvida pelos estudiosos, apesar de existente, ainda não se pode dizer disseminada.” (VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudança socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Felix (Org). Processos estruturais. 2ª ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2019, p. 270).

<sup>16</sup> VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver* e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Felix (Org). Processos estruturais. 2ª ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2019, p. 501-550.

<sup>17</sup> ARENHART, Sergio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. In: Revista de Processo Comparado. Versão digital. vol 2, jul-dez. de 2015.

<sup>18</sup> JOBIM, Marco Felix; ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas Estruturantes: origem em *Brown V. Board Of Education*. In: In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Felix (Org). Processos estruturais. 2ª ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2019, p. 637-654.

de uma fotografia (como ocorre nos processos binários)<sup>19</sup>, são ciclos ou etapas a serem determinadas pelo magistrado<sup>20</sup>. A flexibilidade intrínseca é a principal responsável por redesenhar os institutos tradicionais do processo civil clássico como o princípio da congruência, a estabilização da demanda, a coisa julgada e a participação de terceiros e medidas executivas atípicas.<sup>21</sup>

(iii) implementação de medidas a partir de um plano elaborado: também em razão da complexidade do problema, caso o magistrado se restrinja a concluir pela razão ou não do autor, não haveria tutela adequada, sendo necessário a elaboração de um “plano de ação”, sendo a implementação do plano acompanhada de perto por parte do Judiciário, sendo constantemente reavaliado para verificar a sua verdadeira efetividade<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> “Assim, o cenário do processo não se expressa como uma fotografia estática, mas como um filme em permanente movimento. A sentença deve refletir essa característica, ou incidirá sobre fatos que já deixaram de existir. Quando se inicia sua implementação, que se protraí no tempo, as atividades executivas geram novas alterações na realidade, não necessariamente no sentido inicialmente desejado pela decisão e, possivelmente, em segmentos sociais não imaginados durante o processo. Finalmente, a circunstância de se obter a efetivação do comando judicial em um momento específico não significa que essa situação será mantida com o passar do tempo.” (VITORELLI, Edilson. *Litígios estruturais: decisão e implementação de mudança socialmente relevantes pela via processual*. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Felix (Org). *Processos estruturais*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2019, p. 306).

<sup>20</sup> “No processo civil que permite a decisão estrutural, tal decisão, conforme ensinado por Owen Fiss, implementar-se-á mediante ciclos decisórios, ou seja, o direito a ser realizado não se concretiza pelo proferir isolado da sentença do juiz, mas sim por ato deste que, ao invés de condenar ou constringir diante da provocação do demandante, fixará em que dimensão o direito foi devidamente violado e, conseqüentemente, quais foram os eventuais prejuízos ao texto constitucional. Feita essa demarcação, será possível traçar alguns meios para que o direito fundamental violado possa ser reparado. E a cada novo ciclo de reparação aos direitos violados é que se perceberá que a condenação, ao ser gradualmente substituída pela negociação e participação dos outros poderes, torna-se uma atividade muito mais adequada para esse tipo de problema que se quer resolver.” (PINTO, Henrique Alves. *Op. cit.*, p. 386).

<sup>21</sup> “Em casos tais é fundamental libertar o magistrado das amarras dos pedidos das partes, uma vez que a lógica que preside os processos estruturais não é a esma que inspira os litígios não estruturais, em que o julgador se põe diante de três caminhos a seguir, quais sejam: o deferimento, o deferimento parcial ou o indeferimento da postulação. A ideia dos processos estruturais é, como visto, a de alcançar uma finalidade, mediante a execução estruturada de certas condutas. Sucede que nem sempre é possível à parte antever todas as condutas que precisam ser adotadas ou evitadas pela parte contrária para alcançar essa finalidade. Muitas vezes isso somente é aferível já no curso do processo.” (DIDIDER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 14ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 596).

<sup>22</sup> “O processo estrutural é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural. Essencialmente, o processo estrutural tem como desafios: 1) a apreensão das características do litígio, em toda a sua complexidade e conflituosidade, permitindo que os diferentes grupos de interesses sejam ouvidos; 2) a elaboração de um plano de alteração do funcionamento da instituição, cujo objetivo é fazer com que ela deixe de se comportar da maneira reputada indesejável; 3) a implementação desse plano, de modo compulsório ou negociado; 4) a avaliação dos resultados da implementação, de forma a garantir o resultado social pretendido no início do processo, que é a correção da violação e a obtenção de condições que impeçam sua reiteração futura; 5) a reelaboração do plano, a partir dos resultados avaliados, no intuito de abordar aspectos inicialmente não percebidos ou minorar efeitos colaterais imprevistos; e 6) a implementação do plano revisto, que reinicia o ciclo, o qual se perpetua indefinidamente, até que o litígio seja solucionado, com a obtenção do resultado social desejado, que é a reorganização da estrutura.” (VITORELLI, Edilson. *Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças*. In: *Revista de Processo*, vol. 284, versão digital, out. de 2018, p. 8)

(iv) multipolaridade: o processo estrutural, ainda, é caracterizado pela multipolaridade, uma vez que as “partes” envolvidas são tantas que não é possível identificar sequer se há, de fato, interesses contrapostos, mas sim interesses que se emaranham de forma irradiada. Além disso, em razão de maioria dos *litígios estruturais* serem questões de políticas públicas, a princípio, é de interesse de todos que tais medidas sejam implementadas, havendo discordância em relação ao momento e a forma de implementação dessas políticas. Por essa razão, estimula-se a postura consensual das partes.

Finalmente, é necessário destacar qual é a finalidade de um processo estrutural: busca adequar um direito material tutelado à realidade. Busca estabelecer um parâmetro a ser alcançado, de modo que a realidade esteja adequada ao que prevê algum diploma legal<sup>23</sup>.

É evidente que tratando dos processos estruturais da forma como foi feita até o momento, certamente não se verificaria nenhum óbice à sua implementação em toda e qualquer política pública, passando o Judiciário a contribuir e a supervisionar a tentativa perpétua de alcançar um estado ideal de direitos. Ocorre que há fortes vozes contrárias aos processos estruturais, fazendo com que a sua adoção seja, no mínimo, controversa, conforme se demonstra na seção seguinte.

#### **4. AS CRÍTICAS AOS PROCESSOS ESTRUTURAIS E A IMPORTÂNCIA DE SEU ESTUDO**

Como tudo no Direito, os processos estruturais não consistem em uma unanimidade, havendo fortes críticas recebidas por parte da doutrina. Essas questões levantadas quanto a essa modalidade processual devem ser analisadas com maior atenção e não como “simples doutrina divergente”. A questão é profunda e justifica um esforço para demonstrar a preocupação de boa parte da doutrina.

Conforme dito anteriormente, a posição do Juiz no Estado Liberal estava restrita a uma simples declaração de conformidade ou não com a Lei. Esse é o período em que o juiz era visto como a “boca da lei”, sendo o judiciário considerado um poder inferior ao executivo e o legislativo<sup>24</sup>. No entanto, com a

---

<sup>23</sup> “O objetivo imediato do processo estrutural é alcançar o estado ideal de coisas – um sistema educacional livre de segregação, um sistema prisional em que sejam asseguradas a dignidade do preso e a possibilidade de ressocialização, um sistema de saúde universal e isonômico, e, também, por exemplo, a preservação da empresa recuperanda. Nesses casos, busca-se remover o estado de desconformidade, promovendo uma transição para o estado de conformidade.” (DIDIDER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 14ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 578).

<sup>24</sup> “Em síntese, ao se deparar com determinado conflito, caberia ao magistrado atuar de maneira rigorosamente restrita às previsões legais aplicáveis. Sem que entrassem no palco aspetos como a pluralidade interpretativa, considerava-se que esse caminho seria o único democraticamente legítimo, conferindo posição de prevalência à legislação escrita. Em seu *conteúdo*, a decisão judicial deveria se limitar à vontade do legislador; e, sua *forma* também deveria observar unicamente as alternativas expressamente previstas no

modificação da concepção do Estado como garantidor de direitos fundamentais de forma ativa (e não somente a partir de uma postura passiva), o Judiciário, enquanto um dos três poderes, vê-se obrigado a adotar uma postura que contribua com o avanço social e a garantia de direitos previstos, notadamente após a Constituição Federal de 1988<sup>25</sup>.

Ocorre que essa nova postura do Judiciário faz com que alguns questionem a violação dos poderes, na concepção clássica de Montesquieu. Segundo originalmente proposto na teoria da Separação dos Poderes, caberia ao executivo determinar questões relacionadas a políticas públicas, bem como executá-las. Ao atribuir, ainda que de forma residual e parcial, essa função ao Judiciário, haveria um esvaziamento do processo democrático, não só por usurpação dos poderes, mas também por dele (Poder Executivo e, também, Legislativo) retirar responsabilidades e obrigações diretas com o *povo*, decorrentes do *voto*, fazendo com que a articulação de grupos com interesses políticos homogêneos se tornem cada vez mais raras e enfraquecidas, ante a alternativa de simples judicialização do litígio (divergência)<sup>26</sup>.

No entanto, essas críticas não devem ser absorvidas em sua integralidade. Em primeiro lugar, porque a concepção de Estado originalmente pensada por Montesquieu é distinta da noção contemporânea<sup>27</sup>. Aplicar o pensamento de forma integral seria, no mínimo, anacrônico, uma vez que naquele período o processo democrático (se é que algo de democrático realmente existiu naquele momento histórico) era substancialmente distinto do que existe hoje, com a noção de partidos políticos, controle de constitucionalidade e etc.<sup>28</sup>.

---

texto legal.” (OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada” – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Felix (Org). Processos estruturais. 2ª ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2019).

<sup>25</sup> “Ocorre que, pouco a pouco, os valores gerais que embasavam essa concepção passaram a ruir. A fluência de fatores econômicos e sociais fez com que a legitimação estatal passasse a depender de uma postura mais ativa da esfera pública, trazendo reflexos para o campo jurídico e levando a uma guinada constitucional. Nesse fluxo, entram em cena tópicos como a participação do Estado na economia ou a garantia de direitos sociais, formando diferentes pontos de inflexão.” (OSNA, Gustavo. Op. cit., p. 358).

<sup>26</sup> “Do ponto de vista prático, as principais críticas em relação ao processo coletivo estrutural são de que ele viola a teoria da separação de poderes e atribui aos juízes competências que são executivas, as quais eles têm pouca aptidão para desempenhar. Além disso, o processo recorrentemente não consegue cumprir o papel a que se propõe, dadas as limitações que lhe são inerentes. Nesse contexto, ele desvia os esforços e o foco social do debate político para os tribunais, desmobilizando os grupos que pretende proteger. Dito de outro modo, se não houvesse possibilidade de buscar mudança social pela via jurisdicional, os grupos sociais mobilizar-se-iam para consegui-la politicamente.” (VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudança socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Felix (Org). Processos estruturais. 2ª ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2019, p. 277).

<sup>27</sup> “E é precisamente diante deste quadro que se faz necessário uma honesta revisão da teoria da separação dos poderes desenvolvida por Montesquieu, pois não há Estado na modernidade que possa sobreviver à conservadora proibição de interferência do Poder Judiciário em atos praticados pelos demais ramos do poder, principalmente quanto aos atos praticados pelo Executivo.” (PINTO, Henrique Alves. Op. cit., p. 389).

<sup>28</sup> “Isso requer que nós façamos um movimento decisivo para além das reflexões de Montesquieu sobre a separação de poderes. Nenhum outro campo de pesquisa acadêmica é tão intensamente dominado por um

Em segundo lugar, é a própria constituição quem atribui os direitos (como dignidade, saúde, educação) aos jurisdicionados, não podendo o Judiciário evadir-se de sua função constitucionalmente prevista de tutelar tais direitos. A partir do momento em que a Constituição prevê esses direitos, deve haver um mecanismo de garantia dos mesmos, sendo o processo estrutural uma alternativa de racionalizar a intervenção do Judiciário nesses litígios estruturais, *principalmente* quando se trata de algum tipo de política pública<sup>29</sup>. A possibilidade de intervenção do judiciário em políticas públicas e a separação de poderes já foi objeto de análise por parte do Supremo Tribunal Federal, sendo deliberado pela inexistência de violação à separação<sup>30</sup>.

Cabe, ainda, uma ressalva a uma questão que gravita em torno dos processos estruturais e o limite da atuação jurisdicional, que é referente ao debate entre o *constitucionalismo popular* e o *constitucionalismo judicial*, também relacionado à teoria da democracia e do poder. Para a primeira corrente, havendo um *desacordo moralmente razoável* a respeito da existência de um direito ou não, cabe ao *povo*, por meio do Parlamento, deliberar sobre a existência ou não de tal

---

único pensador, quiçá um pensador do século XVIII. Apesar de sua grandeza, Montesquieu não tinha nenhuma noção sobre partidos políticos, política democrática, desenhos constitucionais modernos, técnicas burocráticas con- temporâneas e as ambições específicas do moderno Estado regulatório. E, mesmo assim, nós o seguimos sem maiores reflexões, assumindo ser possível captar adequadamente toda a complexidade contemporânea por meio de uma separação tripartite de poderes em legislativo, judiciário e executivo — sendo o direito administrativo comparado inserido, de alguma forma, dentro do último ramo da trindade.” (ALCKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. In: RDA – Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, jan./abr. 2014, p. 14).

<sup>29</sup> “Entretanto, o que emerge do estudo do direito à tutela e de seu efetivo cumprimento é uma realidade completamente diferente, ou seja, em questões constitucionais, não há uma estreita correspondência entre ter o direito e ter o direito tutelado, pois, em muitos casos, ainda que se tenha uma ordem judicial que o garanta, o sistema constitucional tem uma certa tolerância com aqueles que não a cumprem de forma exata ou, pior ainda, com aqueles que a desafiam por não querer cumpri-las. Como John Marshall muito bem entendia, definir direitos é uma coisa, mas cumpri-los é algo muito diferente.” (PINTO, Henrique Alves. Op. cit., p. 403).

<sup>30</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 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 INAFESTABILIDADE 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. Acórdão em Recurso Extraordinário de n. 592.581/RS. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Órgão julgador: Pleno. DJe: 13/08/2015.

direito e não ao Judiciário<sup>31</sup>. Dessa forma, havendo um desacordo sobre a existência ou não do direito de os presídios contarem com uma estrutura X ou Y, caberia ao executivo e ao legislativo determinar as questões referentes ao sistema carcerário e, de forma alguma, ao judiciário.

Em posição oposta estão os defensores do *constitucionalismo judicial*<sup>32</sup>, que defendem a possibilidade de Judiciário atuar com fulcro em normas abertas, como dignidade da pessoa humana, igualdade e etc., defendendo uma postura “Hércules” como ideal por parte do Magistrado, quando este se depara com um desacordo moralmente razoável<sup>33</sup>.

O debate é extremamente profundo e refinado, não havendo espaço para um aprofundamento considerando a finalidade do presente trabalho. No entanto, é essencial que se lance minimamente luz sobre essa discussão, uma vez que os processos estruturais podem esbarrar nessas linhas de pensamento, também ligados a teoria da democracia, porém trazendo contornos mais modernos ao debate do que a invocação irrestrita de Montesquieu. No entanto, registre-se, que nem todo litígio estrutural, necessariamente, tem potencial de esbarrar nessa discussão, estando o debate restrito aos desacordos morais existentes na sociedade quanto a existência ou não de um direito.

Em que pese existam essas fundamentadas e preocupantes críticas, não se pode negar que os litígios estruturais existem e deve haver uma forma racional e efetiva de lidar com a complexidade com que essas questões se apresentam.

---

<sup>31</sup> Para uma melhor compreensão das linhas de pensamento de constitucionalismo popular, ver: (i) Waldron, Jeremy. "The Core of the Case against Judicial Review." *Yale Law Journal*, vol. 115, no. 6, April 2006, p. 1346-1407. HeinOnline; (ii) FALLON JR., Richard H. The core of an uneasy case for judicial review. *Harvard Law Review*, v. 121, 2008; (iii) MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011; (iv) VIEIRA, José Ribas; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; BARREIRA, Jônatas Henriques. *Constitucionalismo popular: modelos e críticas*. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 3. p. 277-302, set./ dez. 2018; (v) GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial diálogos institucionais*. 1 reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

<sup>32</sup> Ver mais em: (i) DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999; (ii) TUSHNET, Mark. *Dialogic Judicial Review*. *Ark. L. Rev.*, v. 205, 2009 e (iii) ELSTER, Jon. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. Trad. Cláudia Sant’Ana Martins. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

<sup>33</sup> “Dois professores debatiam acerca do papel do Poder Judiciário e das cortes supremas nas democracias, em uma das mais renomadas universidades do mundo. Ambos eram progressistas e tinham compromissos com o avanço social. O primeiro achava que só o legislativo poderia consagrar direitos e conquistas. O primeiro achava que só o legislativo poderia consagrar direitos e conquistas. O segundo achava que o Legislativo deveria ter preferência em atuar, mas, se não agisse, a atribuição se transferia para o Judiciário. Eis o diálogo entre ambos: - Professor 1: “A longo prazo as pessoas, por meio do Poder Legislativo, farão as escolhas certas, assegurando os direitos fundamentais de todos, aí incluídos o direito de uma mulher interromper a gestação que não deseja ou de casais homossexuais poderem expressar livremente o seu amor. É só uma questão de esperar a hora certa”.

- Professor 2: “E, até lá, o que se deve dizer a dois parceiros do mesmo sexo que desejam viver o seu afeto e o seu projeto de vida em comum agora? Ou à mulher que deseja interromper uma gestação inviável que lhe causa grande sofrimento? Ou a um pai negro que deseja que seu filho tenha acesso a uma educação que ele nunca pôde ter? Desculpe, a história está um pouco atrasada; volte daqui a uma ou duas gerações?” BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019, p. 418 e ss.

Compreender e estudar os processos estruturais não é uma questão ideológica, uma tentativa de esvaziar o legislativo e o executivo em benefício do Poder Judiciário, mas sim uma aceitação de que é a própria Constituição que garante o acesso ao judiciário para que esses litígios estruturais sejam debatidos<sup>34</sup>.

O Judiciário intervém todos os dias em questões de política pública (como em discussões relacionadas a vagas em creches, ou determinações ao executivo para que forneça determinado medicamento por meio do SUS), mas essas intervenções são realizadas de forma desorganizada, porém com impacto talvez muito maior do que seria em um processo estrutural, em razão da irracionalidade da forma<sup>35</sup>.

Dessa forma, pensar os processos estruturais não potencializa a intervenção do judiciário nos demais poderes. Em realidade, modificando a lógica binária de “tudo ou nada” em que os processos individuais são processados, bem como atribuindo maiores poderes ao magistrado para que possa encontrar a solução mais eficiente na questão a ele posta, a possibilidade de encontrar uma solução dialogada, democrática e verdadeiramente efetiva é muito maior do que em um processo individual<sup>36</sup>.

É claro que o Judiciário não é estruturado com as mesmas ferramentas que o Executivo para executar políticas públicas, no entanto, isso não impede uma nomeação de um auxiliar qualificado por parte do Juízo ou até mesmo o chamamento de um *amicus curiae*. Além disso, o simples fato de existir um processo estrutural não garante qualquer efetividade da política pública ou do litígio estrutural, garante tão somente uma tentativa organizada de modificar a realidade por meio de um debate amplo e democrático, em termos processuais, ao invés da forma “conta gotas” de tentar individualmente garantir direitos sociais<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> “A questão da judicialização de políticas públicas não é, portanto, um problema de ideologia do juiz, mas sim do modo como a Constituição estruturou os direitos e a atividade jurisdicional. Atribuiu-se ao Estado muitos deveres materiais, e ao Poder Judiciário a obrigação de fazê-los efetivos, pela via do processo. Em outras palavras, foi a Constituição, não os juízes, que garantiu ao cidadão diversos direitos e impôs ao Estado um grande número de deveres, sem definir, exatamente, o modo de equilibrar essa equação com as constrições orçamentárias e gerenciais da atividade administrativa.” (VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 115).

<sup>35</sup> “Considerando essa série de aspectos, torna-se imprescindível dar amparo teórico a essa nova face jurisdicional. Se a necessidade de que o Judiciário atue em casos complexos e com elevado impacto social entra na ordem do dia, é imprescindível construir mecanismos capazes de absorver essa demanda de uma forma mais adequada. Está inserida aí a figura das “*decisões estruturais*”, sendo esse o cenário que levou à sua construção.” (OSNA, Gustavo. Op. cit., p. 360).

<sup>36</sup> “Assim, embora o processo estrutural possa parecer, à primeira vista, um método de potencializar a intervenção judicial em políticas públicas, ele é, em realidade, um método de organizá-la. A intervenção judicial já está instalada no somatório de um sem-número de demandas individuais, que comprometem o sistema, seja porque os autores individuais não se preocupam com isso, seja porque essa é uma estratégia eficiente de se obter resultados mais rapidamente. Não há razão, portanto, para que o processo estrutural seja visto como uma espécie de última alternativa para a atuação do Poder Judiciário. Em realidade, ele é uma opção preferível a muitas das alternativas mais tradicionais de litigância.” (VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 117).

<sup>37</sup> “Em conclusão, o que se espera de um jurista que se envereda em um processo judicial de reforma estrutural é uma atitude mental em alguma medida paradoxal: é preciso manter as esperanças em um nível

## 5. PARTICIPAÇÃO E EFETIVO CONTRADITÓRIO NOS PROCESSOS ESTRUTURAIS

Se a intervenção judicial nas políticas públicas é uma realidade e a forma mais adequada para que isso ocorra é um processo estrutural, que tem como característica a flexibilidade, é necessário que sejam debatidos os limites da referida flexibilidade para que não ocorra nem violação de garantias processuais fundamentais e tampouco que a rigidez do processo civil clássico seja um obstáculo para o desenvolvimento do processo estrutural<sup>38</sup>.

Dito isso, traga-se à tona o fato de que em um processo multipolar, um dos maiores obstáculos é a compreensão da participação de todas as partes e terceiros, bem como a forma pela qual tais sujeitos exercerão o contraditório sem que tal exercício seja um contratempo em razão do elevado número de manifestações. Veja-se.

A noção de contraditório como característica indelével do processo é por todos conhecida. Falar de sua previsão no texto constitucional e no Código de Processo Civil também é lição repetida quase como um mantra obrigatório por toda a doutrina. Não há problema algum em construir o raciocínio a partir dessas premissas. Pelo contrário, parece um caminho obrigatório para introduzir o tema e permitir seu aprofundamento. Deve-se, porém, transpor esse comodismo e revisitar esse direito das partes com olhos para as necessidades e conjunturas atuais e perquirir se ele, nos moldes como emoldurado pela doutrina tradicional, ainda atende às exigências do porvir e pode ser lido ou, ao contrário, dever ser relido frente aos novos modelos processuais, especialmente quando descolados da dualidade demandante-demandado. Siga-se, pois, o trilho que guiará o raciocínio do trabalho.

A palavra *contraditório*, ainda que no gênero feminino, foi utilizada pela primeira vez, a nível constitucional, na Constituição de 1937<sup>39</sup>. De lá até a

---

modesto, para evitar frustrações, mas, ao mesmo tempo, acreditar na possibilidade de implementar mudanças sociais pela via do processo. Acreditar ao ponto de ignorar todos os indícios de que o resultado buscado é inalcançável. Por mais absurdo que esse diagnóstico pareça, a história nos fornece alguns exemplos (embora não muitos) em que boa técnica processual, aliada a algum idealismo, produziu resultados que levariam décadas para ocorrer pelos caminhos tradicionais.” A reforma estrutural não precisa ser sempre bem-sucedida para legitimar a tentativa. (Grifo nosso). (VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudança socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Felix (Org). Processos estruturais. 2ª ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2019, p. 323).

<sup>38</sup> “La flexibilidad no quiere decir que todo se puede hacer de cualquier manera; sólo puede desarrollarse respetando ciertos limites *generales*, que refuerzan a veces ciertos limites *específicos*. De manera *general*, no hay procedimiento sin forma ni principio. Uma rigidez mínima es consubstancial al procedimiento, independentemente de la definición que se tenga del procedimiento.” (CADIET, Loic. El equilibrio entre la rigidez y la flexibilidad em el proceso: elementos de teoria general del proceso y derecho procesal comparado. In: ARENHART, S; MITIDIERO, D; DOTTI, R. (Org.). O processo Civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 151.

<sup>39</sup> Artigo 122 da Constituição de 1937. 11) à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da

Constituição vigente, a expressão se repetiu e teve seu alcance ampliado para além do processo penal, alcançando todo processo judicial e também o administrativo (artigo 5º, LV, da CF/88). Modernamente, contraditório não é apenas uma garantia, mas também um princípio que norteia, ou ao menos deveria nortear, qualquer atividade jurisdicional. Sua inobservância é fonte certa para nulidades, ressalvadas interpretações deturpadas que procuram mitigá-lo a pretexto de não haver nulidade sem prejuízo. No entanto, para fins de processos estruturais, deve-se (re)pensar em formas mais efetivas e abrangentes para que a participação ocorra.

Não se desconhece a possibilidade, as vezes até mesmo a necessidade, de postecipar o contraditório para momento futuro a fim de salvaguardar um direito. A transferência temporal do exercício do contraditório não inquina a decisão de nulidade, desde que justificada e parametrizada em critérios objetivos. A reforçar a importância do contraditório e enfatizar que sua postecipação é exceção e não a regra, previu o CPC/15 que *“Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”*<sup>40</sup> e também que *“O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”*<sup>41</sup>

Contraditório, pois, está em direta relação com a participação dos atores processuais<sup>42</sup>. Pensar em direito de presença e de influência ou, noutras palavras, no direito de ser intimado de todos os atos processuais, deles podendo participar, e de ter a possibilidade de contribuir efetivamente para o diálogo que se constrói no e pelo processo é impossível sem se recorrer ao contraditório e ao seu exercício em potencial. Participação e contraditório estão umbilicalmente ligados.

---

autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa.

<sup>40</sup> Artigo 9º do CPC/2015.

<sup>41</sup> Artigo 10 do Código de Processo Civil de 2015.

<sup>42</sup> Antônio do Passo Cabral já consignava, especialmente por discordar, que, noutros tempos, o contraditório era garantido apenas às partes ou àqueles terceiros interessados: “Porém, como posteriormente será examinado, o exame do contraditório sempre foi ligado à necessária ciência do prejuízo real ou potencial que o litigante está sofrendo ou pode vir a sofrer, na vantagem ou desvantagem que os sujeitos do processo poderiam experimentar, e então o contraditório era franqueado àqueles que poderiam ser prejudicados, vindo sua aplicação limitada às partes e alguns terceiros (desde que ‘interessados’). Essa ortodoxa configuração do princípio – restrita às partes interessadas – retratava uma visão individualista do processo, popularizada no Brasil e no exterior, e poderia levar à conclusão, frequentemente extraída pela doutrina e jurisprudência, de que somente aqueles que pudessem sofrer alguma espécie de prejuízo poderiam manifestar-se no processo. Isto é, sem dano patrimonial, partes ou terceiros nada poderiam dizer e tampouco poderiam ser escutados.” Noutra passagem do mesmo artigo, continua o autor: “...a abrangência do princípio limitada às partes interessadas e confinada aos domínios da garantia da ciência-reação denota uma visão individualista do processo...Todavia, a conexão necessária entre o contraditório e o interesse ou prejuízo individual das partes ou terceiros importa em severas limitações aos contornos que o princípio assume atualmente...” (Dicionário de princípios jurídicos. Organiz. Ricardo Lobo Torres; Eduardo Takemi Kataoka; Flávio Galdino. 1ª ed. Editora Elsevier, 2011, p. 194 e 197).

A premissa, assim, é que o contraditório potencialize a participação dos atores processuais, especialmente para se afastar situações nas quais um sujeito processual, ainda que admitido num processo, não tenha condições de expor seus argumentos e participar ativamente na construção de uma decisão que pode repercutir sobre as esferas de incontáveis e indetermináveis pessoas. Em suma, não se pode conceber mais que sujeitos processuais sejam admitidos a integrar a relação jurídico-processual apenas para legitimar uma decisão, como se fossem meros coadjuvantes legitimadores ou, lamentavelmente, simples espectadores do que acontece no processo. O problema é exponencialmente mais complexo quando se pensa em processos coletivos.

O necessário é entender que institutos tradicionais como contraditório, inércia, intervenção de terceiros, precisam ser (re)pensados à luz dos novos modelos processuais, de modo que a leitura tradicional que deles se faz também precisa ser rearranjada. Adotado o processo coletivo, em particular o processo estrutural, como referencial de análise, e levando em conta toda a complexidade, não apenas jurídica, mas também social, econômica e até mesmo política, que vem a reboque, é dever do juiz, porque condutor do processo, não apenas garantir que os participantes tenham voz ativa e sejam ouvidos, mas também que suas alegações sejam, de fato, consideradas e sopesadas<sup>43</sup>.

A participação dos atores processuais, enfim, deve ser prestigiada a fim de que a decisão não se valha dela apenas como fundamento de legitimação.

A chave de interpretação desses institutos, em particular do contraditório e da participação dos sujeitos, pois, deve ser outra quando analisados no contexto do processo estrutural: a dualidade, a linearidade ou a bilateralidade cedem espaço para a multipolaridade<sup>44</sup>. A análise atomizada é substituída pela abordagem molecularizada.

---

<sup>43</sup> Antônio do Passo Cabral chama esse dever do juiz de *dever de atenção*, ou seja, dever de efetivamente considerar os argumentos e alegações de todos os atores processuais e de motivar sua desacolhida. Noutro momento, Antônio do Passo Cabral lança esclarecimentos importantes sobre a influência das partes na decisão judicial: "...No âmbito processual, a dinâmica do poder abrange a prática da influência. Se apenas as decisões do magistrado são vinculativas e imperativas – manifestação de poder – os atos dos demais sujeitos processuais incluem-se no espectro maior de influir na decisão. E vamos além: os órgãos estatais não praticam apenas atos decisórios (os chamados 'atos determinantes'), pelo que poderiam ser considerados apenas 'destinatários' da influência exercida (sujeitos condicionados), mas também 'atos estimulantes', pelos quais são os órgãos estatais os sujeitos condicionantes da conduta alheia. A influência, como temos sustentado, é reflexiva: difusa e multidirecional, partindo de todos e absorvida por todos." (*grifou dos autores*) (Dicionário de princípios jurídicos. *Op. cit.*, p 199).

<sup>44</sup> Analisando o contraditório no âmbito do processo multipolar, Sofia Temer assevera que: "Por fim, uma palavra merece ser dita quanto ao contraditório em tal cenário de multipolaridade. Não há dúvida de que já há algum tempo o contraditório deixou de ser identificado com o esquema formal de contraditório bilateral de argumentos, de 'informação-reação' e de espaços de fala 'autor-réu', e passou a ser compreendido como a possibilidade de exercer efetiva influência no ambiente processual...Em resumo, o contínuo rearranjo do feixe de relações jurídicas que compõem o processo exige que o exercício de contraditório seja compreendido também de forma flexível e dinâmica, e não apenas de forma vetorial e bilateral." (Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 231 e 232).

Junto à ressignificação dos institutos adrede mencionados, urge também alargar o conceito de interesse jurídico<sup>45</sup>, mesmo porque a própria exigência de que o interesse seja apenas jurídico vem sendo mitigada<sup>46</sup>. Tem-se sustentado que novos sujeitos processuais sejam admitidos a integrar a relação processual ainda que imbuídos de interesses apenas econômicos, institucionais ou afetivos<sup>47</sup>. No direito comparado, notadamente naqueles enraizados no *common law*, surgiram discussões entorno dos parâmetros para a admissão dos amigos da corte, ou *amici curiae*. Em suma, afloraram duas concepções principais: i) *the affected groups theory*: os amigos da corte teriam os mesmos interesses de uma das partes da demanda e sua atuação estaria voltada a reforçar alegações já deduzidas, não havendo, em regra, inovações argumentativas; ii) *the information theory*: para esta teoria, o parâmetro para autorizar a participação de *amicus curiae* está na potencialidade de que seus argumentos efetivamente contribuam qualitativamente para a construção da decisão, agregando elementos, argumentos e teses até então não percebidas<sup>48</sup>.

Essa ampliação dos agentes processuais não deve ser tão somente quantitativa, mas sim, e sobretudo, qualitativa. Superados os critérios para a admissão de terceiros, ultrapassados os filtros processuais pertinentes, não se justifica seja sua participação tolhida indiscriminadamente ou, quando permitidas as manifestações, não se procure, por meio delas, apenas encobrir com vestes democráticas e plurais uma decisão que sequer tangencie ou aborde os argumentos apresentados. O argumento de que o juiz não é obrigado a analisar todos os fundamentos deduzidos pelos sujeitos processuais pode, sob certas circunstâncias, flertar com a subjetividade e, pior, com o arbítrio. Se o que se pretende é que o processo seja palco para o debate de interesses democráticos, outra não pode ser

---

<sup>45</sup> A revisão do conceito de interesse de agir, conquanto esteja mais presente atualmente, especialmente em razão das pesquisas mais avançadas em torno dos processos coletivos, não passou despercebida ao olhar arguto de Antônio do Passo Cabral. Já no ano de 2009 o autor analisava essa problemática, ainda que para tratar da despolarização do processo, ocasião em que cunhou a expressão *zonas de interesse*. (Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. Revista Forense, volume 404. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2009, p. 3-42).

<sup>46</sup> Extraí-se da ementa do REsp 1.798.937 o seguinte excerto: "...4 - A exata conceituação do interesse jurídico e a sua adequada distanciação do conceito de interesse econômico são questões de acentuada complexidade, pois é difícil estabelecer essa distinção em circunstâncias limítrofes e nas quais as diferenças entre o interesse jurídico e o interesse econômico, embora sabidamente existentes, sejam muito tênues, adotando essa Corte a tese de que o interesse jurídico que permite a assistência surge quando o resultado do processo pode afetar a existência ou inexistência de algum direito ou obrigação daquele que pretende intervir como assistente, sem prejuízo de o interesse jurídico vir acompanhado repercussões econômicas que não possuam o condão de desnaturá-lo. Precedentes." (STJ, 3ª Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em 13/08/2019).

<sup>47</sup> Toda essa reconfiguração do interesse jurídico como requisito para autorizar o ingresso de sujeitos processuais é abordada por Sofia Temer em sua tese de doutoramento, já publicada, com especial destaque para o capítulo 5 de seu mais recente livro *Participação no processo civil...*, *op. cit.*, p. 233-321.

<sup>48</sup> Esta possibilidade de intervenção pode contribuir para mitigar as críticas de falta de preparo do Judiciário para atuar em litígios estruturais, uma vez que seriam convocados atores com experiência e legitimidade para opinar na temática.

a decisão senão aquela retrate tal pluralidade, dela extraíndo os argumentos fáctico-jurídicos pertinentes a respeito dos quais motivadamente decidirá.

Susan Sturm acrescenta que o modelo tradicional de participação no processo é insuficiente não apenas por se restringir às partes, mas por exigir a intermediação de advogados. Esse padrão indireto e formal de diálogo, de um lado, impede a comunicação efetiva do juízo com interessados e, de outro, obsta a identificação destes com o resultado da lide. É amplamente reconhecida a tendência de que esses problemas levem a uma escalada na gravidade do conflito entre as partes e, ao final, à alienação dos perdedores. Assim, o direcionamento da ação coletiva estrutural para a adoção de mecanismos participativos diretos e informais pode ser um instrumento para contribuir com a organização da comunidade, criando um fórum para a produção de novos conhecimentos, mobilização política e busca de apoio público, em vez da entrega do destino do grupo a um representante, que decidirá individualmente o que é melhor.

Também é bastante razoável que as partes envolvidas em um processo estrutural se organizem em comitê ou até mesmo em classes, em moldes semelhantes ao que é possibilitado pela Lei 11.101/2005<sup>49</sup>, fazendo com que algumas “manifestações” sejam simplificadas a partir da apresentação de uma manifestação conjunta ou individual dos membros do referido sindicato.

Não se descarta, finalmente, a possibilidade de audiências públicas para democratizar ainda mais a participação dos abrangidos (ou afetados) pelo litígio estrutural, de modo que a opinião pública possa ser colhida na fonte para nortear e fundamentar a posição do magistrado na condução do processo estrutural.

## 6. CONCLUSÃO

Como já dito nas linhas inaugurais, o presente trabalho tem uma proposta introdutória: discorrer sobre os processos estruturais como um mecanismo efetivo para organizar a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas e também em processos estruturais privados. Estes devem ser compreendidos como processos multipolares que objetivam a reforma de uma entidade burocrática em razão de sua organização ocasionar violações de direitos (ou potenciais violações), ou seja, nos quais se identificam litígios estruturais.

Essa modalidade de processo busca deixar ainda mais no passado a concepção de que os poderes do Juiz devem ser reduzidos a simplesmente “declarar

---

<sup>49</sup> Art. 26 da Lei 11.101/2005: Art. 26. O Comitê de Credores será constituído por deliberação de qualquer das classes de credores na assembleia-geral e terá a seguinte composição: I – 1 (um) representante indicado pela classe de credores trabalhistas, com 2 (dois) suplentes; II – 1 (um) representante indicado pela classe de credores com direitos reais de garantia ou privilégios especiais, com 2 (dois) suplentes; III – 1 (um) representante indicado pela classe de credores quirografários e com privilégios gerais, com 2 (dois) suplentes. IV – 1 (um) representante indicado pela classe de credores representantes de microempresas e empresas de pequeno porte, com 2 (dois) suplentes.

o direito posto na lei”. Com o aumento da preocupação do Estado com direitos e garantias fundamentais de segunda e terceira geração, aumenta a preocupação do Poder Judiciário com que esses direitos sejam efetivados e não somente previstos.

Ocorre que a possibilidade de o Poder Judiciário intervir de forma estruturada em políticas públicas, causa espanto nos que vislumbram a organização do Estado sob a perspectiva tripartida proposta originalmente por Montesquieu, uma vez que a prerrogativa de determinar políticas públicas, segundo a concepção clássica, seria privativo do Poder Executivo. No entanto, não parece ser possível que a apreciação da adequação das políticas públicas com os direitos previstos na Constituição seja algo que desestruture a concepção de organização do Estado, notadamente em razão de a Constituição, na mesma medida em que garante tais direitos, garante a apreciação de discussões a esses direitos relacionados por parte do Judiciário.

É mais racional e compreensível que exista um processo organizado para que tenha uma possibilidade mínima de o Poder Judiciário tutelar esses litígios estruturais que se apresentam a ele do que continuar a enfrentar essas questões de forma bipolar e individualizada, contribuindo para o aumento de processos frente ao Poder Judiciário, mas que não tenha um compromisso com o avanço social de forma estruturada, mas sim busque tão somente atender ao direito individual que lhe é posto.

Como demonstrado, para que um processo estrutural seja efetivo é necessário que seja flexível, sendo desconstruídos os institutos “tradicionais” do processo civil pensado sob uma perspectiva adversarial (requerente-requerido). Uma das questões que mais urgentemente precisam ser repensadas é a concepção de “participação” e “contraditório” nos processos estruturais, para que não seja permitido que, em razão de uma rigidez excessiva, seja a participação dos interessados negada ou, em situação totalmente oposta, uma flexibilidade excessiva torne inviável a tramitação do processo estrutural.

Por essa razão, a organização das “partes” do processo estrutural em classes ou em comitê é uma forma de racionalizar a participação das múltiplas partes sem comprometer o contraditório.

Também, com comprometimento maior do que é usualmente visto nos processos adversariais, deve ser repensada a participação de *amici curiae* e da realização de assembleias públicas para que o grau de legitimidade democrática da decisão estrutural seja aumentado.

Longe de buscar exaurir a discussão, pretendeu-se tão somente discorrer e apresentar o problema que existe entre a concepção tradicional de participação (terceiros ou não) e o contraditório nos processos estruturais, sendo um fator que, caso não repensado, pode contribuir para o descrédito das reformas estruturais como instrumento democrático.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo: diálogos entre discricionariedade e democracia. **Revista de Processo**, vol. 242, versão digital, abr. 2015

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. In: **Revista de Processo**, vol. 225, versão digital, nov. de 2013

\_\_\_\_\_. JOBIM, Marco Felix (Org.). **Processos estruturais**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2019.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Nulidade Processual e Instrumentalidade do Processo. In: **Revista de Processo**, v. 60, p. 31-43, out-dez. de 1990.

CABRAL, Antônio do Passo. **Dicionário de princípios jurídicos**. Organiz. Ricardo Lobo Torres; Eduardo Takemi Kataoka; Flávio Galdino. 1ª ed. Editora Elsevier, 2011;

\_\_\_\_\_. **Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda**. Revista Forense, volume 404. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2009, p. 3-42.

CADIET, Loic. El equilibrio entre la rigidez y la flexibilidad em el proceso: elementos de teoría general del proceso y derecho procesal comparado. In: ARENHART, S; MITIDIERO, D; DOTTI, R. (Org.). **O processo Civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos**: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017

\_\_\_\_\_. **Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda**. Revista Forense, volume 404. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2009, p. 3-42.

DIDIDER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. 14ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MACEDO, Elaine Harzeim. O direito processual civil e a pós-modernidade. In: **Revista de Processo**, vol. 204, p. 351-368, fev. de 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela Dos Direitos**. 5a ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o CPC/2015. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada” – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Felix (Org.). **Processos estruturais**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2019.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal. In: **Revista de Processo**, v. 102, p. 55-67, abr. – jun. de 2001.

PINTO, Henrique Alves. Condução de decisões estruturais pelo código de processo civil de 2015: breve análise teórica e pragmática. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Felix (Org.). **Processos estruturais**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2019.

Santos, C; MARANHÃO, N; COSTA, R.M.P. Instrumentalidade e Formalismo-Valorativo em Ciência Processual: há algo novo sob o sol? In: **Revista dos Tribunais**, v. 1003, p. 359-391, maio de 2019.

TEMER, Sofia. **Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural: teoria e prática**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

\_\_\_\_\_. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudança socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Felix (Org.). **Processos estruturais**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2019.

\_\_\_\_\_. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. In: **Revista de Processo**, vol. 284, versão digital, out. de 2018.

# A PSICOLOGIA DO AUTORITARISMO: CONSIDERAÇÕES SOBRE OS RISCOS À DEMOCRACIA BRASILEIRA NO INÍCIO DO SEC. XXI.

EZEQUIAS FREIRE MILAN<sup>1</sup>

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Minha mãe pariu Gêmeos, o medo e eu.  
Thomas Hobbes

Historicamente falando, a possibilidade de modificar o poder através de mecanismos constitucionais e conseqüentemente produzir regimes autoritários não aparenta ser nova. Como exemplo mais clássico e emblemático temos a queda da república de Weimar na Alemanha de 1933, onde em climas de instabilidade econômica e política, a ascensão do Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães acaba por ocorrer não apenas como mero fruto do acaso. De fato, o que a história parece nos mostrar é que partidos como este chegaram ao poder não apenas através da legalidade, mas também sustentada por uma grande massa nacional de apoiadores e através de justificativas tanto conscientes quanto inconscientes, como demonstraremos.

Ainda que com certas diferenças em alguns sentidos, apontaremos que movimentos como este também podem ser observados no panorama político Brasileiro entre o final do século XX e o início do século XXI. Neste sentido, seguiremos as linhas deixadas por uma gama de cientistas políticos que tem refletido sobre este fenômeno no cenário político mundial contemporâneo.

---

<sup>1</sup> Graduado em Psicologia pela Universidade da Grande Dourados. Especialista nas abordagens Humanistas; Hipnoterapia Ericksoniana pelo instituto Milton Erickson de Mato Grosso do Sul e Gestalt-Terapia pelo Instituto de Gestalt do Mato Grosso do Sul. Atua como Psicólogo clínico de adolescentes e adultos. Mestre em Antropologia Sociocultural pela UFGD. Graduando em Direito pela Universidade da Grande Dourados – UNIGRAN. e-mail: ezeqfm@gmail.com

Principalmente Steven Levitsky e Daniel Ziblatt em seu best-seller *Como as Democracias Morrem*, onde se discute a respeito de um fenômeno chamado “Democracia”; uma espécie de regime governamental com traços autoritários e democráticos ao mesmo tempo.

Complementando tais perspectivas, utilizaremos da Psicologia<sup>2</sup> para dar conta de tais fenômenos. Nosso objetivo é discutir a forma como determinados movimentos políticos surgem, não apenas advindos do mundo das intenções conscientes e das modificações das normas positivadas, mas também como resultado da manipulação de movimentos de massa que tem origem nas pulsões estruturais do inconsciente. Estes, resultantes dos excedentes da repressão oriunda de nosso hipotético processo de socialização e de produção de leis<sup>3</sup>. Estes, os mesmos mecanismos que geram união política frente o desamparo e o medo, tanto da violência quanto da possível ruína da ordem.

Neste sentido, a partir da união de determinados autores da Ciência Política e da Psicologia, pretendemos demonstrar uma espécie de estética antropológica, manifesta e latente, de movimentos autoritários que se mantém em aparente ascensão nesta transição de séculos no Brasil. Para tanto, serão também utilizados como exemplo alguns dos discursos que acompanharam o atual Presidente da República em momentos distintos; como Deputado Federal<sup>4</sup>, em pré-campanha e campanha eleitoral e como Presidente da República após as eleições de 2018.

Por fim, deixamos claro que a proposta desenvolvida carece de maturação. Dada sua complexidade, acreditamos que as seguintes reflexões ainda se desenvolvem como abordagens iniciais, necessitando de maiores aprofundamentos.

### **1.1. Diagnosticando traços autoritários**

De fato, governos autoritários não se baseiam em rupturas flagrantes da ordem. O imaginário de que a democracia se finda apenas com ataques diretos às normas constitucionais ou com forças militares pelas ruas precisa ser repensado. A existência dos chamados “regimes híbridos” (LEVISTSKY, 2010, ARCHETTI, 2016), que se constituem por elementos combinados de democracias

---

<sup>2</sup> Cientificamente, aquilo que se classifica como “Psicologia” tem um vasto campo de correntes teóricas e práticas. Neste trabalho, nos utilizamos principalmente da Psicanálise Freudiana, da Psicologia das Massas e daquelas perspectivas que futuramente também se utilizaram destas últimas para produzir discussões relacionadas à Política, como a Escola de Frankfurt.

<sup>3</sup> Quanto ao conceito de “lei”, refiro-me não apenas ao mecanismo positivado, oriundo da esfera jurídica, mas principalmente ao processo psicodinâmico e suas formas antropológicas de origem e funcionamento, dados pelo aparato psíquico tão investigado pela Psicanálise desde Freud.

<sup>4</sup> Como parlamentar desde 1991, ao todo somam-se 27 anos de como Deputado Federal até se tornar Presidente da República. Sua passagem pelo congresso rendeu-lhe 170 projetos de lei e 2 aprovações.

e ditaduras, passou a ter grande foco nas discussões nacionais e internacionais do cenário político contemporâneo.

Segundo os estudos de constitucionalismo histórico e comparado proposto por Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018), há muitos traços que podem demonstrar um governo com tendências autoritárias desde seu início. Os exemplos de governantes que após eleitos acabaram enfraquecendo as instituições democráticas são inúmeros. Independentemente de suas vertentes políticas, suas semelhanças são bem espantosas. “Todos eles eram *outsiders*<sup>5</sup> com talento para capturar a atenção pública”. (IDEM, p.29), e surgem na calada da noite política.

Foi assim com Hugo Chávez na Venezuela, com Alberto Fujimori no Peru, com Mussolini no Chile, com Hitler na Alemanha, atualmente com o Estados Unidos de Donald Trump e aparentemente também com Jair Messias Bolsonaro no Brasil. Para além destes, nota-se também aqueles que por pouco não optaram por essa “barganha com o diabo” (IBDEM, p.30), como a Bélgica, a Grã-Bretanha, a Finlândia e a Costa Rica. Todos experimentaram a ascensão de figuras com traços autoritários, mas conseguiram deixá-los longe do poder.

Neste sentido, a partir de todos os exemplos históricos e comparados propostos pelos autores, torna-se possível elencar 4 critérios diagnósticos de comportamentos autoritários em um governante: “1) Rejeitam, em palavras ou ações, as regras democráticas do jogo; 2) Negam a legitimidade de oponentes; 3) Toleram ou encorajam a violência; e 4) Dão indicações de disposição para restringir liberdades civis de oponentes, inclusive a mídia” (LEVITSKY&ZIBLATT, 2018, p. 32).

Sobre estes traços, observados principalmente em autocratas ainda não declarados, podemos acompanhá-los em diversos momentos nos discursos do atual Presidente da República do Brasil. Suas falas públicas, desde a época que ainda se sustentava como parlamentar, se mantiveram violentas não apenas contra seus opositores, mas também contra todo o processo democrático<sup>6</sup>. Um exemplo bem conhecido disso, e que por si só já contemplaria os 4 aspectos mencionados, é sua entrevista exibida na madrugada de pouca audiência de 24 de maio de 1999<sup>7</sup>, onde o até então *outsider* político mencionava que a solução do país só se daria “matando 30 mil” e utilizando-se de métodos de tortura como o “pau de arara” em processos de CPI. Segundo ele “o povo é favorável a isso também”. Neste exemplo de discurso, além de rejeitar as regras do jogo democrático

---

<sup>5</sup> O termo é utilizado pelos autores para definir aquelas figuras políticas que por inúmeros motivos se mantêm por de trás das cortinas do palco político. Seu contrário, se daria por aqueles que atuam sob os holofotes; os *Insiders*.

<sup>6</sup> Sua forma de se portar publicamente, bem como a escolha na utilização das palavras, se modificou durante o tempo. Entretanto, o tom bélico e antidemocrático como forma de fazer política o acompanha até os dias atuais. Cabe ressaltar que quando nos referimos ao “processo democrático”, acenamos não apenas para os processos eleitorais, mas também ao Processo Penal, já que o Deputado mencionava tortura para possíveis investigações em CPI e morte como resolução de crimes de corrupção.

<sup>7</sup> Foi ao ar pelo já extinto programa de televisão Câmera Aberta, na emissora Bandeirantes. Pode ser encontrada com facilidade pela rede de internet.

como um todo, é clara a tolerância e o encorajamento às práticas violentas como forma de resolução de problemas políticos.

Em ato contínuo, nos referindo ainda aos traços diagnósticos de um possível autoritário, e mantendo como exemplo esta mesma aparição ao final da década nos anos 90, podemos também encontrar sinais do que se relaciona ao segundo critério indicador. Em determinado momento, assim como acontece até os dias de hoje, seu discurso vai ao encontro de deslegitimar aqueles que na época eram seus rivais políticos. O até então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso foi chamado de “corrupto” e “desonesto”, já Luiz Inácio Lula da Silva, era “honesto”, mas “inculto” e “analfabeto”. Este último continuou sendo seu rival político principal.

Seguindo nesta linha, a respeito de colocar em dúvida o processo eleitoral e democrático no qual fez parte, podemos nos lembrar das inúmeras vezes que estas falas foram componentes de seus discursos em época de campanha. Tais preleções o acompanham até hoje. Recentemente, no ano de 2020, o atual Presidente mencionou ter provas de que as eleições que o elegeram foram fraudadas e que sua vitória teria se dado em primeiro turno, e não em segundo,<sup>8</sup> apresentando traços ainda mais contundentes de alguém que deslegitima as regras do jogo que o elegeu.

Neste ponto, podemos fazer menção ao trabalho do italiano e suíço Giuliano Da Empoli, de nome “Os Engenheiros do Caos”<sup>9</sup>. Nesta obra, o jornalista chama de “trumpismo” uma espécie de *modus operandi* político muito utilizado por outro *outsider* eleito democraticamente; Donald Trump. O autor, chamando-o de Troll Chefe pela capacidade de gerar teorias conspiratórias e brincar com elas como arma política, menciona o fato de Trump ter levantado dúvidas a respeito da nacionalidade de Barack Obama, sem nunca ter comprovado tal fato. Contudo, a possibilidade erguida sem provas ficou bem evidente no imaginário dos norte-americanos, assim como no caso brasileiro e a invenção da fraude eleitoral.

Segundo David Landau (2013), podemos observar também mais dois pontos específicos para definir o grau de democracia de um determinado país. O primeiro deles é o eleitoral, e se refere à possibilidade de que políticos possam competir no mesmo nível de igualdade e de respeito às regras, tanto do jogo democrático quanto da legitimidade de seu oponente. Algo que, como já mencionado, Steve Levitsky e Daniel Ziblatt (2018) também citam como um dos marcadores que podem demonstrar o nível de autoritarismo de um dado governo, mesmo ele não sendo declaradamente autoritário. Já o segundo ponto diz respeito à proteção ou não de direitos de indivíduos e de grupos minoritários.

---

<sup>8</sup> Nunca foram apresentadas as provas de tais afirmações.

<sup>9</sup> Não pretendo, neste trabalho, me aprofundar nas questões propostas nesta obra. Contudo, deixo claro que suas investigações a respeito dos enlaces entre política, teorias da conspiração, *fake news*, ódio e medo na era dos algoritmos e das redes sociais, mantém grandes relações com as reflexões propostas aqui.

Sobre este último, partindo do pressuposto de Alves e Oliveira (2014), onde só é possível de se construir um governo democrático havendo correlações benéficas nos arrolamentos entre democracia e direitos fundamentais, podemos lembrar das falas disparadas em coletiva ainda como parlamentar no ano de 2016. Segundo as palavras de quem atualmente é o chefe do Executivo Brasileiro, não existem diferenças entre negros e brancos no Brasil, e que caso viesse um dia a ser presidente, “seria daltônico”. Em suas palavras, seu projeto para o Brasil “não tem defesa nenhuma” a favor de minorias, já que “eles é que devem nos respeitar”.

Tais exemplos ilustram como é problemática a possibilidade de compreender a democracia como movimentos advindos de uma dada “maioria”. Os autores, citando constitucionalista Gustavo Zagrebelsky em sua obra de nome *Crucificação e Democracia*, mostram como a divinização da maioria pode produzir funcionamentos irracionais e até manipuláveis, já que “a democracia não pode se assentar estritamente na regra majoritária, mas também deve se apoiar na concretização de direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária de todos nos processos decisórios” (ALVES, OLIVEIRA, 2014, p.35). Neste sentido, minorias<sup>10</sup> podem por acabar dependendo da vontade de uma dada maioria para terem seus direitos essenciais efetivados, sofrendo consequências de um processo por si só já antidemocrático.

Seguindo no mesmo tom frente a outros grupos minoritários como indígenas e quilombolas, que inclusive constitucionalmente já tem seu direito à terra garantido, podemos tomar como exemplo duas falas bem específicas. A primeira, dita na cidade de Dourados<sup>11</sup> durante a campanha presidencial: “se eu assumir, índio não terá mais 1 centímetro de terra”. Já a outra, mencionada em uma palestra à comunidade judaica, o atual presidente não só disparou ataques contra mulheres, homossexuais e refugiados como também disse ser um problema os gastos com Quilombos no Brasil, já que na oportunidade em que pode ir a um, notou que “o afrodescendente mais leve lá pesava 7 arrobas” e que “nem pra procriador ele serve mais”, pois “não fazem nada”.

Ao que parece, é possível que certos governantes mantenham as presões geopolíticas estáveis e satisfaçam os atores da política internacional enquanto se utilizam dos argumentos da “melhoria” ou do “aperfeiçoamento” da economia, da ordem democrática ou até da segurança pública, para minar as estruturas do poder através do próprio poder. Em momentos como este, violências

---

<sup>10</sup> Deixo claro que não me refiro ao termo “minorias” em sentido quantitativo, mas qualitativo. Parto do princípio de Carmén Lúcia Antunes Rocha (1996) e tomo tais grupos como aqueles que fazem parte de um cabedal menor de direitos que sejam realmente assegurados em sua prática. Tais grupos podem, como frequentemente são no Brasil, serem até mesmo maiores em número, mas muito menores em efetivação de direitos.

<sup>11</sup> A cidade, além de ser um dos berços do agronegócio no estado do Mato Grosso do Sul, também detém a maior concentração de indígenas em situação de reserva do país.

contra grupos minoritários ou a própria violação das normas constitucionais passam a ser comuns. Inclusive, encorajadas.

Novamente conforme Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018), movimentos de mudança baseados em melhoria e aperfeiçoamento frequentemente se baseiam na noção de “crise” para poder guiar suas ações antidemocráticas. Conforme os autores, “autocratas costumam usar crises econômicas, desastres naturais e, sobretudo, ameaças à segurança – guerras, insurreições armadas ou ataques terroristas – para justificar medidas antidemocráticas” (LEVITSKY & ZIBLATT, 2018, p.94).

Talvez nem sempre seja possível prever crises, mas suas consequências políticas sim, parecem ser possíveis de se prever. Momentos de instabilidade, sejam eles reais ou inventados, frequentemente fazem com que as massas se reagrudem em trincheiras políticas contra inimigos e perigos aparentemente iminentes. Neste sentido, talvez não seja coincidência o fato de que na entrevista mencionada anteriormente, exibida no ano 1999, uma das últimas falas do até então Deputado Federal seja justamente a de dizer que via o país não apenas em situação de iminente “crise”, como já estaríamos “perdendo a Amazônia” para forças exteriores.

Segundo Rubens R.R. Casara, aquilo que se convencionou chamar de “crise”, além de ser uma das condições estruturais do sistema capitalista, “deixou de retratar um momento de indefinição, provisório, emergencial ou extraordinário. Trata-se de um termo que passou a ser usado para ocultar uma opção política por manobras e ações justificadas pela falsa urgência ou pelo falso caráter extraordinário do momento” (CASARA, 2017, p13).

Na costura de todos estes fenômenos, em parte estruturais e em parte fabricados<sup>12</sup> e aproveitados por governos autoritários, as “crises” se tornam justificativas para que esvaziemos a cólera que nos fundamenta. Nestas ocasiões a alteridade se transforma não apenas na diferença, mas em um inimigo a ser combatido. Como bem disse o Parlamentar quando havia acabado de vencer as eleições de 2018, “nós ganharemos esta guerra”.

Em contingências como esta, talvez possamos mencionar Carl Schmitt e suas discussões sobre o que pode ser interpretado, como ação política através “Estado”. Segundo o autor, “a diferenciação especificamente política, à qual

---

<sup>12</sup> Quanto às noções de “estrutural” e “fabricado”, deixo claro que me refiro às seguintes categorias: Em “fabricado”, aludo à possibilidade de que líderes se aproveitem de momentos de anormalidade econômica e política para mobilizar movimentos libidinais de massa. Quanto ao conceito “estrutural”, temos em mente dois pontos. Primeiramente as estruturas do inconsciente psicanalítico, que produzem política através do desamparo proveniente da condição de medo e insegurança que acompanha a condição humana, como já mencionado. Já a segunda diz respeito à condição estruturante do próprio sistema capitalista, que tem a “crise” como uma de suas consequências e engrenagens essenciais. Neste trabalho não nos aprofundaremos no segundo ponto.

me refiro a dois sentidos; a perspectiva de que a “crise” é parte da estrutura do sistema capitalista, e a noção de que esta mesma crise de insegurança e medo é o motor tanto de nossas

podem ser relacionadas as ações e os motivos políticos, é a diferenciação entre amigo e inimigo” (SCHMITT, 1992, p27). Neste sentido, assim como no autor citado, partimos do princípio de que tais ações político-estatais podem ser entendidas através da identificação e da verificação de categorias que se apresentam em vários âmbitos. A exemplo: “no âmbito da moral as extremas diferenciações sejam bom e mau; no estético, belo e feio; no econômico, útil e prejudicial ou, por exemplo, rentável e não- rentável (SCHMITT, 1992, p.25).

O que podemos notar é que “toda contraposição, seja ela moral, econômica, étnica, ou de outra categoria transforma-se em uma contraposição política quando é forte o suficiente para agrupar os seres humanos efetivamente em amigos e inimigos” (IDEM, p.32).

## **2. A CRISE E O MEDO COMO FORMA DE GOVERNO**

Exemplos como este a história tem aos montes. Foi assim com Ferdinand Marcus em 1972 e o perigo do “comunismo”; com Bush e o 11 de Setembro; com Adolf Hitler e o incêndio no Reichstag; com Vladimir Putin depois de ser nomeado Primeiro-ministro e os atentados a bomba em Moscou; com Edorgan em junho de 2015 e os atentados a bomba do Estado Islâmico; e com o atual presidente da República Brasileira desde suas primeiras aparições nas madrugadas da televisão Brasileira. (LEVITSKY&ZIBLATT, 2018). Não importa muito se os perigos são reais ou fantasiosos, o necessário é reproduzi-los sob o símbolo imaginário daquilo que representa o perigo.

Dentro das áreas da Ciências Humanas como Psicologia, a Antropologia e a Filosofia, o conceito de imaginário se liga à possibilidade de simbolizar, classificar e nomear as coisas do mundo, sejam elas internas ou externas ao sujeito. É através do imaginário da simbolização que os seres humanos produzem não só a linguagem, mas também se percebem e são percebidos. Segundo Casara, “o imaginário se liga à capacidade de representar em pensamento e permite a organização imagética do mundo. Não se trata, pois, de mera imaginação, mas de uma relação especular que permite o advento do sentido que a pessoa atribui a cada fenômeno” (CASARA, 2017, p.78).

Neste sentido, os conteúdos que compõem o imaginário da “crise”, quando na boca de determinados agentes políticos, podem ter a capacidade de produzir aquilo que Gustav Lebon chamou de “multidão psicológica” (Lebon, 1954, p.13). Em tais corpos sociais, que não necessitam estar juntos fisicamente para se sentirem como constituintes de um poder único, aquilo que “é homogêneo absorve o heterogêneo e as qualidades inconscientes passam a dominar (IDEM). Segundo o autor:

o desaparecimento da personalidade consciente, o predomínio da personalidade inconsciente, a orientação num mesmo sentido, por meio da sugestão e

do contágio, dos sentimentos e da ideias, a tendência para transformar imediatamente em atos as ideias sugeridas, são, portanto, os principais caracteres do indivíduo em multidão (IDEM, p. 25).

Segundo o autor, multidões Psicológicas seriam movidas por meio do contágio imaginário e simbólico entre indivíduos. Suas capacidades de ponderar com freios e contra pesos suas ações são menores do que em indivíduos isolados. Seus objetivos podem ser os mais variados possíveis, frequentemente não importando as regras. Como heróis ou carrascos, a multidões se movem em torno de objetivos que as unem. Algo que produzi uma espécie de “efeito manada” em corpos políticos.

Contudo, dando um passo a mais que Lebon, Theodor Adorno nos propõe que as massas não poderiam se constituir apenas por sujeitos entregues à inconsciência de suas ações e impulsos movidos coletivamente. Pelo contrário, seus estudos sobre a chamada “*The Authoritarian Personality*”<sup>13</sup>, mostra-nos que as massas se guiam também pela justificativa do “esclarecimento” (ADORNO, 2015, p.17). Segundo ele “não é suficiente apenas a velha explicação de que os interessados controlam todos os meios de opinião pública, pois as massas dificilmente seriam cativadas por falsas propagandas toscas e capciosas, se nelas mesmas não houvessem” (IDEM, 2012, p.72), como seguiremos a evidenciar, “a ação conjunta do conhecimento de determinantes sociais e das estruturas pulsionais predominantes nas massas” (IDEM, p76).

Conforme proposto em sua obra Ensaio sobre Psicologia Social e Psicanálise, “a propaganda fascista ataca fantasmas [bogies], e não oponentes reais. Ou seja, ela constrói um imaginário do judeu ou do comunista, separa-o em pedaços sem prestar muita atenção a como este imaginário se relaciona com a realidade” (IDEM, p143). Tal forma de propaganda, funcionando como uma espécie de “hipnose de massa” (ADORNO, 2015, p.142) e construída em torno de um dado imaginário de perigo eminente, passa e polarizar o mundo social e classifica-lo em partes boas ou ruins, necessárias ou desnecessárias, honestas ou desonestas amigas ou inimigas. É a partir deste empobrecimento do imaginário, que o atual Presidente da República produz sua autopropaganda, enaltece a si mesmo e diminui seus adversários. Como exemplo, podemos novamente utilizar a entrevista dada em 1999, onde o futuro presidente da república já verbalizava e simbolizava revoltosamente a necessidade de que o Brasil fosse governado por “pessoas honestas”, e não “gente desonesta”<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Conforme Virginia Helena Ferreira da Costa (2019), conceito foi desenvolvido a partir de 1944 e publicado em 1950, mas foi pouco estudado do Brasil. A intenção dos chamados “Frankfurtianos” foi a de “apresentar o conceito de uma nova espécie Antropológica, o tipo autoritário” (COSTA, 2019, p.18).

<sup>14</sup> Cabe salientar que, em falas como esta, frequentemente os sujeitos se veem fazendo parte dos ditos “honestos”, mas nunca o contrário. Ao que nos parece, os “desonestos” compõem o imaginário do “Outro”, e não o “Eu”.

Sobre tais formas propagandistas, compostas por simbologias empobrecidas, podemos novamente retornar a Steven Levitsky e Daniel Ziblatt. Segundo os autores, há grandes possibilidades que a própria sociedade civil se veja concordando com governos que limitam as liberdades quando se encontram frente ao imaginário esclarecido de que perigos que podem destruí-la. Sobre este ponto, talvez poderíamos relacioná-lo novamente a Adorno (2015). Segundo ele, os traços de paranoia fomentados por histerias públicas, são características daqueles governos que se aproveitam das energias produzidas pelas engrenagens das pulsões humanas para dar frutos a governos autoritários.

A respeito dos enunciados e promessas, que tanto uniram os brasileiros que o elegeram, podemos interpretá-los também a partir da mistura entre Ciência Política e Psicanálise propostas por Wladimir Safatle (2016). Segundo o autor, toda e qualquer relação de vínculos de união entre os seres humanos, só pode existir quando se dá lugar à esclarecida “constituição de diferenças intoleráveis alojadas em um exterior que será objeto contínuo de violência” (SAFATLE, 2016, p48). Em suma, para deixar mais claro esta articulação entre filosofia política, psicanálise e os riscos à democracia aqui apresentados, continuamos a beber de Safatle para levantar, em uma toada Hobbesiana e psicanalítica, a seguinte questão:

se de todas as paixões, a que sustenta mais eficazmente o respeito às leis é o medo, então deveríamos começar a nos perguntar como ele é produzido, como ele é continuamente mobilizado. De forma mais precisa, como se produz a transformação do medo contínuo da morte violenta, da despossessão dos bens, da invasão da privacidade, do desrespeito à integridade de meus predicados em motor da coesão social (SAFATLE, 2016, p17).

Neste sentido, tais argumentos fazem correlação positiva com a pesquisa recém-publicada pela revista Centro de Estudo de Opinião Pública (CESOP), da UNICAMP. O trabalho<sup>15</sup>, produzido com a intenção de examinar o nível de apoio da população brasileira a regimes autoritários, atestou a existência de indícios de fortes adesões a regimes antidemocráticos. Segundo os autores, conclui-se:

a forte adesão às posições autoritárias medidas pela escala F adaptada à realidade brasileira está fortemente correlacionada com um fator que devemos

---

<sup>15</sup> O trabalho tem o nome de “Medo da violência e adesão ao autoritarismo no Brasil: proposta metodológica e resultados em 2017”, e foi feito com uma amostra representativa da população adulta a partir de 16 anos de 2.087 pessoas. Os dados foram coletados no ano de 2017, mas publicado apenas em 2020. A principal metodologia empregada foi a aplicação da “escala F”, uma bateria de teste de psicometria desenvolvida por Theodor Adorno e seus colegas contribuidores de pesquisa. O teste estrutura 40 questões que tocam vários pontos latentes relacionados ao apego a personalidades autoritárias. Dentre eles, os 3 principais: o convencionalismo, a submissão à autoridade e a agressividade autoritária. Seus métodos foram adaptados para a população brasileira, e o questionário foi aplicado com apenas 17 assertivas.

considerar chave na determinação dos movimentos das representações sociais sobre a democracia e o autoritarismo no Brasil: o medo da violência, que tem sido eficazmente explorado pelos porta-vozes da extrema direita política para o reforço do pânico moral que tem tomado conta do ocidente nos últimos anos e que, no país, é traduzido como fruto da “frouxidão” das leis penais e da “imposição” de uma agenda “globalista” e “esquerdista” de direitos humanos e sociais” (PESQUISADORES, 2020, p.55).

## 2.1. O Agitador, a Identificação e o Vínculo Erótico.

A questão é simples. É justamente através das forças unificadoras e esculptoras da vida social, que os processos de produção da vida política entre os seres humanos podem se transformar em relações autoritárias. Ou, como bem coloca Virginia Ferreira da Costa, “os mecanismos utilizados para a reprodução dos autoritarismos em democracias estão diretamente relacionados aos modos de socialização de indivíduos” (COSTA, 2019 p.1).

Como proposto por Sigmund Freud e em tom Hobbesiano, sugerimos que há uma agressividade passional e ontológica inscrita na natureza dos sujeitos. A partir daí, insistimos no conceito também freudiano proposto em *O mal-estar na Civilização* para trazer à baila uma das principais reflexões a respeito dos seres humanos e dos processos de socialização. Partimos do princípio de que “sempre é possível ligar um grande número de pessoas pelo amor, desde que restem outras para que se exteriorize a agressividade” (FREUD, 1996, p.81).

Como exemplo, podemos utilizar a primeira fala pública do atual Presidente da República logo após o resultado das eleições de 2019, feita de dentro de sua casa em um condomínio de luxo da cidade do Rio de Janeiro e transmitido para a Av. Paulista e outros pontos do Brasil simultaneamente. Segundo ele, que falava ao som de uma multidão que gritava por seu nome e chamava-o de “mito”, “essa turma, se quiser ficar aqui, vai ter que se colocar sob a lei de todos nós. Ou vão pra fora ou vão pra cadeia”.

Sem nunca deixar claro a quem exatamente se refere quando diz “nós”, ou “essa turma”, o que se pode notar é o tom bélico, agressivo e de destruição da alteridade como forma de fazer política. Nada diferente do que a história nos mostra, principalmente quando o mesmo menciona “os marginais vermelhos”<sup>16</sup> como bode expiatório que poderia nos trazer de volta a “guerra de todos contra todos” (FREUD *apud* HOBBS, 1996, p.76). Em suma, é este o papel dos agitadores.

Como bem coloca Theodor Adorno a partir de em seus estudos feitos pelo Programa de Pesquisa em Antissemitismo, “não é exagero se dissermos que Freud, apesar de seu pouco interesse pela dimensão política do problema,

---

<sup>16</sup> Os imaginários do “comunismo” e do “petista”, foram muito utilizado como combustível para alimentar a engrenagem autoritária do atual governo.

claramente antecipou o surgimento dos movimentos de massa fascistas em categorias puramente psicológicas” (ADORNO, 2015, p.156).

O primeiro deles diz respeito ao fato de que a grande maioria dos governantes fascistas em potencial “se apresentam como lobos solitários” (IDEM, p.138) e como cidadãos comuns. Na manutenção de sua imagem pública, os agitadores surgem como “altruístas, infatigáveis e incessantemente divulgam suas intimidades reais ou fictícias sobre sua vida e de sua família” (IDEM, p.138). Neste sentido, a intenção de identificação populista passa a ser clara não apenas nos textos da escola Frankfurtiana, como também nas frequentes e falsas aparições<sup>17</sup> do chefe do atual executivo em situações de “simplicidade” com sua família. Dentre elas, tomando café, lendo jornal, comendo pão francês, de chinelos e/ou com alguma da seleção Brasileira<sup>18</sup>.

Já a segunda, se refere à convicção psicanalítica que o vínculo entre o agitador fascista e seus seguidores tem origem em identificações libidinais e narcísicas. Nesta perspectiva, tanto a massa quanto o líder que a representa passam por uma das ações mais arcaicas e centrais na história e na formação da subjetividade dos sujeitos; o processo de identificação em que o ideal do “Eu” é substituído pelo ideal da figura narcísica incorporada.

Deste modo, conforme é proposto por Freud em Psicologia das Massas e Análise do Eu (2010) e posteriormente também por Adorno (2015) em seus estudos a respeito da Personalidade Autoritária, percebemos que é justamente através de mecanismos psicológicos que se “transforma a energia sexual primária em sentimentos e mantém as massa coesas” (ADORNO, 2015, p.162). O que nos aponta para “o papel da homossexualidade inconsciente na psicologia das massas” (IDEM, p. 160).

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As presentes reflexões e investigações preliminares, resultante das uniões entre Ciência Política, Psicologia e Psicanálise, nos aponta para a possível existência de mecanismos inconscientes na reprodução daquilo que atualmente chamamos de “Regimes Híbridos”, “Democraturas”, “Constitucionalismos Abusivos”, etc. Conclui-se que a insegurança latente, como estado ontológico de seres que vivem em sociedades que tem o medo como afeto político central, tem a capacidade de amplificar a propaganda autoritária quando se movem em torno da união e da autopreservação.

---

<sup>17</sup> Em matérias publicadas em vários meios de comunicação eletrônica em Fevereiro de 2020, as dezenas de imagens neste formato que foram publicadas pelo atual Presidente em sua campanha eleitoral eram sempre falsas e montadas como um cenário.

<sup>18</sup> As estéticas destas imagens não se resumem a apenas estas. Os exemplos podem ser outros, mas sempre tocam o imaginário do “cidadão Brasileiro comum”.

Consideramos que para podermos pensar a respeito de regimes que se tornam autoritários sem se declarar de forma direta, é necessário que se analise não apenas as modificações constitucionais previstas em normas positivadas. Parece imperativo, então, que tais regimes frequentemente sejam resultados de processos psicológicos, simbólicos e sociais que resultam em corpos políticos dotados de unidade. Neste sentido, conclui-se também que a insegurança que sustenta as relações libidinais de relação grupal, é a mesma matéria prima que alimenta e potencializa regimes autoritários através do imaginário humano. Estimulados por *outsiders* antidemocráticos que aninam e agitam os sentimentos latentes de insegurança que nos fundam, não apenas nos identificamos e nos organizamos em torno de inimigos em comum, como passamos a nos tornar menos flexíveis nas relações entre liberdade e segurança.

Por fim, deixamos claro que tais reflexões ainda estão em processo de amadurecimento, havendo grandes necessidades de aprofundamento em diversos pontos. Tanto no que toca as explicações das bases teóricas que fundam nossas discussões, como em outros pontos abrolhados no decorrer do raciocínio. Contudo, deixo estas pontas soltas para que futuros trabalhos possam ser desenvolvidos.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor. **Ensaio sobre psicologia social e psicanálise**. Trad. de Verlaine Freitas. São Paulo: Editora da Unesp, 2015

ALVES, Fernando de Brito. OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. **Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias**. Argumenta – UENP: Jacarezinho. n°20 p. 33-35. 2014. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/432>>.

ARCHETTI, Fernando Belmonte. **Regimes Autoritários e Regimes Híbridos: Velhos Fenômenos, Novas Dinâmicas**. In: Revive - Revista de Ciências do Estado, v1, n.2, Belo Horizonte, p. 15-26 2016.

CASARA, Rubens. Roberto. R. **Estado pós-democrático: neobscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

EMPOLI, Giuliano Da. **Os engenheiros do CAOS**, 1 ed. São Paulo: Vestigio, 2019.  
Freud, Sigmund. **O mal-Estar na civilização** (Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, Vol. 21). Rio de Janeiro: Imago. (Originalmente publicado em 1929).

**Jair Bolsonaro defendendo a guerra civil fim do voto e fechamento do congresso**. Youtube. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=qIDyw9QKIvw&t=1216s>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

LE BON, Gustave. **Psicologia das multidões**. Rio de Janeiro: F. Briguet; Cia. Editores, 1954.

LEVISTSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as Democracias Morrem**. Zahar. Rio de Janeiro. 2018.

LIMA, Renato Sergio de; JANNUZI, Paulo de Martino; MOURA JUNIOR, James F. Moura; ALMEIDA SEGUNDO, Damião S. **Medo da violência e adesão ao autoritarismo no Brasil: proposta metodológica e resultados em 2017**. Disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/op/article/view/8659523>>.

**O fascismo de Bolsonaro no Hebraica**. *Youtube*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=yabLVrYCvdo>>. Acesso em: 22 de ago. 2020. 20:31:04

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica**. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 15, 1996, p. 85-99.

SAFATLE, Vladimir. **O circuito dos afetos: corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo**. 2. Ed. Ver. Belo horizonte: Autêntica Editora, 2016.

SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Tradução de Alvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992

**Via transmissão de celular, Bolsonaro fala com população na Av. Paulista**. *Youtube*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=H9wxneOnlOI>>. Acesso em: 20 de ago. 2020. 09:33:12



# **NADA SEM ELAS, TODOS POR ELAS: A IGUALDADE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL DA MULHER, A LUTA QUE NÃO CESSA.**

LUNA STIPP<sup>1</sup>  
EDINILSON DONISETTE MACHADO<sup>2</sup>

## **1. INTRODUÇÃO**

O regime democrático carrega consigo a luta por maior igualdade, essa entendida nos mais diversos contextos, tanto econômico quanto social, cultural e político. Sobre esse prisma é que as mulheres têm lutado, ansiando por maior reconhecimento seja na vida pública, seja na esfera privada, principalmente, das grandes corporações.

A Lei existe para garantir esses direitos, mas não foram elaboradas sem que houvesse luta contra o preconceito arraigado na sociedade que silenciosamente cala esse estrato social, fatos que estão sendo superados pelas combatentes da injustiça, nessa história o art.5, inciso III, da Constituição Federal é o su-pedâneo que sustenta todos aqueles que lutam por reconhecimento.

Para as brasileiras, essa é uma questão histórica que se concretizou há trinta anos com a Magna Carta, porém pouco se fala dos movimentos que incitaram as garantias que hoje se batalha para serem respeitadas, preservadas e alargadas. A necessidade de lembrar de movimentos como o Lobby do Batom que em 1987 articulou cotidianamente a busca de igualdade jurídica entre homens e mulheres, ampliações de direitos civis, sociais e políticos, a não discriminação dos sexos é fundamental para traçar o panorama histórico da mulher na luta pelos seus direitos que já antes eram buscados.

---

<sup>1</sup> Doutoranda pela Universidade Estadual do Norte do Paraná- Bolsista CAPES. E-mail: lunastipp@hotmail.com

<sup>2</sup> Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil(2006).Professor professor titular do Centro Universitário Eurípides de Marília-UNIVEM e da Universidade Estadual Norte do Paraná, na graduação e na pós- graduação.

A relevância de vitórias na ceara política é ressaltada, pois o alcance dos votos às mulheres significa além do seu reconhecimento como cidadã o seu acesso a canais de decisão onde podem tratar das questões de seus interesses a partir de suas lentes, levando a pauta o que aflige o segmento, como diferenças não apenas de gênero, mas raça escolaridade e questões sexuais.

As regras escritas são fortalecidas com as práticas que as fazem sobreviver. Inserido nesse contexto de luta por igualdade é que o presente artigo pretende de início abordar os aspectos gerais dos direitos fundamentais com ênfase no princípio da igualdade como condutor das decisões que encaminham a mulher para inserção representativa equânime na sociedade, afastando a discriminação.

Amparado na ideia de um direito fundamental é que o artigo segue para a análise histórica que em conjunto com observações psicológicas e sistêmicas faz remissões a comportamentos e reconhecimentos de exclusão e incipiente inserção da mulher no constructo social.

Empenhados nessa labuta a Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres deram início em 2016 ao movimento ElesPorElas (HeForShe) que envolve diversas nações com sujeitos de idades diferentes participantes do homens e meninos, cujo intuito foi através da parceria com as mulheres e meninas superação de barreiras que impossibilitam esse espectro social de galgar o seu real potencial.

Essa temática é altamente imbrincada a diversas áreas do conhecimento, Direito, Ciência Política, Psicologia, aventadas nesse artigo, em abordagem interdisciplinar e método dedutivo, embasada em fundamentações múltiplas, como relatórios, documentos, artigos jurídicos e estatísticas.

A partir disto, adianta-se que o resultado da pesquisa apontou para poucos avanços na efetiva concretização da minimização das desigualdades entre os sexos, quer pelo próprio preconceito das mulheres quanto por falta de políticas de inclusão e reconhecimento.

## **2. DO DIREITO A IGUALDADE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL**

A designação da fundamentalidade do direito se não utilizada com parcimônia pode conduzir a banalidade e é por isso que se torna relevante verificar se a situação que envolve a luta pela diminuição das desigualdades entre os sexos é um dos casos em que o grau desse direito é ratificado como fundamental. Verificar essa questão é de suma importância, pois acaba por refletir em seu grau de prioridade em pautas políticas, sociais e históricas como na própria forma de gerir a cultura e ações sociais.

Os Direitos Fundamentais surgem conforme a demanda de cada período histórico o que decorre o fato de dividir os direitos fundamentais em gerações ou dimensões que com o passar do tempo vão se aglutinando e conseguem ser

identificadas em períodos de criação, geralmente condizente aos anseios que se buscava à época.

Os chamados direitos de primeira geração ou dimensão são as liberdades negativas clássicas, surgem no século XIX, e XVIII, há limitação, verdadeira demarcação onde os sujeitos reivindicaram por maior abstenção do Estado em face de suas liberdades individuais, seu caráter negativo decorre da limitação do ente e não a sua prestação, neles estão os direitos a liberdade, vida, propriedade, participação política.

Já os direitos de segunda geração estão inseridos no contexto do século XX, marcado pela primeira grande Guerra, relaciona-se as liberdades positivas, reais ou concretas, o Estado é chamado a intervir para que haja a implementação, são direitos como saúde, educação, trabalho, habitação, retratam os anseios das camadas mais pobres, da classe operária que vivia a desigualdade.

Junto a revolução industrial surgiram conflitos conceituais e práticos, com importantes reflexões sobre o casamento e a vida em família. Lugares e funções, direitos e deveres passaram a ser questionados, sem que se pudesse contar com algum modelo prévio<sup>3</sup>, nesse cenário a mulher passa a ocupar um novo espaço, as relações são remodeladas.

Quanto aos direitos de terceira geração, originários da revolução industrial consagram princípios como o da solidariedade e da fraternidade protegendo direito de grupos, coletividade, além das presentes e futuras gerações, são direitos como propriedade sobre o bem comum, comunicação, paz.

Há doutrinadores que como Paulo Bonavides defendem a existência da quarta geração de direitos fundamentais relacionados a direitos genéticos e os de quinta geração, especificamente a paz, em decorrência dos atentados que se verificaram nas últimas décadas, resumido, mas não de maneira superficial pretende esse artigo fixar as bases de um direito fundamental entendendo-o como todo aquele necessário para a sobrevivência humana digna, oponíveis a todos.

Considerado essencial o direito fundamental deve ser formalizado no instrumento constitucional onde receberá proteção contra leis ordinárias e do poder discricionário dos governantes ou detentores do poder, mas não é só, a sua fundamentalidade material deve ser conjugada concomitantemente, e elas são a axiologia da estrutura estatal e social que a constituinte buscou proteger.

Previstos no título I da Constituição Federal é necessário que seja efetivado com a prestação ou preservado com abstenção estatal, nesse contexto somente com a participação popular é possível identificar quais as áreas prioritárias que devem ser alvo de políticas públicas, especialmente vinculadas aos denominados direitos de segunda geração<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup>ANTON, Iara L. C. **A escolha do cônjuge, um entendimento sistêmico e psicodinâmico.** Artmed. 2012, p.32

<sup>4</sup>MENEZES, Daniel F.N.; RIBEIRO, Eduardo Papamanoli. **Definindo a fundamentabilidade dos direitos.** Revista Jurídica (0103-3506). 2014, Vol. 34 Issue 1, p.231.

Documento como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, já em 1948 proclama em seu artigo primeiro e sétimo a igualdade e a liberdade em direitos e dignidade, sem nenhuma distinção de raça ou sexo. Entre os estudiosos os indicadores de desigualdades refletem o amadurecimento da democracia, sendo que quanto mais igualitário o país, menores são as diferenças e o que inclui o nível de participação das mulheres na política e para que isso ocorra não se deve fechar os olhos a necessária comunhão da vida, privada com a vida pública. A mulher passa a ocupar novos lugares, não só se fazendo presente, mas também sendo ouvida.

A existência de uma ambiguidade estrutural na democracia a torna superficial e, portanto, não impactando no desequilíbrio socioeconômico regional e no desequilíbrio social, fatores esses que acabam por colaborar com a debilidade e distorção do seu funcionamento<sup>5</sup> que se verificam em quase todos os setores.

O documento Marco Normativo para consolidar a democracia paritária esclarece que para alcançar esse modelo em que quantidade de homens e mulheres sejam equânimes é necessário identificar os desafios pendentes, com a plena e ativa participação de todas as mulheres, em sua diversidade, como precondição para a boa governança e para atingir a igualdade substantiva ou de resultados em todas as esferas do desenvolvimento<sup>6</sup>.

A proposta de avançar rumo à Democracia Paritária supõe um passo mais. Situa o sistema democrático no centro das transformações. Representa um modelo de democracia no qual a paridade e a igualdade substantiva encarnam os dois eixos estruturantes do Estado inclusivo. Mas, além disso, sua colocação em andamento e consolidação implica na evolução em direção às relações equitativas de gênero, assim como também de etnia, de status socioeconômico e de outras relações para igual gozo e desfrute de direitos<sup>7</sup>.

Atitudes culturais e modelos arcaicos patriarcais são impasses a serem superados para o empoderamento da mulher e diminuição das desigualdades, simultaneamente, a concretização de direitos fundamentais ampliando a cidadania e enriquecendo o regime democrático com o aprimoramento da Lei de cotas, porta de acesso das mulheres a ambientes de decisão.

Quando se retoma a tempos antigos, em que viviam Aristóteles e Platão verifica-se que em seus estudos reconhecia-se a predominância de uma classe social sobre outra, estabelecendo limitações objetivas entre os estrangeiros,

---

<sup>5</sup> ALVES, Fernando B.; LIMA, Jairo Néia. Notes for an Economy of moral disagreements in unequal societies. Revista Oficial do Programa de Mestrado em Direito Constitucional da Escola de Direito de Brasília – Instituto Brasileiro de Direito Público, 2016, p.5.

<sup>6</sup> <[http://www.onumulheres.org.br/wpcontent/uploads/2018/04/Relatorio\\_UNU\\_ElesporElas\\_PesquisaQuantitativa2016.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wpcontent/uploads/2018/04/Relatorio_UNU_ElesporElas_PesquisaQuantitativa2016.pdf)>, p.15

<sup>7</sup> <[http://www.onumulheres.org.br/wpcontent/uploads/2018/04/Relatorio\\_UNU\\_ElesporElas\\_PesquisaQuantitativa2016.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wpcontent/uploads/2018/04/Relatorio_UNU_ElesporElas_PesquisaQuantitativa2016.pdf)>, p.19.

povos conquistados e a mulher afastando-os da coisa pública quer como justificativa a falta de tempo, quer por serem inferiores decorrente de sua própria natureza, fatos que resultaram na legitimação da escravidão e a discriminação de minorias.

A segregação e a submissão de seres considerados inferiores eram entendidas como necessárias não apenas por trazer uma vantagem a quem se beneficiava da situação, mas, investido do discurso de existência de uma “natureza” anterior que justificaria a hierarquia propagava-se e inculcia-se nos dominados a ideia de inferioridade, portanto ao aceitarem a sua posição estavam sendo beneficiados pelos detentores do conhecimento e domínio.

Por certo que nenhuma desigualdade é aceitável, todavia administrar “alguma desigualdade” de acordo com princípios de justiça substantiva é melhor do que viver em “total desigualdade”<sup>8</sup> sem possibilidade de ascensão, conforme se verificava em outras épocas.

A necessidade de efetivação e concretude dos direitos humanos é um desafio que permanece durante os tempos e ainda há muito a ser realizado por todos os agentes da sociedade, nesse sentido Sánchez Rubio:

[...] o efeito de encantamento que têm os Direitos Humanos provoca em quem é mais ou menos privilegiado um estado de certa impotência e complacência, já que se considera que estes podem ser um caminho que confronte as desigualdades e as injustiças, mas sem interessar-se por perceber que seu imaginário se assenta em uma estreiteza tão grande que sabemos que é impossível reduzir a distância existente entre sua teoria e sua prática. O resultado não termina por aí. Também se consolida um hábito excessivamente delegatório no âmbito político, ao deixar-se nas mãos dos políticos e dos juristas a única via de expressão sobre o que é um direito humano. Desta forma, acabamos por perder poder constituinte e responsabilidade política comprometida (RUBIO, 2014, p. 20).

As desigualdades de gênero e raça são eixos estruturantes da matriz da desigualdade social no Brasil que, por sua vez, está na raiz da permanência e reprodução das situações de pobreza e exclusão social<sup>9</sup>, nesse quadro histórico que reconheceu e consolidou os direitos fundamentais caminhou o sexismo que será objeto de análise no próximo tópico.

---

<sup>8</sup> ROSSO, Paulo Sérgio; ALVES, Fernando de Brito. IGUALDADE FORMAL E DESIGUALDADE UTILITÁRIA: OS DISCURSOS DE LEGITIMAÇÃO DA EXCLUSÃO EM ARISTÓTELES E RAWLS. *Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR*, n. 7, p. 69-86, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/73/73>>, p.84. Acesso em: 27 maio 2019.

<sup>9</sup> ABRAM, Laís. Desigualdades de gênero e raça no mercado de trabalho brasileiro. *Cienc. Cult., São Paulo*, v. 58, n. 4, p. 40-41, dez. 2006. Acessado em: <[http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0009-67252006000400020&lng=en&nrm=iso](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252006000400020&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 27 mai. 2019.

### 3. DA LUTA DAS MULHERES CONTRA O SEXISMO

Os lugares que as mulheres ocupam na sociedade seus papéis e funções foram construídos historicamente e podem ser estudados desde longa data, das observações históricas tem-se que as mulheres desempenhavam o papel de cuidadora dos filhos, geralmente ao redor de suas mães e irmãs, enquanto aos homens eram responsáveis pela proteção e sustento do lar, efetuando os escambos e trocas entre os diferentes grupos.

As negociações incluíam esse espectro social, considerada umas das medidas mais importantes as mulheres eram a ferramenta responsável pela exogamia do grupo sendo propriedade dos tios maternos denominados “avúnculos”, ao serem entregues ao novo proprietário os laços antigos eram rompidos e a dedicação à nova família era obrigatória, no caso de insatisfação poderiam ser devolvidas, mas a custas de diversas consequências.

*Marcadas a ferro* é o título do livro de Catillo-Martín e Oliveira (2015) que traz na capa o rosto de uma mulher onde foram gravadas, a ferro quente, as iniciais do nome do seu dono-marido: HB. Aquele rosto ferrado representa milhares de outras que, engessadas em uma relação contratual de casamento, deixam de ser tidas como autônomas cidadãs, perdem ainda a liberdade de escolha e muitas não têm o explícito direito de existir fora de sua pertença contratual, a um dono-marido-patrão-masculino<sup>10</sup>.

As interações sociais entre pais e filhos, garantiu por muito tempo os espaços de poder que se deslocou para a relação entre os gêneros ressaltando o controle viril fixado ainda nos dias de hoje e melhor percebidos em sociedades menos desenvolvidas.

A construção histórica-cultura baseada nessas análises criaram a ideia de que a atração das mulheres ao sexo oposto estava vinculada ao macho alfa, o mais forte da tribo, o responsável pela estabilidade do lar e garantidor da prole mais saudável, todavia, conflitos de ordem social, cultural e política forçaram a reagrupação dos sujeitos, afastando a ideia inicial e propiciando a formação de pares opostos misturados entre oprimidos e poderosos, dominadores e dominados.

Século XX, revolução industrial, época em que as mulheres passam a ocupar espaços que eram de domínio masculino, migram do campo para a cidade e iniciam o trabalho nas indústrias demonstrando que pertencer ao sexo feminino não há torna frágil e menos capaz de desempenhar as funções que antes eram renegadas, foi necessário vencer preconceitos, em conjunto nascem os direitos de segunda dimensão.

---

<sup>10</sup> BANDEIRA, Lourdes. Três décadas de resistência feminista contra o sexismo e a violência feminina no Brasil: 1976 a 2006. Brasília, 2009. Sociedade e Estado, v.24, n. 2, p. 401-438. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v24n2/04.pdf>>. Acesso em 20 de abril de 2019, p.408

No Brasil, no que tange a presença das mulheres na política pertinente destacar a criação do Partido Republicano Feminista fundado por Leonilda Daltro e a Associação Feminista cunhados para mobilizar e reivindicar os interesses das mulheres, além de questionar o conservadorismo cultural onde prevalecia a divisão sexual antes mesmo dos anos de 1920, massa de manobra ou movimento popular, assim como as outras organizações não deixaram de ser influenciadas pelos regimes políticos que se seguiram no país.

A consciência feminista latino-americana foi alimentada pelas múltiplas contradições experimentadas pelas mulheres atuantes nos movimentos guerrilheiros ou nas organizações políticas, por aquelas que foram obrigadas a exilar-se<sup>11</sup>, no mesmo caminho seguiu os direitos fundamentais a situação política da mulher não era pensada como uma exclusão deliberada, mas sim “haviam sido situadas, de preferência, em uma exterioridade, fruto de uma não inclusão e não tanto de uma rejeição por causa de seu sexo<sup>12</sup>.”

Neste sentido, é o dizer de Simone de Beauvoir<sup>13</sup>, ao escrever sobre a sobrevivência obstinada da mulher em nossa civilização, num estado desequilibrado em que se abrem a ela os espaços públicos, mas não se faz questão que exerçam plenamente sua função nestes, já que para as estruturas de poder a mulher é mais conveniente na esfera privada que participando da vida coletiva.

A adoção da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher em 1979, os países da América Latina se empenham em avançar e concretizar a minimização da desigualdade de gênero. O compromisso com a igualdade substantiva das mulheres é confirmado com ações concretas como a que se verificou em 2013, com a XXIX Geral do Parlamento Latino americano, que estabeleceu o marco normativo que reconhece a paridade dos sexos com o objetivo de atingir igualdade no poder, na tomada de decisões e nos mecanismos de representação social e políticas para erradicar a exclusão estrutural das mulheres<sup>14</sup>.

Apenas para ilustrar a ínfima presença das mulheres no cenário político nacional, o Brasil teve sua primeira Ministra de Estado escolhida em 1982, e a primeira Governadora eleita somente em 1994. Há outros casos que demonstram pioneirismo, como o da primeira Prefeita eleita ainda em 1929 (em

---

<sup>11</sup> COSTA, Ana Alice A. O movimento feminista no Brasil: dinâmicas de uma intervenção política. Revista Gênero 2005, p.04

<sup>12</sup> KARAWAJCZYK, Mônica. Os primórdios do movimento sufragista no Brasil: o feminismo “pátrio” de Leonilda Figueiredo Daltro. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/iberoamerica/article/viewFile/15391/12462>>, p. 69. Acessado em: 23 mai. 2019.

<sup>13</sup> BEAUVOIR, Simone de. O segundo sexo: Fatos e mitos. Tradução Sérgio Milliet – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016, p.194.

<sup>14</sup> Marco Normativo para consolidar a democracia paritária. ONU mulheres, por um planeta 50-50 em 2030 um passo decisivo para igualdade de gênero. Disponível em: <[http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2018/06/Marco-Normativo-Democracia-Paritaria\\_FINAL.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2018/06/Marco-Normativo-Democracia-Paritaria_FINAL.pdf)>. Acessado em: 22 mai. 2019.

Lages/RN), a seu respeito constando inclusive ter sido a primeira mulher a sair vitoriosa em uma eleição em toda América do Sul<sup>15</sup>

Movimentos feministas oriundos de manifestações sociais, ainda em sua maioria demandam prestações do Estado, e da sociedade resistida por parte de homens que tentam preservar o *status quo*. A via digital é o meio de viabilizar as manifestações insatisfações, e nesse meio são bombardeadas por trolls projetando-se para dentro da rede a violência que é observada fora dela.

O avanço tecnológico fez com que em 20 anos a internet deixasse de significar, para a maior parte das pessoas, um conjunto de fóruns e *chats* em texto, para permitir a criação de verdadeiros *eus digitais*, individualizáveis e enriquecidos com abundância de imagens, vídeos e informações precisas sobre localização, gostos e atividades.<sup>16</sup>

Ainda, como exemplo a Lei Maria da Penha que opera da ordem simbólica contra a violência da mulher, desestrutura lugares sociojurídicos atacando cada especificidade da face da violência, há trinta anos criou-se o espaço SOS Corpo, primeira instituição que denunciou a violência contra a mulher reivindicando a conscientização do Estado, atitudes como essas são necessárias para a compreensão da opressão que transcende o imaginário de quem vive e não consegue desvencilhar-se dessa situação, também de quem não consegue identificar o horizonte.

A construção dos direitos humanos das mulheres encontra-se em constante evolução dentro e fora do Brasil, em 1972 Mary Wollstonecraft publicou a obra “A vindication of the rights of woman”<sup>17</sup> onde reivindicou os direitos de bem-estar das mulheres, nitidamente inferiores aos dos homens e que ainda nos dias de hoje parecem não terem encontrado a igualdade.

Pautado nesses ideais é que políticas públicas são elaboradas e parcerias são firmadas, recentemente um projeto inovador que incluiu homens e mulheres foi realizado e será analisado no próximo tópico.

#### **4. OBSERVAÇÕES RELATÓRIO FINAL QUANTITATIVO – PESQUISA ELAS POR ELAS 2016**

Nas sociedades a vida privada cotidiana é vista como uma espécie de contrato social desigual e hierárquico que dissimula as relações conjugais que conflitam com os ideais de igualdade universal de direitos entre homens e

---

<sup>15</sup> RODRIGUES, João Batista Cascudo. A mulher brasileira: direitos políticos e sociais. 2.ed. Rio de Janeiro: Renes, 1982, p.197

<sup>16</sup> VALENTE, Mariana; NERIS, Natália. Elas vão feminizar a internet? O papel e o impacto do ativismo online para os feminismos no Brasil. Revista Internacional de Direitos Humanos. 27.ed. Julho de 2018, p.108

<sup>17</sup> Reinvidicação dos Direitos da Mulher – obra de autoria de Mary Wollstonecraft que representa marco teórico inicial da discussão a respeito dos Direitos Humanos das Mulheres.

mulheres<sup>18</sup>, partindo desse viés é que foi realizado um projeto que contou com a iniciativa da ONU Mulheres e do Portal Papo de Homem, viabilizado pelo Grupo Boticário em que se concretizou uma extensa pesquisa em âmbito nacional focada nas relações entre os gêneros no Brasil.

A análise que se pretende realizar no instrumento gerado não tem como objetivo exaurir todas as variantes e aspectos que determinaram e a conclusão da pesquisa e as observações dela decorrentes, deste modo, o intuito do exame cinge a questões e apontamentos escolhidos conforme interesse e relevância das áreas que mais afetam os direitos fundamentais e a desigualdade entre os sexos.

Conforme relatório a coleta de dados foi efetivada via eletrônica, através de plataforma digital possibilitando um amplo acesso dos mais variados interessados. O questionário foi disponibilizado de maneira ininterrupta por 45 dias, verificou-se a colaboração de mais de 20 mil pessoas, ainda com as informações identificadas na pesquisa qualitativa elaborou-se um questionário com perguntas abertas e fechadas.

Importante ressaltar que o locus onde foi realizado a pesquisa possibilita a diversidade de opiniões e a efetivação de uma democracia participativa mais inclusiva isso porque, suas opiniões irão pautar a adoção de medidas para minimizar as desigualdades. A internet agregou a essas práticas que se encontravam em curso, mas a partir de suas próprias estruturas físicas e lógicas, que permitem a comunicação de “todos por todos”, na melhor expressão da “autocomunicação em massa”<sup>19</sup>

Não só espaços específicos para determinadas pesquisas, mas sim, o surgimento de espaço em que ocorre a autocomunicação de massa potencializou a capacidade dos grupos em enfatizar seus interesses de modo que possam se unir aos que conjugam do mesmo ideal. Estas formas de engajamento político-democrático são manifestações de uma democracia virtual, digital, também chamada de e-democracia<sup>20</sup>.

Inicialmente para que houvesse a descrição dos resultados segregou-se os sexos e os gêneros dos participantes entre feminino e masculino, que em conjunto considerou variáveis e valores preditivos constantemente significativo, ou seja, região e escolha sexual, desprezando-se gêneros pouco frequentes, mas reconhecendo a sua existência.

A primeira pergunta importa no reconhecimento do entrevistado sobre a existência ou não de machismo no Brasil, constatou-se que para 81,2% dos homens e 94,8% das mulheres cisgênero existe (e muito) machismo no Brasil,

---

<sup>18</sup> BANDEIRA, Lourdes. Três décadas de resistência feminista contra o sexismo e a violência feminina no Brasil: 1976 a 2006. Brasília, 2009. Sociedade e Estado, v.24, n. 2, p. 401-438. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v24n2/04.pdf>>, p.416. Acesso em: 20 abr. 2019.

<sup>19</sup> Op.cit.106

<sup>20</sup> STIPP, Luna. Participação popular no espaço público cibernético: uma análise sob a ótica da teoria discursiva e da ação comunicativa de Jürgen Habermas. Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2017, p.57

considerada as regiões foi apresentado um desvio ao padrão analisado de 0.36%, sendo a maior taxa de colaboradores que concordaram com a existência do machismo estão localizadas no exterior.

Interessante ressaltar o questionamento subjetivo sobre o quão machista cada entrevistado se considerava, ponderando as próprias atitudes o autorreconhecimento foi 88,6% entre as mulheres e 80,9% entre os homens, sendo a diferença quanto a essa questão maiores entre os que residem no exterior, ou seja, as mulheres que residem fora do país reconhecem praticar atitudes mais machista que os homens na mesma situação.

Essa questão reflete a opinião de 81,30% do sexo feminino e 93,80% do sexo masculino quando tiveram que manifestar a concordância ou não na frase “mulher que anda com camisinha é safada”, isso demonstra que apesar de haver machismo entre os homens, ele aparece de maneira alarmante entre as mulheres, o documento ainda demonstra que além do ambiente cultural ao qual se está inserido, a própria mulher, conforme reflexo das questões aventadas, contribuem para a permanência dessa situação.

Tal fato remonta aos acontecimentos iniciais da luta sufrágica brasileira das mulheres, além das argumentações do sexo masculino há a constatação de que a aversão à luta pelo voto feminino não provinha apenas dos homens, mas também de muitas mulheres que não só não tinham pretensões emancipatórias como criticavam as que queriam a emancipação política.<sup>21</sup>

Não menos importante o relatório aborda questões que relacionam o machismo, o feminismo e o conhecimento dos entrevistados sobre o assunto, mas o que é mais relevante para o objeto que está em análise é a questão “Você diria que existe desigualdade de direitos e oportunidades entre homens e mulheres no Brasil?”, o sexo masculino declara a existência de bastante desigualdade no Brasil, sendo eles do gênero masculino ou feminino. Reconhecem ainda, que esse é um problema de extrema importância.

A esses fatos confessados pelos entrevistados reconhece-se que seria melhor para ambos os sexos se houvesse mais igualdade de direitos e oportunidades entre os homens e mulheres.

Algumas crenças relativas à rigidez de papéis feminino e masculino, ou crenças machistas, são muitas vezes reforçadas pelos próprios homens e mulheres. Algumas crenças relativas ao comportamento no trabalho, ilustram isso: A dificuldade de receber ordens de mulheres no trabalho é compartilhada por 6,9% dos homens (concordam em parte ou totalmente) e por 6,6% das mulheres (concordam em parte ou totalmente). Da mesma forma, 23,7% dos homens e 24,3% das mulheres concordam em parte ou totalmente, que as mulheres deveriam decidir se a prioridade nas suas vidas é a carreira profissional ou os

---

<sup>21</sup> BESTER, Gisela Maria. A LUTA SUFRÁGICA FEMININA E A CONQUISTA DO VOTO PELAS MULHERES BRASILEIRAS: ASPECTOS HISTÓRICOS DE UMA CAMINHADA. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 25, p. 327-344, mar. 2017. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/907>>, p. 336. Acesso em: 16 mai. 2019.

filhos. A rigidez no papel (e, até mesmo, na identidade) masculino no âmbito profissional também pode ser identificada, por meio da crença de que “um homem sem trabalho, não é homem”. Essa afirmativa conta com a concordância total ou parcial de 18,9% dos homens, e de 8,4% das mulheres<sup>22</sup>

A análise fatorial foi gerada em decorrência da forma com que os participantes reagiram às questões através de um processo estatístico, três grandes grupos se formaram, o primeiro, o lugar do homem, segundo, o lugar da mulher e terceiro, responsabilidades (des)iguais.

A mulher para alcançar as mudanças de mentalidade, enfrenta resistência que deve ser superada com o auxílio do Estado e de organismos sociais definindo metas e implementando políticas, vencendo o próprio preconceito desse estrato social. Através de uma ação direta de convencimento dos parlamentares, que ficou identificada na imprensa como o *lobby do batom*, o movimento feminista conseguiu aprovar em torno de 80% de suas demandas, se constituindo no setor organizado da sociedade civil que mais vitórias conquistou <sup>23</sup>

A partir da construção de um banco de dados que inventariou protestos feministas no país de 2003 a 2017, com mais de 400 entradas, identificam nada menos que uma “volta às ruas” a partir de 2011, com o surgimento da Marcha das Vadias<sup>24</sup>.

É possível verificar o movimento emancipatório cultural e social das mulheres nos últimos anos, mas quando se volta a averiguar como se consolidou o status que hoje se pretende dismantelar há muito caminho a ser percorrido.

## 5. CONCLUSÕES

As sociedades hodiernas guardam um passado histórico-cultural de submissão da mulher em relação aos homens, desvelar o caminho que esse segmento social tem ainda hoje que desconstruir é fundamental para entender e poder superar as desigualdades latentes e afastar a discriminação.

A luta por igualdade ultrapassa a esfera material entre homens e mulheres, o relatório analisado demonstra que o preconceito está inserido em ambos os sexos o que nos remete a pensar na implementação de políticas públicas que atinjam a sociedade como um todo. Espaços são criados e alguns conquistados, a voz é dada, mas o que permanece interno ao sujeito deve ser reformado para assim haver efetividade.

O desafio de rompimento da barreira ontológica que situou a mulher como dona do lar, provedora e mantenedora da prole foi por muito tempo a

---

<sup>22</sup> <[http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2018/04/Relatorio\\_ONU\\_ElesporElas\\_PesquisaQuantitativa2016.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2018/04/Relatorio_ONU_ElesporElas_PesquisaQuantitativa2016.pdf)>, p.51

<sup>23</sup> COSTA, Ana Alice A. O movimento feminista no Brasil: dinâmicas de uma intervenção política. Revista Gênero 2005.p.04

<sup>24</sup> Op.cit., p. 107.

causa de sua abstenção da vida política e profissional, é necessário romper o molde que situou a mulher como inferior e assim reformular os papéis sociais.

Não há dúvida que esse estrato social tem força e capacidade de mobilização, conforme as evidentes conquistas observadas ao longo do século, o movimento é constante, pois assim como os direitos fundamentais mudam ao longo do tempo, a demanda e necessidades de direitos da mulher seguem a mesma trilha sem fim, que agora percorre esfera global com o auxílio das redes virtuais, onde movimentos são articulados e a cultura da denúncia fomentada.

Não há como ser crente, premente perfilhar que acima das barreiras globais o desafio apresenta-se internamente, no reconhecimento e aceitação da existência de uma desigualdade lastreada em uma sociedade machista, patriarcal que ainda objetiva a mulher e imputa postura e papéis que visam a manutenção do *status quo*, a luta não cessa.

## REFERÊNCIA

ABRAM, Laís. Desigualdades de gênero e raça no mercado de trabalho brasileiro. **Cienc. Cult.**, São Paulo, v. 58, n. 4, p. 40-41, Dec. 2006. Disponível em: <[http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0009-67252006000400020&lng=en&nrm=iso](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252006000400020&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 27 mai. 2019.

ALVES, Fernando B.; LIMA, Jairo Néia. **Notes for an Economy of moral disagreements in unequal societies**. Revista Oficial do Programa de Mestrado em Direito Constitucional da Escola de Direito de Brasília – Instituto Brasiliense de Direito Público, 2016.

ANTON, Iara L. C. **A escolha do cônjuge, um entendimento sistêmico e psicodinâmico**. Artmed. 2012.

BANDEIRA, Lourdes. Três décadas de resistência feminista contra o sexismo e a violência feminina no Brasil: 1976 a 2006. Brasília, 2009. Sociedade e Estado, v.24, n. 2, p. 401-438. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v24n2/04.pdf>>. Acesso em 20 de abril de 2019.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: Fatos e mitos**. Tradução Sérgio Milliet – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016

BESTER, Gisela Maria. A LUTA SUFRÁGICA FEMININA E A CONQUISTA DO VOTO PELAS MULHERES BRASILEIRAS: ASPECTOS HISTÓRICOS DE UMA CAMINHADA. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 25, p. 327-344, mar. 2017. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/907>>. Acesso em: 16 mai. 2019.

COSTA, Ana Alice A. **O movimento feminista no Brasil: dinâmicas de uma intervenção política**. Revista Gênero 2005.

KARAWCZYK, Mônica. **Os primórdios do movimento sufragista no Brasil: o feminismo “pátrio” de Leolinda Figueiredo Daltró**. Disponível em: <<http://revistas>

eletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/iberoamericana/article/viewFile/15391/12462>. Acessado em: 23 mai. 2019.

LOPES, Aline Luciane. A MULHER E A CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 15, p. 223-237, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/206/205>>. Acessado em: 16 mai. 2019.

MENEZES, Daniel F.N.; RIBEIRO, Eduardo Papamanoli. **Definindo a fundamentabilidade dos direitos**. Revista Jurídica (0103-3506). 2014, Vol. 34 Issue 1, p.97-111. 15p.

PIMENTEL, Silvia. Aborto: um direito da mulher. **Lua Nova**, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 18-20, Sept. 1985. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451985000300005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451985000300005&lng=en&nrm=iso)>. Acessado em: 15 mai. 2019. <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451985000300005>>.

**Marco Normativo para consolidar a democracia paritária**. ONU mulheres, por um planeta 50-50 em 2030 um passo decisivo para igualdade de gênero. Disponível em <[http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2018/06/Marco-Normativo-Democracia-Paritaria\\_FINAL.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2018/06/Marco-Normativo-Democracia-Paritaria_FINAL.pdf)>. Acessado em: 22 mai. 2019.

<[http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2018/04/Relatorio\\_ONU\\_Eles\\_por\\_Elas\\_PesquisaQuantitativa2016.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2018/04/Relatorio_ONU_Eles_por_Elas_PesquisaQuantitativa2016.pdf)>.

RODRIGUES, João Batista Cascudo. **A mulher brasileira: direitos políticos e sociais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renes, 1982.

ROSSO, Paulo Sérgio; ALVES, Fernando de Brito. IGUALDADE FORMAL E DESIGUALDADE UTILITÁRIA: OS DISCURSOS DE LEGITIMAÇÃO DA EXCLUSÃO EM ARISTÓTELES E RAWLS. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 7, p. 69-86, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/73/73>>. Acesso em: 27 mai. 2019.

RUBIO, David Sánchez. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**: de emancipações, libertações e dominações. Tradução: Ivone Fernandes Morcillo Lixa, Helena Henkin. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STIPP, Luna. **PARTICIPAÇÃO POPULAR NO ESPAÇO PÚBLICO CIBERNÉTICO: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA TEORIA DISCURSIVA E DA AÇÃO COMUNICATIVA DE JÜRGEN HABERMAS**. Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2017.

VALENTE, Mariana; NERIS, Natália. **Elas vão feminizar a internet?** O papel e o impacto do ativismo online para os feminismos no Brasil. Revista Internacional de Direitos Humanos. 27.ed. Julho de 2018.



# A OMISSÃO DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO NO ESTABELECIMENTO DE REGRAS DE CONVERSÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO DA PESSOA TRANSGÊNERO

EDUARDA FERNANDES OLSEN<sup>1</sup>  
GABRIEL VIEIRA TEREZI<sup>2</sup>  
RENATO ALEXANDRE DA SILVA FREITAS<sup>3</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

Nos complexos dias atuais, é necessário que se faça uma identificação respeitosa e clara quanto a conceitos relacionados ao gênero, tanto para delimitar o objeto de estudo quanto para evitar a utilização equivocada de termos incorretos.

Neste sentido, é imprescindível que haja uma identificação breve da evolução histórica e social do tema da transexualidade, bem como sua influência na visão político-jurídica da atualidade.

Ao se abordar o Sistema de Seguridade Social Brasileiro, em especial na sua relação com pessoas transgêneros, se faz imperioso descrever-se o contexto socioeconômico com que se é permitido o acesso do transexual a cirurgia de redesignação de sexo pelo Sistema Único de Saúde, assim como a sua inserção no meio social, com políticas de inclusão de minorias

A Constituição Federal, em seu artigo 194, parágrafo único, inciso I, dispõe a “universalidade da cobertura e do atendimento” (BRASIL, 1988). Em suma, dispõe que a todos deve estar acobertada a seguridade social. Contudo,

---

<sup>1</sup> Graduanda em direito pelo Centro Universitário Toledo, de Araçatuba, SP.

<sup>2</sup> Mestrando em Ciência Jurídica pelo Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) – Jacarezinho, PR. Advogado.

<sup>3</sup> Doutorando em Ciência Jurídica pelo Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) – Jacarezinho, PR. Mestre em Direito na área de concentração de Tutela Jurisdicional no Estado Democrático de Direito, pelo Centro Universitário Toledo (UNITOLEDO) – Araçatuba/SP. Professor universitário.

em razão do preconceito institucionalizado em nossa sociedade inegavelmente patriarcal, muitas vezes o indivíduo transexual teve e tem a sua existência renegada e, assim, seus direitos fundamentais violados.

Nesse sentido, busca-se contemplar o indivíduo transgênero na sociedade contemporânea, dentre outras opções, por meio dos pilares da Seguridade Social, com políticas públicas de inclusão de minorias e, conseqüentemente, com a sua proteção previdenciária, até para viabilizar uma reparação histórico-social pelos séculos de invisibilidade, a fim de que haja uma real garantia de suas proteções fundamentais.

Noutro giro, por mais que se visualize progresso em determinadas áreas dessa temática, como se dá em relação a possibilidade de submissão a cirurgia de redesignação sexual e o acompanhamento hormonal, fornecido por equipe multi-profissional do Sistema Único de Saúde (SUS), é ainda corriqueiro que indivíduos trans sejam olvidados de proteção securitária social. Muitas vezes fazendo-se necessária inclusive a atuação de organizações particulares sem fins lucrativos junto ao Estado para auxiliar esse(s) grupo(s) periférico(s).

Não se pode afastar que, uma vez ingressando um indivíduo no mercado, transforma-se ele em um segurado da Previdência Social, com o dever de contribuir junto ao sistema de custeio do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), mas também, com a expectativa de usufruir dos benefícios e serviços oferecidos.

A problemática surge, então, na inércia do legislador em regulamentar regras previdenciárias próprias, ou mesmo em indicar fatores de conversão temporal para os segurados transgêneros. Diante dessa omissão, muitas vezes tais grupos se encontram virtualmente desamparados legalmente, e, ainda mais pela invisibilização que já foi apontada, excluídos do âmbito previdenciário.

Por óbvio, esse quadro, ainda que de forma indireta, incentiva o ativismo judiciário, como foi o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275/2018, a qual permitiu a inclusão do nome social inclusive em documentos públicos, sem a necessidade de realização da cirurgia de redesignação sexual.

A invisibilidade dessa população, além de traduzir um verdadeiro descaso por parte de todo um segmento político-patriarcal com questões sociais altamente relevantes e atuais, ainda contribui com a geração de insegurança jurídica, uma vez que a concessão de benefícios previdenciários culmina na dependência daquela alcunhada loteria judiciária.

Não por outras razões é que o presente trabalho almeja comprovar essa omissão, bem como delimitar o cenário na qual a mesma, em linhas gerais, se encontra configurada no atual ordenamento jurídico brasileiro, de modo a,

por meio de uma metodologia histórico-bibliográfica, permitir o fomento ao tema, e a viabilização de soluções futuras.

## **2. O TRANSGÊNERO E A CARATERIZAÇÃO DO SEXO**

A invisibilidade da pessoa transgênero pode se dar por diversos fatores, contudo, o principal deles sem dúvida é, ainda hoje, a ignorância e o preconceito que imperam quanto ao tema. A diversidade sexual, que parece ser ainda hoje tratada como tabu, nada mais é do que a constatação de existem múltiplas formas de vivência e de expressão sexual de um indivíduo, podendo haver, por óbvio, diferenças ao se tratar o sexo biológico, a orientação sexual e a própria identidade de gênero (SÃO PAULO, 2014).

Com o passar dos anos, o conceito de gênero passou por processos de expansão, evolução e transformação, não se limitando mais a outrora tradicional forma de divisão binária, na qual só existiam dois gêneros: o masculino e o feminino.

Segundo a pioneira autora Judith Butler (2003, p. 37), “o gênero é uma complexidade cuja totalidade é permanentemente protelada, jamais plenamente exibida em qualquer conjuntura considerada.”

Partindo deste pressuposto, podem-se diferenciar os conceitos de identidade e orientação sexual, visto que a primeira corresponde à forma com que a pessoa identifica o próprio gênero, conhecida, também, como identidade de gênero.

A orientação sexual, por sua vez, está ligada aquele com quem se relaciona, não mais a quem (de fato) alguém é, como conceitua o Juiz Federal Roger Raupp Rios (2001, p. 388):

Esta é compreendida como a identidade atribuída a alguém em função da direção de seu desejo e/ou condutas sexuais, seja para outra pessoa do mesmo sexo (homossexualidade), do sexo oposto (heterossexualidade) ou de ambos os sexos (bissexualidade).

Há uma infinidade de gêneros nos quais se podem transitar, não se limitando apenas a “homem” ou “mulher”. Com efeito, além de trans-homem ou trans-mulher, uma pessoa pode se identificar como não-binária, por exemplo, inclusive conforme prevê a cartilha do movimento Livres e Iguais (2017), iniciativa da Organização das Nações Unidas.

Tendo se consignado essas possibilidades, o presente trabalho se debruçará, exclusivamente, na temática que envolve a população transgênero. Nesta toada, é possível que um indivíduo possua uma identidade sexual que não condiz com o sexo que lhe fora designado no momento do nascimento – o sexo biológico, assim ocorrendo com pessoas transgênero.

Portanto, é possível que uma pessoa se identifique como trans-mulher, ou seja, que em seu nascimento tenha tido como sexo designado o masculino, mas que com o passar do tempo tenha passado a se identificar com o feminino, assumindo-o; concomitantemente tenha um relacionamento com um homem. Nesse exemplo, aquela será considerada como heterossexual, tendo em vista que, não se pode confundir orientação sexual com a identidade de gênero.

Ao contrário do que se pensa, a discussão acerca da diversidade sexual e, do próprio conceito de gênero não é atual. Todavia, durante grande parte da história ocidental imperou, em maior ou menor grau, estigma em relação à essa manifestação.

De fato, não deve espantar que a sociedade patriarcal e tradicionalista tenha, por longo tempo e, em verdade, até os dias atuais, presenciado historicamente processo no qual imperou longamento patologização do gênero, ou seja, o fenômeno segundo o qual indivíduos transgêneros seriam diagnosticados como doentes mentais, apenas por não reconhecerem, no próprio corpo, sua identidade.

Apenas no ano de 2018 ocorreria a despatologização do fenômeno. Isto é, a OMS na formulação da CID-11 (Classificação Internacional de Doenças), retiraria a transexualidade da seção que abordava doenças mentais, para inclui-la no departamento de comportamentos sexuais. Com a mudança, os países passaram a ter até o ano de 2020 para se adaptarem a nova CID, que deverá evidentemente incidir e influenciar programas governamentais em nível global (CAÑIZARES, 2018).

Contudo, para que se chegasse ao estágio atual, muito se discutiria acerca do tema. Durante o século XX, principalmente no cenário pós-guerra, há a presença de manuais da área clínica, em especial da saúde mental, trazendo, como parte de rol de doenças e distúrbios da mente, o fenômeno da transexualidade, como é o caso do *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM), formulado pela Associação Americana de Psiquiatria, com repercussão em nível mundial.

Em sua terceira edição, o DSM-III, publicada em 1987, pela primeira vez menciona a transexualidade como um “transtorno sexual”. Ao mesmo tempo em que a homossexualidade deixava de figurar como principal mote nos manuais psiquiátricos, o indivíduo transgênero passou a ganhar um destaque indesejado (RUSSO; VENÂNCIO, 2006).

Em sua quarta edição, distribuída em 1995, o termo transexualismo foi substituído por Transtorno de Identidade de Gênero (TIG), mas permaneceu ainda na seção de transtornos sexuais, ladeado inclusive pela pedofilia, apenas para citar um exemplo. O DSM-IV trouxe critérios para que se pudessem identificar indivíduos que suportassem o assim chamado TIG em diversas categorias, como crianças, adolescentes e adultos. Entretanto, deixou-se de

fazer uma distinção entre a orientação sexual e o gênero.

Em igual equívoco, a nomenclatura atribuída a pessoas transgêneros seguia o raciocínio do gênero socialmente atribuído, e não levava em conta a auto identificação. O que evidencia uma generalização simplista, que apenas levava em conta estereótipos socioculturais, como aquele segundo o qual exigir-se-ia – para que se caracterizasse uma garota-trans – que a criança necessariamente gostasse de brinquedos tidos como femininos pela sociedade (MAIA, 2019).

Fica assim demonstrada uma visão patriarcal e extremamente preconceituosa. Há, claramente, uma tentativa de individualizar vivências plurais, como a não distinção entre sexo e gênero, como se uma acompanhasse necessariamente a outra. Sendo certo que nem todas as crianças vão possuir as mesmas preferências direcionada a brincadeiras, uma menina-trans pode, evidentemente, adotar o futebol como atividade favorita, e, ainda assim, não se identificar com o seu gênero biológico.

Inicia-se, então, uma discussão acerca da contradição na patologização da transexualidade bem como da inadequação das consequências dessa classificação.

O foco da discussão residiu no fato de que, ao colocar-se a transexualidade – podendo também ser mencionada como disforia de gênero – em uma das categorias de patologia sexual, acabar-se-ia por singularizar aquelas vivências. Passou-se a buscar uma aceitação social do gênero psíquico, sendo a cirurgia de redesignação de sexo e outras transformações corporais tidas apenas como consequência deste reconhecimento, pelo anseio de reproduzir em seu corpo as expectativas socioculturais, de forma com que este corresponda a sua real identidade de gênero (TENÓRIO; PRADO, 2016).

Houve quem entendesse que, caso a disforia de gênero não mais constasse do rol de transtornos sexuais, as políticas governamentais deixariam de ser obrigadas a garantir o acesso do transexual a cirurgia de redesignação sexual, por exemplo, a ser fornecida de forma gratuita pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Essas posições, defendem, em suma, que a marginalização sofrida pela população transgênero seria um efeito colateral a ser suportado, em prol da continuidade dos procedimentos de atendimento a estes, como o tratamento hormonal (CAVALCANTE, *et al* 2016). Entretanto, como expõe o sociólogo espanhol Miguel Missé:

Lutar pela despatologização é defender que nossas identidades fazem parte da diversidade e que temos direito a modificar nosso corpo quando assim decidirmos. Reivindicar um livre acesso aos hormônios ou às cirurgias é a parte central da luta, não um detalhe, não é uma segunda etapa da luta: é uma luta em si mesma (2011, *apud* BENTO; PELÚCIO, 2012, p. 574).

O movimento de despatologização do gênero ganha, assim, força no início do século XXI, com a campanha internacional *Stop Trans Pathologization* (STP), que em seu manifesto propõe, não somente a retirada da disforia de gênero das seções de transtornos mentais de guias médicos, mas, ainda, um livre acesso àqueles tratamentos hormonais e cirúrgicos, à mudança de nome em documentos dentre outras práticas e políticas de reconhecimento.

Em sua quinta edição (2013), então, o *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorder* renomearia o TIG como disforia de gênero (GD), mas os diagnósticos ainda permaneceriam divididos pelas fases da vida, devendo ser observados critérios específicos de acordo com a idade, entre outras pautas abordadas, como a separação da disforia de gênero do rol de disfunções sexuais e parafilias, ganhando um capítulo próprio (BENTO, 2016).

Portanto, com a recente publicação do CID-11, ainda não se tem clareza quanto ao modo como as políticas públicas internacionais e nacionais lidarão com a nova visão que passa-se a ter do indivíduo transgênero, que não mais poderá ser considerado doente.

Por ora, aguarda-se também o ano de 2020 para que se possam aferir os reais avanços e instrumentos disponibilizados nesta política de transição da despatologização do gênero, bem como a efetividade dessas práticas, afim de que, espera-se, se possa finalmente alcançar um patamar de respeito à escolha do gênero psíquico em sua pluralidade.

Ainda assim, e para mencionar o cenário nacional, não se pode deixar de citar, como grande marco na luta pela visibilidade de indivíduos transexuais o advento do Decreto n. 8.727, em 28 de abril de 2016, o qual aborda:

Art. 1º Este Decreto dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis ou transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Parágrafo único. Para os fins deste Decreto, considera-se:

- Nome social - designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida;
- Identidade de gênero - dimensão da identidade de uma pessoa que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar relação necessária com o sexo atribuído no nascimento. (BRASIL, 2016)

Como se depreende da leitura da norma, os funcionários e usuários, transgêneros e travestis, da administração pública no âmbito federal, direta ou indireta, poderiam optar pela utilização do nome social, enquanto permanecessem nesta esfera. Contudo, o mesmo dispositivo legal expõe em seu artigo 3º:

Art. 3º Os registros dos sistemas de informação, de cadastros, de programas, de serviços, de fichas, de formulários, de prontuários e congêneres dos órgãos

e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão conter o campo “nome social” em destaque, acompanhado do nome civil, que será utilizado apenas para fins administrativos internos (BRASIL, 2016).

Assim, para fins administrativos internos o nome social deveria ser acompanhado pelo nome civil do servidor ou servidora em questão, o que, segundo a mestre em direito Heloísa Helena Silva Pancotti, “expôs a intimidade das pessoas trans e ainda retirou-lhes o direito ao esquecimento da vida pregressa” (2019, p. 65), configurando-se assim um *backlash* indesejável.

Como se sabe, via de regra, o nome civil constante na certidão de nascimento é imutável, conforme dispõe tanto o Código Civil brasileiro, quanto a Lei n. 6.015/1973, que rege os registros públicos. Entre as exceções, cite-se o artigo 57 da referida lei, que dispõe:

A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 12.100, de 2009) (BRASIL, 1973).

Por mais que o indivíduo transgênero possuísse o direito líquido e certo da mudança de seu nome em documentos civis, não se pode olvidar o constrangimento que esse procedimento muitas vezes implica, inclusive diante do risco de se ver lançado à sorte do judiciário.

Pensando em sanar a mencionada lacuna, o Supremo Tribunal Federal decidiu, quando da apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275<sup>4</sup> e, posteriormente, no Recurso Extraordinário n. 670.422/RS, a possibilidade de alteração do registro civil.

Em assim sendo, se faz pertinente tecer breves comentários aos votos proferidos pelos Ministros Marco Aurélio Mello e Celso de Mello no julgamento da ação em questão. O primeiro, ministro relator da ação de controle de constitucionalidade, baseou sua decisão não apenas nos pilares constitucionais que abrangem a igualdade, liberdade, dignidade, intimidade e honra, mas também no Pacto de São José da Costa Rica.

Tal entendimento seguiu ainda a Opinião Consultiva n. 24/17, divulgada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), dispondo que o direito de identidade da pessoa transgênero também se configura como um inegável dever, visto ser fundamental para que o indivíduo goze de outros direitos, como a proteção à vida e a sua dignidade humana (2017). Conclui o

---

<sup>4</sup> Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275. Min. Relator Marco Aurélio Mello. Tribunal pleno. Julgado em 01/03/2018. DJ-e 06/03/2019.

seu voto, por fim, com a seguinte percepção:

Noutras palavras, a alteração dos assentos no registro público depende apenas da livre manifestação de vontade da pessoa que visa expressar sua identidade de gênero. A pessoa não deve provar o que é e o Estado não deve condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo, ainda que meramente procedimental (ADI 4275, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe- 045 DIVULG 06-03-2019 PUBLIC 07-03-2019).

No mesmo sentido, seguiu-se o voto do Ministro Celso de Mello, que concluiu enunciando:

Para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual ou simplesmente formal, torna-se necessário assegurar às minorias, notadamente em sede jurisdicional, quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, os direitos fundamentais que a todos, sem distinção, são assegurados, pois ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República (ADI 4275, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 06-03-2019 PUBLIC 07-03-2019).

Meses após o julgamento da ADI n. 4275, o Supremo Tribunal Federal, então revisita o Recurso Extraordinário n. 670422/RS, solucionando o tema 761, e apresentando a seguinte tese:

i) O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa; ii) Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo 'transgênero'; iii) Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial; iv) Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar de ofício ou a requerimento do interessado a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos. (Supremo Tribunal Federal. RE n. 670422/RS. Ministro Relator: Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Julgado em 15/08/2019, sigredo de justiça).

Desde então, firmou-se como não mais necessário que o transgênero passa-se por procedimentos cirúrgicos, como a própria redesignação sexual e, menos ainda por tratamentos hormonais, para que pudesse ter o nome alterado em documentos públicos e privados, o que constituiu um inegável marco na história da comunidade LGBTQ+.

Entretanto, como recorda a já citada Heloísa Pancotti, tanto a proteção social, quanto o amparo previdenciário do transgênero se encontram longe de serem considerados pelas pautas político-legislativas, restando ainda esta população “à mercê de decisões judiciais conflitantes” (2019, p. 68).

Uma vez estabelecidos tais conceitos envolvendo o gênero, sua evolução histórica e, principalmente, o meio político-judicial que propiciou a despatologização, é necessário que se compreenda a estrutura da Seguridade Social brasileira, para que se constate a omissão quanto à população transgênero.

### **3. BREVE ABORDAGEM À SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL**

A seguridade social brasileira é composta por três pilares essenciais: saúde, previdência social e assistência social. O Título VIII da Constituição Federal de 1988 dispõe acerca da ordem social, e tem como intuito principal a melhora no nível de vida populacional, baseando-se no princípio da solidariedade (TSUTIYA, 2013).

Para os fins do presente trabalho, será abordado, majoritariamente, o objeto da Previdência social – um daqueles pilares do sistema de seguridade social, que pode ser definido como:

Sistema pelo qual, mediante contribuição, as pessoas vinculadas a algum tipo de atividade laborativa e seus dependentes ficam resguardadas quanto a eventos de infortúnica (morte, invalidez, idade avançada, doença, acidente de trabalho, desemprego involuntário), ou outros que a lei considera que exijam um amparo financeiro ao indivíduo (maternidade, prole, reclusão), mediante prestações pecuniárias (benefícios previdenciários) ou serviços (CASTRO; LAZZARI, 2018, p. 51).

Assim como os outros baluartes da Seguridade Social, também aqui se encontra respaldo constitucional, estando disposta na terceira seção da carta magna, denominada: “Da Previdência Social” (BRASIL, 1988), tendo a sua regulamentação complementada pelas leis n. 8.212/91 (Lei orgânica da Seguridade Social) e n. 8.213/91 (Plano de Benefícios da Previdência Social).

Contudo, ao contrário das outras colunas, a previdência social se configura em um subsistema contributivo, com filiação obrigatória (exigindo-se uma prévia contribuição direta do indivíduo para que este se encontre amparado). Há, assim, uma pré-condição necessária para que haja de fato o direito subjetivo de percepção dos benefícios e serviços, acarretando em uma limitação subjetiva dos beneficiários. Só restará protegido pela previdência social, àquele que com ela contribui (DIAS; MACÊDO, 2012).

Portanto, a Constituição, ao dispor acerca da contribuição social, adotou aquilo que Sérgio Pinto Martins (2014) nomeia como tributo vinculado,

cuja destinação será fundo para que o segurado tenha acesso, e que, de forma ampla, possa custear não apenas o âmbito previdenciário, mas também, os outros pilares da Seguridade Social.

É também sabido que a emenda constitucional n. 20/1998 promoveu uma repartição nos regimes da previdência social, dividindo-os em principal e complementar, os quais possuem suas próprias subdivisões (BRASIL, 1998). O presente trabalho terá como objeto de análise o regime principal, em especial o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), que pode ser conceituado como:

O RGPS abrange obrigatoriamente todos os trabalhadores da iniciativa privada, ou seja: os trabalhadores que possuem relação de emprego regida pela Consolidação das Leis do Trabalho (empregados urbanos, mesmo os que estejam prestando serviço a entidades paraestatais, os aprendizes e os temporários), pela Lei Complementar n. 150/2015 (empregados domésticos); e pela Lei n. 5.889/1973 (empregados rurais) os trabalhadores autônomos, eventuais ou não; os empresários, empresários individuais e microempreendedores individuais ou sócios de empresas e prestadores de serviços remunerados por “pro labore”; trabalhadores avulsos; pequenos produtores rurais e pescadores artesanais trabalhando em regime de economia familiar; e outras categorias de trabalhadores, como garimpeiros, empregados de organismos internacionais, sacerdotes etc. (CASTRO; LAZZARI, 2018, p. 97).

Além dos segurados obrigatórios, a previdência social permite a participação dos segurados facultativos, que integrarão o Regime Geral de Previdência Social, uma vez que necessária a obediência ao já citado princípio da “universalidade da cobertura e atendimento”, disposto no artigo 194, parágrafo único, inciso I, da Constituição Federal (MARTINS, 2014).

Entretanto, não apenas dos segurados é composto o sistema de previdência social brasileiro, sendo o dependente uma segunda figura que poderá se beneficiar dos serviços e benefícios oferecidos pelo Regime Geral, como declara o artigo 10, *caput*, da lei 8.213/1991, que trata dos Planos de Benefícios da Previdência (BRASIL, 1991b).

Em sendo assim, abarcam-se, obrigatoriamente, todos os trabalhadores da iniciativa privada, ainda que prestadores de serviço em empresas públicas, não se limitando apenas ao conceito de empregado contido na Consolidação das Leis trabalhistas, incluindo-se no rol taxativo os empregados rurais (Lei n. 5.889/73), bem como os pequenos produtores rurais (denominados segurados especiais), empregados domésticos (Lei n. 5.859/72), trabalhadores autônomos e os avulsos, e por fim, os empresários de firma individual ou sócios gestores e prestadores de serviço (CASTRO; LAZZARI, 2010), como agora passa-se brevemente a abordar.

Primeiramente, deve-se ter em mente que, apenas pessoas físicas poderão adequar-se na condição de segurados, sejam estes obrigatórios ou facultativos, já que a pessoa jurídica ostenta condição de contribuinte, arcabdi

com contribuições sociais para o sistema previdenciário por força legal, e, assim, não podendo utilizar-se dos benefícios por ele oferecidos, ante a impossibilidade de aposentar-se (MARTINS, 2014).

É consabido que os segurados dividem-se em dois grandes grupos: os obrigatórios e facultativos. Isto posto, os indivíduos que exercem atividade laboral (lícita e remunerada), com exceção daqueles vinculados ao Regime Próprio de Previdência Social, pertencerão ao grupo de segurados obrigatórios, os trabalhadores em geral; enquanto que, como forma de atender ao princípio da “universalidade da cobertura”, àqueles que não desenvolvem atividade laborativa filiar-se-ão como segurados facultativos (AMADO, 2017).

Para ser um segurado obrigatório, conforme dispõe o rol taxativo do artigo 12, Lei n. 8.212/91 (Lei Orgânica da Seguridade Social), é imprescindível que se cumpra primeiramente, dois requisitos: ser pessoa física e, auferir renda por meio de atividade laborativa lícita. Cumpridos tais requisitos, é necessária a contribuição compulsória junto a Seguridade Social, de forma com que o indivíduo e sua família possam usufruir dos serviços e benefícios, oferecidos pelo sistema previdenciário (CASTRO; LAZZARI, 2010).

O primeiro tipo de segurado obrigatório é o empregado, definido pela Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei n. 5.452/1943), em seu artigo 3º *caput*, e parágrafo único, como sendo:

[...] toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual (BRASIL, 1943).

Por sua vez, a Lei Orgânica da Seguridade Social (8.212/1991), em seu inciso II, artigo 12, elenca ainda o empregado doméstico no rol de segurados obrigatórios do Regime Geral, o definindo como “aquele que presta serviço de natureza contínua a pessoa ou família, no âmbito residencial desta, em atividades sem fins lucrativos” (BRASIL, 1991a).

O Decreto n. 3.048/1999, responsável por regulamentar a previdência social e, ainda, complementar a Lei Orgânica n. 8.212/1991, dispõe em seu inciso VI, artigo 9º, o conceito de trabalhador avulso – mais um segurado segundo a legislação brasileira – o qual, de forma exemplificativa, se conceitua nos seguintes termos:

Art. 9º São segurados obrigatórios da previdência social as seguintes pessoas físicas: VI - como trabalhador avulso - aquele que, sindicalizado ou não, presta serviço de natureza urbana ou rural, a diversas empresas, sem vínculo empregatício, com a intermediação obrigatória do órgão gestor de mão-de-obra, nos termos da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, ou do sindicato da categoria, assim considerados:

- a) o trabalhador que exerce atividade portuária de capatazia, estiva, conferência e conserto de carga, vigilância de embarcação e bloco;
- b) o trabalhador de estiva de mercadorias de qualquer natureza, inclusive carvão e minério;
- c) o trabalhador em alvarenga (embarcação para carga e descarga de navios);
- d) o amarrador de embarcação;
- e) o ensacador de café, cacau, sal e similares;
- f) o trabalhador na indústria de extração de sal;
- g) o carregador de bagagem em porto;
- h) o prático de barra em porto;
- i) o guindasteiro; e
- j) o classificador, o movimentador e o empacotador de mercadorias em portos (BRASIL, 1999);

A lei n. 8.212/1991 também brindou o ordenamento com uma nova categoria de segurados obrigatórios, os chamados contribuintes individuais, compostos essencialmente por três figuras: o empresário, o trabalhador autônomo e, àquele equiparado ao autônomo. Entretanto, não são estes os únicos, como o inciso V, do artigo 12 da referida lei, elenca um extenso rol exemplificando desta figura jurídica, citando-os:

Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas: V - como contribuinte individual: (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

- a) a pessoa física, proprietária ou não, que explora atividade agropecuária, a qualquer título, em caráter permanente ou temporário, em área superior a 4 (quatro) módulos fiscais; ou, quando em área igual ou inferior a 4 (quatro) módulos fiscais ou atividade pesqueira, com auxílio de empregados ou por intermédio de prepostos; ou ainda nas hipóteses dos §§ 10 e 11 deste artigo; (Redação dada pela Lei nº 11.718, de 2008).
- b) a pessoa física, proprietária ou não, que explora atividade de extração mineral - garimpo, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou por intermédio de prepostos, com ou sem o auxílio de empregados, utilizados a qualquer título, ainda que de forma não contínua; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).
- c) o ministro de confissão religiosa e o membro de instituto de vida consagrada, de congregação ou de ordem religiosa; (Redação dada pela Lei nº 10.403, de 2002).
- d) revogada; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).
- e) o brasileiro civil que trabalha no exterior para organismo oficial internacional do qual o Brasil é membro efetivo, ainda que lá domiciliado e contratado, salvo quando coberto por regime próprio de previdência social; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).
- f) o titular de firma individual urbana ou rural, o diretor não empregado e o membro de conselho de administração de sociedade anônima, o sócio solidário, o sócio de indústria, o sócio gerente e o sócio cotista que recebam remuneração decorrente de seu trabalho em empresa urbana ou rural, e o associado eleito para cargo de direção em cooperativa, associação ou entidade de qualquer natureza ou finalidade, bem como o síndico ou administrador eleito para exercer atividade de direção condominial, desde que recebam

remuneração; (Incluído pela Lei nº 9.876, de 1999)

g) quem presta serviço de natureza urbana ou rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego; (Incluído pela Lei nº 9.876, de 1999)

h) a pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não; (Incluído pela Lei nº 9.876, de 1999). (BRASIL, 1991a).

O trabalhador autônomo se encontra em uma linha periférico entre os conceitos de empregado e de empresário, possuindo características de ambos, mas não podendo ser conceituado nem como um, nem como outro. Como exemplos desta estirpe de segurados, podem-se mencionar o ambulante, a diarista, o pedreiro e, inclusive, profissionais do sexo.

Quanto ao segurado especial, noutro giro, a legislação previdenciária teve o cuidado de elencar em seu rol o trabalhador rural em regime de economia familiar, ou seja, àquele que labora na lavoura para fins da própria subsistência e de sua família, não com a finalidade principal de venda de produtos, estando estes elencados no inciso VII, artigo 12, da lei n. 8.212/1991, *in verbis*:

Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas: VII – como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros a título de mútua colaboração, na condição de: (Redação dada pela Lei nº 11.718, de 2008).

produtor, seja proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais, que explore atividade: (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008).

1. agropecuária em área de até 4 (quatro) módulos fiscais; ou (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008).

2. de seringueiro ou extrativista vegetal que exerça suas atividades nos termos do inciso XII do caput do art. 2º da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, e faça dessas atividades o principal meio de vida; (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008).

b) pescador artesanal ou a este assemelhado, que faça da pesca profissão habitual ou principal meio de vida; e (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008).

c) cônjuge ou companheiro, bem como filho maior de 16 (dezesseis) anos de idade ou a este equiparado, do segurado de que tratam as alíneas a e b deste inciso, que, comprovadamente, trabalhem com o grupo familiar respectivo. Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008). (BRASIL, 1991a).

A principal peculiaridade do segurado especial se encontra na aposentadoria por idade, uma vez que por força constitucional, a idade mínima para aposentadoria é reduzida, em comparação aos demais contribuintes da previdência social.

Ao passo que, um homem, que não seja segurado especial, se

aposentará aos 65 anos de idade, desde que preenchido a carência mínima disposta em lei; o segurado especial do gênero masculino terá sua idade mínima, reduzida em cinco anos, portanto poderá se aposentar aos 60 anos de idade, é claro que, se cumprida a carência exigida. No caso de mulher, que não seja considerada segurada especial, a idade mínima será de 60 anos, até 12 de novembro de 2019, data em que a Emenda Constitucional 103 – que altera o sistema de previdência social - entrou em vigor, assim, a partir de 13 de novembro de 2019, a idade mínima feminina se elevará para 62 anos; entretanto, quando se trata de segurada especial do gênero feminino, a idade mínima para aposentadoria será aos 55 anos, obrigatoriamente, é claro que preenchido a carência legal (CASTRO; LAZZARI, 2020).

Não se pode, ainda, deixar de mencionar a figura do segurado facultativo, que, ao contrário do segurado obrigatório não tem a sua entrada no sistema previdenciário de forma compulsória. Mas sim, a partir de uma escolha feita pelo próprio indivíduo, a pura vontade de contribuir com o sistema, para que possa usufruir de seus benefícios e serviços.

Esta categoria de segurados do Regime Geral de Previdência Social é destinada as pessoas físicas que não exercem atividades laborativas remunerada, e muito menos, são vinculadas a outro regime previdenciário – como a dona de casa, o estudante, ou até mesmo o brasileiro que trabalha para empresa particular no estrangeiro, então, por meio de uma contribuição voluntária passarão a figurar nos quadros de segurados do regime previdenciário brasileiro (TSUTIYA, 2013).

Pois bem. Abordou-se, anteriormente, a questão da diversidade do gênero, e que o indivíduo será tratado na sociedade conforme a sua identidade de gênero, ou seja, como se identifica, sendo independente a realização ou não da cirurgia de redesignação sexual. Assim sendo, a partir do momento em há essa retificação social do gênero, as normas previdenciárias deverão acompanhar o raciocínio, aplicando-as conforme o gênero assumido.

Como também já analisado anteriormente, há uma enorme dificuldade na inserção da população transgênero no mercado de trabalho, principalmente pelo preconceito institucionalizado que é inerente à sociedade ainda hoje. Esse fenômeno, a longo prazo, gera uma vulnerabilidade destes indivíduos que passam a recorrer a informalidade, e, àqueles que não se encaixarem na categoria de segurados obrigatórios, poderão ter a sua chance de contribuir com o sistema previdenciário, como facultativos.

É claro que, quando se aborda a população transgênero e todos os seus pontos de vulnerabilidade e necessidade, a contribuição previdenciária aparenta ser o menor dos problemas, mas, considerando-se o Brasil como um dos países mais violentos em relação aos transgêneros e que a repercussão dessa violência muitas vezes incapacita a pessoa para as suas atividades

rotineiras, os benefícios previdenciários adquirem ainda mais relevância.

Estabelecidos tais pontos, necessário se faz lembrar que, para além da manutenção da qualidade de segurado, muitos benefícios acrescentam como requisito o período de carência, previsto no artigo 24, *caput*, da lei n. 8.213/1991, como sendo “o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências” (BRASIL, 1991b).

Esta disposição legal é, a bem da verdade, um reflexo da própria categoria de cada segurado. Uma vez que, é automático e presumido o recolhimento das contribuições previdenciárias quanto ao segurado empregado, inclusive o doméstico, e o trabalhador avulso, tendo em vista que a filiação ao regime previdenciário se dá de forma concomitante com o exercício da atividade remunerada e, conseqüentemente as contribuições que dela derivarão.

Quanto ao contribuinte individual e o segurado especial, não há qualquer presunção de contribuição, uma vez que o recolhimento destas são de responsabilidade exclusiva do segurado, por isso, só será contado o período de carência a partir da primeira contribuição, paga sem atrasos.

Conforme explanado, o sistema previdenciário brasileiro possui uma pluralidade de serviços e benefícios, que poderão ter como requisito de concessão que o segurado tenha convertido ao regime previdenciário determinada quantidade de contribuições, que estão dispostas no artigo 25, Lei n. 8.213/1991.

Art. 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no art. 26: I - Auxílio-doença e aposentadoria por invalidez: 12 (doze) contribuições mensais; III - Salário-maternidade para as seguradas de que tratam os incisos V e VII do caput do art. 11 e o art. 13 desta Lei: 10 (dez) contribuições mensais, respeitado o disposto no parágrafo único do art. 39 desta Lei; e (Redação dada pela Lei nº 13.846, de 2019)

IV - Auxílio-reclusão: 24 (vinte e quatro) contribuições mensais. (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019)

Parágrafo único. Em caso de parto antecipado, o período de carência a que se refere o inciso III será reduzido em número de contribuições equivalente ao número de meses em que o parto foi antecipado. (Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99) (BRASIL, 1991b).

Ao passo que, há benefícios e serviços oferecidos pelo sistema de Previdência Social que não necessitam de carência, segundo dispõe o artigo 26 da Lei n. 8.213/1991:

Art. 26. Independe de carência a concessão das seguintes prestações:

I - Pensão por morte, salário-família e auxílio-acidente; (Redação dada pela Lei nº 13.846, de 2019)

II - Auxílio-doença e aposentadoria por invalidez nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho, bem como nos casos de segurado que, após filiar-se ao RGPS, for acometido de alguma das doenças e afecções especificadas em lista elaborada pelos Ministérios da Saúde e da Previdência Social, atualizada a cada 3 (três) anos, de acordo com os critérios de estigma, deformação, mutilação, deficiência ou outro fator que lhe confira especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado; (Redação dada pela Lei nº 13.135, de 2015)

III - os benefícios concedidos na forma do inciso I do art. 39, aos segurados especiais referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei;

IV - Serviço social;

V - Reabilitação profissional.

VI - Salário-maternidade para as seguradas empregada, trabalhadora avulsa e empregada doméstica. (Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99) (BRASIL, 1991b).

O presente tópico teve como objetivo abordar os principais pontos do Regime Geral de Previdência Social. Quanto a estes, ficou claro a necessidade, dentre demais fatores, do período e forma de contribuição. Em assim sendo, pode se passar a abordar a invisibilidade do transgênero ante as leis previdenciárias.

#### **4. A AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO PELA LEGISLAÇÃO QUANTO À REGRAS DE CONVERSÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO NO PERÍODO PRÉ-REDESIGNAÇÃO SEXUAL**

A lei n. 8.213/91, que, como visto, regulamenta os planos de benefícios da previdência social, recentemente sofreu alterações radicais pela Emenda Constitucional n. 103/2019, conhecida popularmente como Reforma Previdenciária. No entanto, a população transgênero ainda permanece invisibilizada, uma vez que não há qualquer menção a estes indivíduos – demonstrando-se, novamente, a ausência do legislativo brasileiro quanto às demandas desse grupo.

Como destacou-se no tópico anterior, só será beneficiário àquele que contribuiu na qualidade de segurado, ou então, como dependente, desde que o instituidor tenha realizado contribuições ao regime geral – na condição de segurado.

Assim, como recorda Heloísa Helena da Silva Pancotti (2019), é necessário que haja um respeito ao princípio da precedência da fonte de custeio, que, sinteticamente, dispõe que os benefícios só poderão ser majorados, alterados, ou estendidos, se houver uma fonte de custeio correspondente. Com a finalidade, de evitar que haja um rombo nos cofres previdenciários, ou seja, que se gaste mais do que se recebe.

É neste contexto que a polêmica surge, uma vez que ao converter o tempo trabalhado por um indivíduo antes de seu processo de redesignação

sexual, seja por intervenção cirúrgica ou tratamentos hormonais, haveria uma reação inesperada aos cofres previdenciários – tendo em vista que, dependendo do caso poderá ocorrer uma atenuação na quantidade de contribuições que foram vertidas, neste período de pré-redesignação, o que claramente infringiria o princípio da precedência da fonte de custeio.

Por esta razão, alguns trabalhos acadêmicos discutem a necessidade de existência de um fator de conversão específico para o período laborado antes da redesignação, como é o caso daquele do jurista Celso Henrique da Cruz (2016), que elucida que, no momento em que o indivíduo transexual realiza a sua alteração documental, deverá, ao mesmo tempo, proceder-se a retificação dos dados referentes ao gênero no Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), programa utilizado pelo Regime Geral de Previdência Social.

Se assim fosse, todo o tempo que já fora contribuído seria multiplicado por um fator de conversão, conforme demonstra a tabela a seguir:

**Tabela 1 – Tabela de Conversão de Contribuições**

	<b>Para 30 anos (mulher)</b>	<b>Para 35 anos (homem)</b>
<b>De 30 anos (mulher)</b>	1,00	0,86
<b>De 35 anos (homem)</b>	1,17	1,00

Fonte: Celso Henrique da Cruz. Disponível em < <http://bit.ly/38iyCo4>>.

Assim, caso um homem que tenha contribuído durante 15 anos para o Regime Geral de Previdência Social passe pelo processo de redesignação sexual e, assuma como identidade de gênero o sexo feminino o cálculo resultará em 17 anos e 55% de um ano (15 anos x 1,17). Ao passo que, o mesmo cálculo realizado para a redesignação sexual ao sexo masculino, resultará em 12 anos e 90% de um ano (15 anos x 0,86). Isto logo seria uma maneira de incluir o transgênero de fato no âmbito previdenciário.

Entretanto, como visto anteriormente, atualmente não é mais necessário que haja a cirurgia de redesignação sexual para que haja a inclusão do nome social em documentos oficiais, bem como a retificação do sexo – por força da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275, uma vez que o reconhecimento do gênero não poderá, em nenhuma hipótese, ser condicionado.

Por tal razão, aqueles que não passassem pelo procedimento cirúrgico, que atualmente conta com filas extensas, continuariam invisibilizados perante a previdência, tendo que submeter a continuar com o gênero que tanto lhe causa sofrimento, pelo menos no âmbito do RGPS. Neste sentido, aponta Heloísa Helena da Silva Pancotti (2019, p. 133-134):

O exercício da cidadania plena não deve ser maculado por condições impeditivas do pleno acesso aos benefícios previdenciários em decorrência de uma reivindicação tardia de alterações documentais. Ademais, no caso das regras brasileiras que mantêm ainda hoje a necessidade de tempo de contribuição distinto com relação aos homens e mulheres, a tendência é a ocorrência do equilíbrio, já que os homens trans terão o seu período contributivo majorado se considerarmos o necessário para a aposentação feminina.

A questão do estabelecimento de regras de transição contributiva nos colocaria diante de um verdadeiro conflito de princípios. De um lado a dignidade da pessoa humana e sua tríplice dimensão de concretude; o princípio da igualdade, o direito ao reconhecimento e busca da felicidade, de outro a regra da contrapartida materializada pelo princípio da precedência da fonte de custeio.

Dessarte, enquanto não houver uma unificação no tempo de contribuição, ou seja, enquanto imperar diferenças entre os gêneros feminino e masculino, não poderá ser observado, como requisito para conversão, a cirurgia de redesignação sexual – tendo-se em vista que nem mesmo a Suprema Corte a exige para modificação documental, devendo ser levado em consideração apenas a forma social com que o indivíduo se identifica, bem como o teor do que consta em seus documentos pessoais, por exemplo, a presença de nome social e, até mesmo, a retificação do gênero.

Diante dessas constatações, fica claro que o legislador tem sido negligente ao permanecer omissivo, não devendo o indivíduo que busca a aposentadoria arcar com tais consequências, seja por ter de contribuir por mais tempo, ou, por ter eventualmente seu direito reconhecido em um gênero alheio ao seu.

Para agravar o quadro, diante da atual situação política em que o país se encontra, é pouco provável que discussões acerca do tema sejam fomentadas, e por esta razão, não poderá o sujeito trans permanecer desguarnecido, permanecendo, provisoriamente, como talvez a alternativa mais segura, o estabelecimento de uma tabela de conversão própria para os períodos em que este contribuiu socialmente, com o gênero de seu nascimento, até para garantir alguma segurança jurídica.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante o exposto, é possível concluir que a visão hétero-normativa do gênero há séculos acompanha a sociedade, o que não significa que esta possa ser considerada inquestionada.

Conforme estudos modernos e contemporâneos, e inobstante o preconceito muitas vezes institucionalizado, inclusive como constou em manuais médicos, também não se nega um poderoso processo de evolução e aceitação das novas repercussões de gênero, seja na dimensão da orientação sexual como nas suas preferências.

De um portador do distúrbio mental “disforia de gênero”, ou seja, uma

pessoa deficiente que precisaria de acompanhamento psiquiátrico para conviver em sociedade, a pessoa trans passa a experimentar um tardio mas positivo reconhecimento político e jurídico, o qual, lamentavelmente, ainda se encontra distante do que pode ser considerado aceitável em termos de dignidade humana.

A Suprema Corte brasileira, ante a inércia do legislador, parece ter reconhecido essa carência, ao optar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275 pelo entendimento de que o transgênero tem o direito ao reconhecimento do seu nome social em documentos públicos e particulares, independentemente da cirurgia de redesignação sexual.

Essa postura representa um considerável avanço de conquista de direitos para tais indivíduos, contudo, se configura também em uma manifestação de ativismo judiciário. Uma das justificativas apresentadas então fora a longa lista de espera que os interessados teriam de suportar para sujeitarem-se a realização da cirurgia de redesignação sexual fornecida pelo Sistema Único de Saúde.

Isto porque a autorização de tal procedimento cirúrgico ainda é recente, e passa por criteriosos estudos, fazendo com que, a depender do caso, apenas hospitais expressamente autorizados pudessem a realizar, como acontece na neofaloplastia – redesignação sexual masculina. Esse contexto vai ao encontro de todo o estigma e carência já denunciadas quanto ao tema.

A problemática maior, todavia, se inicia quando, ao conseguir o acesso ao mercado de trabalho e o início das contribuições previdenciárias de forma obrigatória, como segurado empregado por exemplo, não há qualquer legislação aplicável capaz de ampará-los, ficando completamente invisibilizados e, muitas vezes, tendo que se submeter à uma legislação alheia ao gênero com o qual esse grupo se identifica.

Isto porque, o tempo que fora contribuído após a realização da cirurgia de redesignação sexual ou após a retificação documental, com as devidas alterações concernentes ao nome social e ao gênero, será computado de acordo com o gênero assumido.

Portanto, se feito o procedimento cirúrgico de redesignação sexual do sexo masculino para o feminino, e o segurado contribuiu com o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), o período posterior a cirurgia será computado seguindo as regras previdenciárias aplicadas ao gênero feminino. Assim, fica evidente a omissão: e quanto ao tempo anterior?

O presente trabalho entende que a solução mais adequada seria a de que houvesse uma tabela de conversão de tempo em que foi contribuído como o sexo alheio, ou seja, antes da realização do procedimento cirúrgico ou da retificação dos documentos públicos, uma vez que é necessário, no que toca ao terceiro pilar da Seguridade Social, que haja um prévio custeio do segurado

para que possa usufruir de benefícios e serviços oferecidos pela Previdência Social.

Todavia, ante a ausência de regulamentação legislativa específica, os indivíduos marginalizados acabam por ter de recorrer, novamente, ao judiciário, experimentando o espantallo do ativismo judicial, o que contribui para que o indivíduo que já se encontra em uma situação de invisibilidade social seja submetido a novos transtornos, como aquele decorrente da insegurança jurídica de uma jurisprudência ainda não consolidada, sobre a qual incide ainda um desconhecimento por parte dos seus operadores protagonistas.

## REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 09ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

BENTO, Berenice. **Disforia de gênero**: geopolítica de uma categoria psiquiátrica. *Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 07, n. 15, 2016, p. 496-536. Disponível em <<http://bit.ly/2nzkBk1>>. Acesso em: 28 dez. 2019.

BENTO, Berenice; PELÚCIO, Larissa. **Despatologização do gênero**: a politização das identidades abjetas. *Estudos feministas*, Florianópolis, v. 20, n. 02, 2012, p. 569-581. Disponível em: <<http://bit.ly/2nqqbWb>>. Acesso em: 28 dez. 2019.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho (1943). Disponível em: <<http://bit.ly/2vycLeP>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Disponível em: <<http://bit.ly/2MOEcH7>>. Acesso em: 26 dez. 2019.

BRASIL. Decreto n. 3.048, de 06 de maio de 1999. Disponível em: <<http://bit.ly/2vF617Y>>. Acesso em 16 fev. 2020.

BRASIL. Decreto n. 8.727, de 28 de abril de 2016. Disponível em: <<http://bit.ly/2nqomZL>>. Acesso em 01 mai. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 103, de 12 de novembro de 2019. Disponível em: <<http://bit.ly/38nPWYT>>. Acesso em 04 mar. 2020.

BRASIL. Lei Complementar n. 123, de 08 de maio de 2013. Disponível em: <<http://bit.ly/3azN38R>>. Acesso em 16 fev. 2020.

BRASIL. Lei Complementar n. 150, de 1º de julho de 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/2ST6uCt>>. Acesso em 16 fev. 2020.

BRASIL. Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <<http://bit.ly/2r8tRNT>>. Acesso em 04 jan. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <<http://bit.ly/38xYtjt>>.

Acesso em 15 fev. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991b. Disponível em: <<http://bit.ly/385JpSm>>. Acesso em: 26 fev. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Portaria n. 457, de 19 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://bit.ly/2PFoBvq>>. Acesso em: 01 out. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Sistema Único de Saúde (SUS)**: estrutura, princípios e como funciona. Disponível em: <<http://bit.ly/2MQjEyg>>. Acesso em: 26 dez. 2019.

BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional n. 06, 2019. Disponível em: <<http://bit.ly/38mr3w0>>. Acesso em: 04 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.082.631/RS. Disponível em: <<http://bit.ly/397M9A3>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1411258/RS. Disponível em: <<http://bit.ly/3cgAPDw>>. Acesso em: 27 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275. Disponível em <<http://bit.ly/2AHAFnm>>. Acesso em: 03 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 670422. Disponível em: <<http://bit.ly/2ASFJfy>>. Acesso em: 07/05/2020 às 22:03h.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n. 1.955/2010, de 03 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/2pslftK>>. Acesso em: 29 dez. 2019.

BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade; tradução, Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CAÑIZARES, Emilio de Benito. OMS retira a transexualidade da lista de doenças mentais. **El país**, 2018. Disponível em: <<http://bit.ly/2m6zRoj>>. Acesso em: 26 mai. 2020.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Previdenciário. 12ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Previdenciário. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CAVALCANTE, A. D. C. *et al.* **A despatologização das identidades trans**: a saída para uma sociedade mais igualitária. Ciências Humanas e Sociologias. Alagoas: v. 03, n. 03, p. 69-84, 11/2016. Disponível em: <<http://bit.ly/2ITAesJ>>. Acesso em: 28 out. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião consultiva n. 24. Disponível em <<http://bit.ly/2MoMB2X>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

CRUZ, Celso Henrique da. Transexuais e aposentadoria previdenciária no regime geral de previdência social. Âmbito jurídico, Rio Grande, v. 19, n. 151, agosto de 2016.

Disponível em <<http://bit.ly/38iyCo4>>. Acesso em: 04 jun. 2020.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de Direito Previdenciário**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MAIA, Igor Fidelis. **Mudanças na abordagem psiquiátrica da transexualidade**: As diferenças na concepção de gênero entre duas edições do DSM. In: BENTO, Berenice. *Sexualidades, gêneros e violência*. Natal, 2019 p. 218-241.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito de Seguridade Social**. 34 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ONU. *UM Free & Equal Campaign Progress Report*, 2016. Disponível em: <<http://bit.ly/2NmZFY9>>. Acesso em: 05 dez. 2019.

PANCOTTI, Heloísa Helena Silva. **Previdência Social e Transgêneros**: Proteção previdenciária, benefícios assistenciais e atendimento à saúde para os transexuais e travestis. Curitiba: Juruá, 2019.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro**. *Direito e Democracia*, Canoas, v. 02, n. 02, p. 383-408. 2001. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/673>>. Acesso em: 25 dez. 2019.

RUSSO, Jane; VENANCIO, Ana Teresa. **A Classificando as pessoas e suas perturbações**: a “revolução terminológica” do DSM III. *Revista Latinoam. Psicopatol. Fundam.*, São Paulo, v. 09, n. 03, p. 460-483, 09/2016. Disponível em <<http://bit.ly/2nxBeg2>>. Acesso em: 26 dez. 2019.

SÃO PAULO. Governo do Estado. Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania. *Coordenação de Políticas para a Diversidade Sexual*. **Diversidade sexual e cidadania LGBT**.

São Paulo: SJDC/SP, 2014, disponível em: <<http://bit.ly/33ZqIPA.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2019.

TENÓRIO, Leonardo Farias Pessoa; PRADO, Marco Aurélio Máximo. **As contradições da patologização das identidades trans e argumentos para a mudança de paradigma**. *Periódicus*, Salvador, v. 01, n. 05, p. 41-55, 2016. Disponível em: <<http://bit.ly/2mwVGNU>>. Acesso em: 28 out. 2019.

TRANSGENDER EUROPE'S TRANS MURDER MONITORING. **TMM Absolute numbers (2008 – June 2016)**. 2016. Disponível em: <<http://bit.ly/2NInIzM>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de direito da seguridade social**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 537p.

VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de Direito do Trabalho**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

# **A CRISE CONSTITUINTE BRASILEIRA: UMA CONSTITUIÇÃO “CIDADÃ” DELINEADA POR MÃOS DITATORIAIS E INTERESSES OLIGÁRQUICOS**

LUIZ FERNANDO KAZMIERCZAK<sup>1</sup>  
PAULA CRISTINA SANTOS PIRENEUS<sup>2</sup>  
RAFAEL BULGAKOV KLOCK RODRIGUES<sup>3</sup>

## **1. INTRODUÇÃO**

“O Brasil não conhece crises constitucionais, e sim crises constituintes”. A máxima do professor Francisco Regis Frota Araújo (2016) com base na obra de Paulo Bonavides consegue sintetizar um histórico crítico de constituintes nacionais que, atuando em consonância com a respectiva ordem vigente, obstaculizam uma efetiva democracia representativa.

Ora, uma vez considerado que, o poder constituinte do povo é, desde a Revolução Francesa, cunhado como instrumento real de soberania popular, a verificação de uma Assembleia Constituinte designada pela presença de constituintes de postura eminentemente antidemocrática e oligárquica, assiste razão a concepção do referido professor no sentido de que a crise constituinte nacional representa o pecado original e insuperável do país. Corrobora tal análise, a abordagem trazida por Paulo Bonavides em seu curso de direito constitucional à crise constituinte, então, definida – não apenas, mas também – como falha na legitimidade na constituição da Assembleia Constituinte (2006, p. 158/161).

Complementa, então, essa definição, a abordagem de Gilberto Bercovici, de acordo com o qual:

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), e Professor Adjunto na disciplina de Direito Penal na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), onde exerce o cargo de Diretor do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho.

<sup>2</sup> Acadêmica do curso de Direito da UFGD.

<sup>3</sup> Advogado. Mestrando em Ciências Jurídicas na Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Acadêmico de Licenciatura em História pela UNIGRAN. Graduado em Direito pela UFGD.

Esta crise não se exaure com a adoção de uma nova constituição, pois diz respeito ao próprio Estado e à sociedade, manifestando-se com a contraposição entre a constituição e a realidade social. A crise constituinte é uma crise do próprio poder constituinte, que não se resolveu desde as origens do Estado brasileiro. (2013, p. 315)

Em vista desse panorama, é possível questionar se a vigente magna carta brasileira, diferentemente de sua alcunha cidadã decorre de um processo de criação crítico - ora no sentido de censura à ditadura que o antecedeu, ora no sentido de que sua origem nasce de mais uma crise constituinte historicamente registrada no país. Em decorrência, o presente trabalho pretende vislumbrar se a constituição de 1988, recorrentemente tida como marco de redemocratização nacional pode, de fato, ser considerada democrática, quando analisado seu processo de formação.

A esse respeito, destaca-se que, com a redemocratização do Estado Brasileiro, advinda com o fim da Ditadura Militar em 1985, ocorreu a criação e reabertura de partidos políticos fechados no período de recessão. Processo esse que, com o fim do sistema de bipartidarismo instaurado em 1965, culminou na dissolução do partido Aliança Renovadora Nacional – ARENA. Essa, por sua vez, correspondera ao alicerce para a sustentação político-parlamentar dos governos militares pós-1964 e, uma vez dissolvida, deu origem a alguns partidos. Dentre esses, pode ser apontado como o mais expoente o Partido Democrático Social – PDS, onde se alocaram a maior parte dos antigos representantes da ARENA.

Adentrando, pois, o contexto da constituinte de 1987, observa-se que, dos 559 constituintes, 40 eram do PDS. Apesar das nuances entre a atuação dos respectivos membros pedessistas na constituinte, alguns empreendimentos dos mesmos legaram à Constituição marcas essencialmente negativas.

Nessa senda, é possível discriminar, por exemplo, a relatoria da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, realizada por Darcy Pozza, onde já se trazia a figura do tráfico de drogas como “crimes inafiançáveis, imprescritíveis e inanistiáveis” (ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987a, p. 6). Outra atuação no mesmo sentido foi a de Amaral Netto, líder do PDS, que sugerira a inclusão da pena de morte entre as possibilidades de punição no ordenamento jurídico brasileiro.

Frente a isso, percebe-se a continuidade do pensamento e da ideologia antidemocrática da ARENA, sucedida pelo PDS, na construção da Constituição Federal de 1988. A partir desse diagnóstico, essa pesquisa fará a relação de crise constituinte trazida por Paulo Bonavides, com a manutenção de constituintes antidemocráticos, e os efeitos causados por estes indivíduos na Carta Magna.

Para tal, a estrutura do texto será dividida em quatro tópicos principais. O primeiro abordará sucintamente aspectos da Lei Maior, de modo a traçar um paralelo entre esta e a crise constituinte permanente do Brasil a partir do

referencial teórico de Bonavides. O segundo, por sua vez, pretende vislumbrar a formação da constituinte de 1987, sobretudo, por meio de uma análise da documentação atinente a esse processo, disponível digitalmente no site da Câmara dos Deputados. Enquanto isso, o terceiro tem como escopo fundamental a fundação do Partido Democrático Social, dissertando – a partir de uma revisão bibliográfica – sobre algumas de suas designações e sobre o contexto do qual é oriundo. Por fim, a quarta seção demonstrará alguns aspectos da atuação do PDS na constituinte, mais precisamente, no âmbito da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais.

O método a ser utilizado será o dialético, consistindo no enfrentamento das posições e proposições dos referidos constituintes com os princípios democráticos já consolidados à época, visando diagnosticar as contradições.

Enfim, a pesquisa tem como problemática central a seguinte questão: poderão indivíduos contrários à democracia participar de uma Assembleia Constituinte, e dela originar uma 'Constituição Cidadã'? A hipótese no presente caso é: sim, com ressalvas.

## **2. A CONSTITUIÇÃO E A CRISE CONSTITUINTE PERMANENTE NO BRASIL**

Ainda no ano de 1984, o professor Paulo Bonavides (1984, p. 230), fazendo críticas à situação política vigente, concluiu que "não se pode chamar de Constituição um documento formal que, pelas suas origens e pelo seu conteúdo, se apartou por inteiro das exigências mais sentidas que devem orientar a revisão fundamental da ordem jurídica vigente". Referindo-se à Constituição de 1967 com as emendas de 1969, já que "A autoridade da Constituição se fortalece por suas origens. As Constituições outorgadas ou de procedência suspeita à vontade democrática não tem força para restituir à sociedade a confiança no regime e no exercício da função governante" (p. 227)

No ano seguinte, o jurista alertou novamente sobre o vício de legitimidade que a futura constituinte estava incorrendo, sendo que "o problema da composição da Constituinte ainda mais se agrava do ponto de vista da legitimidade, se examinarmos o papel que nela poderão desempenhar os 23 senadores eleitos em 1982". Já como meio de saná-lo, apontou que "a primeira medida importa em plebiscitar a Emenda mesma, para retirá-la da crise de legitimidade em que se acha engolfada; e a segunda, em determinar que o futuro projeto de Constituição seja também submetido à sanção popular soberana" (JORNAL DO BRASIL, 1985).

Enfim, Bonavides, no simpósio estadual "Minas Gerais e a Constituinte", ocorrido em 14 de abril de 1986 (ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, 1986), disse que a Assembleia Nacional Constituinte que ainda seria formada deveria ser submetida a um plebiscito. Tal assertiva fundamentara-se na noção de que a respectiva Assembleia, uma vez "viciada desde a

origem, carece de legitimidade e por isso só poderá elaborar uma constituição de terceira classe" (JORNAL DA TARDE, 1986).

Por sua vez, Tércio Sampaio Ferraz Junior, ainda em 1986, também levantou as críticas acerca da legitimidade da constituinte, se referindo ao "início de um processo que só culminará com a eleição de uma Assembleia Nacional Constituinte, a qual nada deveria ter a ver com o Congresso atual, delineado e estruturado pela Constituição de 67/69, nem com a composição partidária legada pelo regime de 64" (1986, p. 54/55). Isso por que "ela exige dos seus participantes uma representatividade não outorgada institucionalmente" (p. 55).

Passados muitos anos, Gilberto Bercovici (2013) retoma a questão da "crise constituinte" no Brasil. Para o autor, "Esta crise não se exaure com a adoção de uma nova constituição, pois diz respeito ao próprio Estado e à sociedade, manifestando-se com a contraposição entre a constituição e a realidade social" (2013, p. 315). Ele complementa: A crise constituinte, portanto, está ligada aos bloqueios à manifestação da soberania plena no Brasil" (2013, p.317).

Nesse ínterim, outrossim, reside a obra de Francisco Regis Frota Araújo (2016, p. 7), em que este rememora os comentários de Bonavides, no qual "o Brasil não conhece crises constitucionais, e sim crises constituintes". Com suas palavras descreve ainda parte da experiência constitucional tupiniquim relacionada às "representações de crises constituintes, pecado original insuperável".

Frente ao exposto, pode-se concluir que a crise constituinte afeta profundamente a legitimidade/validade de uma constituição, e se demonstra insanável quando existente. Consequentemente, se a presença de constituintes que militam contra a renovação dos sistemas políticos, principalmente quando o *status quo* é uma ditadura militar, tudo indica que o produto final estará eivado de vícios. Assim, analisar-se-á o processo de formação constituinte e alguns dos envolvidos que podem tê-lo contaminado.

### **3. A FORMAÇÃO DA CONSTITUINTE DE 1987**

Com relação ao arranjo da constituinte, cumpre que, na data de 15 de janeiro de 1985, o Colégio Eleitoral, composto pelos senadores, deputados federais e delegados de Assembleias Estaduais (69, 479 e 6, respectivamente), elegeu à Presidência da República o candidato do Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB, Tancredo Neves, e seu vice, José Sarney, também no mesmo partido (LIMA, 2009, p. 54). Este, após o anúncio do falecimento de Tancredo Neves, toma posse em abril de 1985.

Em sequência, o novo Presidente enviou, ao Congresso, a Mensagem Presidencial n. 330 de 1985, que se converteu na Proposta de Emenda Constitucional – PEC – n. 43 de 1985. Essa visava, em suma, constituir uma Assembleia Nacional Constituinte – ANC – no dia 31 de janeiro de 1987, a ser sediada no Congresso Nacional e

instalada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal – STF –, momento em que pretendia ser consagrado Presidente da ANC (BRASIL, 1985).

O Presidente José Sarney, ademais, instituiu a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, com o intuito de desenvolver "pesquisas e estudos fundamentais, no interesse da Nação Brasileira, para futura colaboração aos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte" (BRASIL, 1985b), através do Decreto n. 91.450, de 15 de julho de 1985.

Tal Comissão Provisória, também chamada de "Comissão dos Notáveis", foi presidida por Afonso Arinos de Melo Franco<sup>4</sup>, e por diversos outros indivíduos, juristas e não juristas. O respectivo apresentado, teria sido, então, o Anteprojeto Constitucional publicado em 26 de setembro de 1986, mas não enviado oficialmente ao Congresso. Eis que, o então Presidente da República, José Sarney, teria dito "que tomou a decisão de não enviar o anteprojeto ao Congresso 'para evitar uma crise', pois Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, lhe havia avisado que devolveria o texto caso o recebesse" (AGÊNCIA SENADO, 2008).

Não obstante a isso, a PEC n. 43/1985 foi aprovada e se tornou a Emenda Constitucional – EC – n. 26 de 11 de novembro de 1985, prevendo em seu artigo 1º que "Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana" (BRASIL, 1985a).

Então, ocorreram as eleições de 1986, para deputados federais e senadores, que, por sua vez, também seriam os constituintes. Foram eleitos 487 deputados federais, mais 25 suplentes, bem 49 senadores, e seus 10 respectivos suplentes (CÂMARA DOS DEPUTADOS).

No ano seguinte, mais especificamente em 1 de fevereiro de 1987, é instalada a Assembleia Nacional Constituinte. Seguindo o disposto no artigo 2º da EC n. 26/1985, o Presidente do STF, Ministro Moreira Alves conduziu a sessão até a eleição do presidente da constituinte. Nessa mesma sessão, uma pauta de veras impactante à legitimidade da constituinte foi discutida, qual seja, se os senadores eleitos em 1982 participariam – ou não – da ANC.

Essa pauta era de relevância tamanha à medida que 23 senadores tinham sido eleitos em 1982, por voto indireto, durante o período da ditadura militar. Logo, não eram representantes eleitos por votos legítimos para a representação em uma constituinte. De toda forma, tal questão foi posta em votação, sendo decidido pela continuidade dos senadores. Também fora eleito presidente da ANC o deputado federal Ulysses Silveira Guimarães, do PMDB, empossado no dia seguinte (VARELLA, 1987).

---

<sup>4</sup> Que veio a ser eleito Senador pelo Partido da Frente Liberal – PFL – em 1986.

Enfim, na data de 25 de março de 1987 é publicada a Resolução n. 2/1987, que seria o Regimento Interno da ANC. Os trabalhos retornaram no dia 1 de abril de 1987, com a instalação das 8 comissões temáticas, suas 24 subcomissões temáticas, e a comissão de sistematização.

Ante o exposto, era perceptível a necessidade de ruptura com o status vigente à época, e uma nova Constituição se fazia essencial. Todavia, a eleição de constituintes que continuariam sendo congressistas a partir da promulgação de uma nova Constituição era uma situação consideravelmente problemática. Semelhantemente, visualiza-se que a utilização de um anteprojeto “encomendado” pelo Executivo, por pessoas de sua escolha também não era visto com bons olhos. Por fim, tem-se que a manutenção dos senadores eleitos indiretamente em 1982 na constituinte violava a legitimidade representativa que a situação necessitava.

Enfim, dito isso, demonstra-se a relevância de se analisar a atuação do Partido Democrático Social – PDS na Constituinte em foco, mais precisamente, na Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais

#### **4. A FORMAÇÃO DO PDS E SUAS CARACTERÍSTICAS**

Antes de adentrar na análise das propostas referidas no tópico anterior, é imprescindível expor o porquê de o Partido Democrático Social – PDS – constituir objeto da presente investigação. Para tal, igualmente imperiosa uma abordagem de sua formação, o contexto em que se verificou esse processo, bem como alguns dos principais desígnios atribuídos ao mesmo.

Desde já, cabe apontar que a maneira como se verificou o processo eleitoral nos 16 anos que antecederam a Constituição de 1988 mostrou um sistema representativo falho. Assim, a falta de soberania popular no processo constituinte pode ser igualmente considerada um reflexo desse processo de redemocratização, com aspectos de retrocesso, ao passo que teria apenas neutralizado o avanço de no-vas ideologias, impedindo-as de progredir (ABAIDE, 1990, p. 80).

Contextualiza essa ideia, o seguinte relato de Bonavides (1995, p. 387):

A técnica constitucional dos percentuais eleitorais mínimos, fora evidentemente concebida com o propósito de criar de modo artificial um sistema bipartidário rígido.

A Emenda Constitucional n. 1, de 1969, veio, porém, atenuar bastante o rigor daqueles percentuais, com a abertura a uma flexibilidade maior do sistema partidário que, sem volver ao pluralismo com multiplicidade, poderia razoavelmente, ensejar a formação de um terceiro partido. A criação deste resultaria em desafogo político para a crise de confiança no antigo sistema partidário, em que a ARENA era tida como o partido da Revolução e o MDB como o partido suspeito de abrigar sentimentos retaliativos de inspiração contra-revolucionária.

Aquelas exigências para organização e funcionamento de um partido político ficaram reduzidas com a Emenda de 1969 a 5% do eleitorado que houvesse

votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos pelo menos em sete Estados, com um mínimo de 7% em cada um deles.

Demais, cumpre lembrar que o Partido Democrático Social se formou em janeiro de 1980, como sucessor direto à Aliança Renovadora Nacional (Arena). Essa, por sua vez, consistiu no partido governista criado em 1965 com o intuito de alicerçar a ditadura militar instaurada a partir de 1964 e extinto com o fim do bipartidarismo em novembro de 1979, quando absorveu a maior parte dos deputados federais que, durante o período do multipartidarismo, pertenceram aos quadros parlamentares da União Democrática Nacional (UDN — 70), do Partido Social Democrático (PSD — 60), do Partido Democrata Cristão (PDC — 14) ou do Partido Republicano (PR — dez), de um total de 231 deputados (CPDOC, 2009a).

Nessa relação de sucessão entre a ARENA e o PDS, pode ser considerado que o "PDS sucedeu a todos os cargos e privilégios da antiga ARENA e a sociedade civil passou a viver uma crise mais intensa" (ABAIDE, 1990, p. 36). Em meio ao legado concedido ao PDS pela Arena, sobressai-se a adesão das principais lideranças que apoiavam o regime militar. A propósito, foram filiados simbólicos desse novo partido o ex-presidente João Figueiredo (1979-1985) e expoentes de Estado da época, a exemplo do ex-ministro da Justiça (Ibrahim Abi-Ackel), da Economia (Antônio Delfim Neto), do Gabinete Civil (Golbery do Couto e Silva), da Previdência Social (Jair Soares), de Minas e Energia (César Cals), do Interior (Mário Andreazza), entre outros.

Já no mês posterior ao de sua fundação, o PDS contava com 42 senadores e 222 deputados federais. Mantendo a qualidade de partido governista de seu predecessor, o partido em foco dispunha de uma base composta por governadores de estado, que exerceram expressiva influência sobre sua conflituosa organização (CPDOC, 2009). Essa, em seu turno, para além dos conflitos decorrentes das facções concorrentes em disputa pelo controle regional de muitas seções pessedistas, desenvolveu-se sob a promessa de reforma em favor de uma suposta "verdadeira democracia social", a ser instituída, por exemplo, mediante a própria eleição direta de governadores e prefeitos (ABAIDE, 1990, p. 58).

Nas eleições de 1982, apesar de seu reduzido controle sobre o Sudeste e principais polos econômicos nacionais, cumpre destacar a conquista suprema-cista do PDS sobre toda a região Nordeste e sobre parcela considerável da região Sul (RS e SC). Ratificando sua influência nacional, o partido dispunha, então, de quase metade dos deputados federais eleitos à época (235, correspondendo à 49% do total de 479 distribuídos entre quatro demais partidos) e três quintos dos senadores eleitos (15 de 23) (AMARO et al, 2016, p. 272).

Enfim, nos anos seguintes, verificou-se um processo de esvaziamento do PDS. Especialmente motivado pelo lançamento e fundação do Partido da Frente Liberal (PFL) – respectivamente, em dezembro de 1984 e janeiro de 1985 –, o exaurimento pedessista é numericamente expressivo quando considerado, por

exemplo, que, em face dos 235 deputados federais apresentados pelo PDS em 1982, em 1983, o partido reduzira esse quantitativo à 158, caindo para 95 em 1985, e conservando apenas 33 em 1986. Dentre os motivos que levaram a essa evasão de votos, é possível apontar o apoio do partido às eleições indiretas para a presidência da República, em contraposição aos anseios populares representados pelo movimento das diretas já (ABAIDE, 1990, p. 62-67).

Não obstante a esse processo de vazão do partido sob análise, sua influência histórica repercutiu consideravelmente na Assembleia Nacional Constituinte de 1987. Por consequência, sua intrínseca relação com a ditadura precedente reverbera sobre o respectivo processo constituinte, de forma a justificar uma análise de sua atuação no mesmo.

A respeito dessa, destarte, é possível apontar sua aproximação com as propostas conservadoras do Centrão, oriundo dos trabalhos constituintes. Apesar da relativa heterogeneidade entre as votações dos parlamentares pedessistas na constituinte, cumpre ressaltar que a maioria dos deputados e senadores do partido posicionaram-se contra medidas essencialmente democráticas e vinculadas a direitos humanos. Nessa senda, relata-se, por exemplo, que grande parte dos pedessistas constituintes votaram em desfavor de propostas de limitações à propriedade privada e da promulgação de novos direitos trabalhistas.

Sua atuação condensando características da ditadura, porquanto, será melhor analisada no tópico seguinte.

Não obstante, ainda aqui, revela-se a pertinência de tecer alguns comentários a respeito da UDS nas eleições para o Congresso Constituinte. Assim, salienta-se, na esfera da Assembleia Nacional Constituinte, a criação do supracitado Centrão e a manifestação da União Democrática Ruralista (UDR). No que concerne a ambos, percebe-se um arranjo constituinte oligárquico sob domínios "do poder econômico e/ou dos 'lobbies' militares" (ABAIDE, 1990, p. 79). Em vista disso, reafirma-se que o PDS, atuando em consonância com a ordem vigente que lhe originou, tende a ir de encontro a uma democracia representativa e a uma transformação social de fato "cidadã".

Em outras palavras, consagra-se a visão de Bercovici (2013, p. 307) *apud* Klaus von Beyme no sentido de que "o poder constituinte é sempre mediado. A identidade entre assembleia constituinte e povo é uma ficção; portanto, praticamente todas as constituições seriam de origem oligárquica", ao mesmo tempo que "não há poder constituinte onde o povo é alienado do poder" (BERCOVICI *apud* BEAUD, 2013, p. 310).

Nesse sentido, aliás, Lima (2009, p. 77-78) retrata que a UDR, criada como articulação dos interesses da direita na constituinte, "já tinha selecionado seus objetivos e os meios para garantir os interesses dos proprietários rurais contra uma possível reforma agrária". Materializando tal assertiva, assinala-se a realização de leilões de gado pela UDR, cuja arrecadação financiou, à época, a

eleição de sessenta representantes, dentre os quais residiam candidatos do PTB, PDS, PFL, PMDB e de mais alguns partidos de menor expressão de direita.

Reafirmando o viés do PDS, Lima (2009, p. 115-116) conclui seu caráter de direita, ao passo que dois terços de seus parlamentares (24 de 36) votaram em favor de posições essencialmente de direita, um quarto (9 de 36) à disposição das colocações de centro-direita, enquanto apenas um membro teria se colocado em favor das posições de centro e dois parlamentares em consonância com as propostas de esquerda.

Diante, pois, dessa abordagem, uma vez demonstrada a relevância histórica do Partido Democrático Social, extrai-se a necessidade de se vislumbrar seu empreendimento no processo constituinte ora sob análise. Dessa forma, o próximo tópico pretende averiguar se a mesma legítima – ou não – a premissa da crise de constituinte, buscando demonstrar se sua atuação oligárquica em favor de interesses da direita foi, de fato, democrática.

## **5. A ATUAÇÃO DO PDS NA CONSTITUINTE**

Depois de revisitar a formação do PDS e a origem de seus membros, revela-se mais do que pertinente uma análise das influências desses indivíduos na constituinte. Para isso, é necessário tomar conhecimento sobre como funcionou a divisão dos trabalhos constituintes.

Como já foi tratado anteriormente, com a publicação do Regimento Interno da ANC, os trabalhos foram divididos em 8 comissões temáticas, suas 24 subcomissões temáticas, e a comissão de sistematização, conforme artigos 13 e 15 (1987b).

Dentre as subcomissões, uma das que mais chamaram atenção foi a Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais. Essa viria a tratar do conteúdo do atual artigo 5º da Constituição Federal, onde se expressa a maior parte dos direitos individuais consagrados em qualquer Estado de Direito.

Segundo o §8º do artigo 13, cada comissão e subcomissão ficaria responsável por eleger um Presidente e dois Vice-Presidentes, sendo que o primeiro designaria o Relator. Por sua vez, nos §§ 2º e 8º do referido artigo, é previsto que os membros das comissões e subcomissões seriam indicados obedecendo à proporcionalidade partidária. A eleição dos Presidentes, aliás, também seguiria esse critério.

Em seu turno, no artigo 17, *caput*, são previstas as funções dos relatores. Concernente a isso, observa-se que o relator “na Subcomissão, com ou sem discussão preliminar, elaborará seu trabalho com base nos subsídios encaminhados” para depois apresentar relatório com anteprojeto da matéria. Assim, o responsável por filtrar e sistematizar as proposições passa a ser o Relator.

Frente a isso, salienta-se aqui que a relatoria da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais fora designada a Darcy Pozza, pertencente ao PDS. No

referido relatório com anteprojeto, o Relator informou a verificação de mais de 1121 sugestões, dentre as quais algumas merecem maior destaque, quais sejam:

A prudência e o respeito às nossas mais autênticas tradições, apontam para a adoção da prisão perpétua nos casos de estupro ou sequestro seguidos de morte, no lugar da pena de morte, para a condenação à egoísta eliminação da vida indefesa, que se aninha no ventre materno (ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987, p. 6).

Demais, o relator já trazia entre suas próprias proposições a figura do tráfico de drogas como “perniciosos e horrendos, imputando-os como crimes inafiançáveis, imprescritíveis e inanistiáveis” (ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987, p. 6). Por sua vez, no tocante ao anteprojeto, foi trazido primariamente:

I - a vida; não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de trabalhos forçados, de banimento ou confisco, ressalvados, quanto à pena de morte, a legislação aplicável em caso de guerra externa e, quanto à prisão perpétua, os crimes de estupro ou sequestro seguidos de morte; será punido como crime o aborto diretamente provocado; (p. 7)

XII - a prática de culto religioso que não fira a dignidade da pessoa humana e não contrarie a moral e os bons costumes; (p. 9)

Já na fase de “Emendas ao anteprojeto do Relator da Subcomissão” (ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987a), os membros do PDS fizeram sugestões como a redução da maioridade penal para 16 anos (p. 474), a instituição da pena de morte, e ainda plebiscito sobre a temática, caso não fosse aprovada (p. 216), entre outras modificações.

Ante o exposto, é possível delinear tanto o teor das proposições realizadas pelos membros do partido, quanto o como pode ter sido danoso colocar nas mãos destes a relatoria de Subcomissão tão importante. De qualquer modo, merece ser ponderado um trabalho minucioso de análise das 1121 propostas realizadas para a pasta, sem o qual não se mostra possível discriminar quais eventuais dispositivos tiveram seus direitos à apreciação negados, nem tampouco determinar quantos artigos violadores dos tratados de Direitos Humanos já vigentes à época foram levados a debate.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A partir de todo o exposto, é possível entrever alguns pontos de convergência entre os processos histórico e político do panorama que antecedeu à formação da constituinte com a crise da mesma. Isso porque, como visto, ambos os processos foram designados por interesses oligárquicos e, portanto, feriram o

caráter de soberania popular intrínsecos aos conceitos de democracia e de poder constituinte legítimo.

A esse respeito, *a priori*, restou demonstrada a repercussão de uma crise constituinte (insuperável) sobre a legitimidade de uma constituição. No ponto, evidenciou-se que, no âmbito da Assembleia Constituinte, a presença de atores consonantes com a manutenção da conjuntura sugerida pela ditadura militar, tende a rascunhar uma magna carta corrompida.

Em sequência, por meio de observações à formação da constituinte de 1987, ratificou-se a necessidade de se alterar o referido status vigente à época, para o qual seria imprescindível uma nova Constituição, que – diferentemente do verificado – não violasse a legitimidade representativa que a situação requisitava.

Posteriormente, em vista do rascunho do panorama histórico do PDS, observou-se sua expressiva influência sobre o processo de redemocratização nacional, que, antagonicamente, pôde ser percebido como um arranjo antidemocrático, ao passo que impedira o avanço de novas ideologias.

Enfim, do ora relatado, é plausível concluir que a participação de constituintes herdeiros do governo militar – e, portanto, influenciados por anseios oligárquicos –, repercutiu tanto sobre a divisão das comissões e subcomissões temáticas da constituinte, quanto, possivelmente, sobre a minoração (quando não sobre à infração) de direitos e garantias individuais.

Finalmente, cabe atestar a necessidade de uma análise mais aprofundada, para não dizer individualizada de cada uma das propostas então sugeridas pelo PDS na Assembleia Nacional Constituinte. Eis que a mesma viabilizaria o mapeamento das possíveis intersecções entre a atuação do referido partido e os caracteres críticos, isto é, antidemocráticos oriundos do respectivo pecado original. Por conseguinte, esse processo pormenorizado alicerçaria com maior segurança a resposta à indagação central do presente trabalho, qual seja, se uma Constituição, como visto, delineada por atores eminentemente ditatoriais e interesses essencialmente oligárquicos, pode – ou não – receber a alcunha de Cidadã.

## REFERÊNCIAS

ABAIDE, Jalusa Prestes. **Partidos políticos no Brasil: 1979-1988**. Orientador: Dr. Christian Guy Caubet. 1990. 221 f. Dissertação (mestrado) – Curso De Pós-Graduação Em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1990. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/106315/80029.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 06 jul. 2020.

AGÊNCIA SENADO. **Comissão Afonso Arinos elaborou anteprojeto de Constituição**. 01 out. 2008. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2008/10/01/comissao-afonso-arinos-elaborou-anteprojeto-de-constituicao>>. Acesso em: 06 jun. 2020.

ALIANÇA RENOVADORA NACIONAL (ARENA). In: **CPDOC**. Rio de Janeiro: FGV, 2009. Disponível em: <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/alianca-renovadora-nacional-arena>>. Acesso em: 06 jul. 2020.

AMARO, Ceandreson Dias; COVOLAN, Fernanda Cristina. Sucessão Presidencial e os Direitos Políticos: uma análise da construção do movimento "Diretas Já". **Cadernos de Direito**: São Paulo, v. 16, n. 31, p. 257-292, 2016.

ARAUJO, Francisco Regis Frota. A experiência constitucional brasileira e a democracia: as constituições históricas. In: Emanuel Andrade Linhares, Hugo de Brito Machado Segundo; Alcimor Rocha Neto. [et al.] (org.). **Democracia e direitos fundamentais**: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides. São Paulo: Atlas, 2016. (recurso eletrônico).

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Ofício nº 039/86 da ALMG ao Professor Paulo Bonavides** (1986). Disponível em: <<https://atom.almg.gov.br/index.php/oficio-n-039-86-da-almg-ao-professor-paulo-bonavides>>. Acesso em: 06 jun. 2020.

ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. 1 - COMISSÃO DA SOBERANIA E DOS DIREITOS E GARANTIAS DO HOMEM E DAMULHER. 1-c - SUBCOMISSÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. RELATÓRIO. Vol. 78 (1987). Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-78.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2020.

ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. CONSTITUINTE FASE B. EMENDAS AO ANTE-PROJETO DO RELATOR DA SUBCOMISSÃO. Vol. 79 (1987a). Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-79.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2020.

ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. Resolução nº 2, de 1987 (1987b). **Dispõe sobre o Regimento Interno da Assembléia Nacional Constituinte**. Disponível em: <[https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/regimento-interno-da-assembleia-nacional/resolucao-2-1987](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/regimento-interno-da-assembleia-nacional/resolucao-2-1987)>. Acesso em: 6 jul. 2020.

BERCOVICI, Gilberto. O Poder Constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. **Lua Nova**: São Paulo, n. 88, p. 305-325, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 19. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

\_\_\_\_\_. O direito constitucional e o momento político. **Revista de informação legislativa**, v. 21, n. 81, p. 217-230, jan./mar. 1984. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181508>>. Acesso em: 06 abr. 2020.

BRASIL. **Mensagem Presidencial n. 48, de 1985-CN** (1985). Disponível em: <[https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/arquivos-1/emenda.pdf](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/arquivos-1/emenda.pdf)>. Acesso em: 05 jun. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985** (1985a). Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/norma/540627/publicacao/15784395>>. Acesso em: 05 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 91.450, de 15 de julho de 1985** (1985b). Disponível em: <[https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-91450-18-julho-1985-441585-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Institui%20a%20Comiss%C3%A3o%20Provis%C3%B3ria%20de%20Estudos%20Constitucionais.&text=%3A,Art](https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-91450-18-julho-1985-441585-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Institui%20a%20Comiss%C3%A3o%20Provis%C3%B3ria%20de%20Estudos%20Constitucionais.&text=%3A,Art>)>. Acesso em: 05 jun. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Biografias**. Disponível em: <[https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/biografia-dos-parlamentares-constituintes](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/biografia-dos-parlamentares-constituintes)>. Acesso em: 17 jul. 2020.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Constituinte**: Assembléia, Processo, Poder. 2. ed. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

PARTIDO DEMOCRÁTICO SOCIAL (PDS). *In*: **CPDOC**. Rio de Janeiro: FGV, 2009. Disponível em: <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/partido-democratico-social-pds>>. Acesso em: 06 jul. 2020

JORNAL DO BRASIL. **O Congresso e a Constituinte**. Rio de Janeiro, 19 ago. 1985. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/109072>>. Acesso em: 17 jul. 2020.

JORNAL DA TARDE. **Uma Tese**: plebiscito para validar constituinte. São Paulo, 15 abr. 1986. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/114051>>. Acesso em: 06 jun. 2020.

LIMA, Luziano Pereira Mendes de. **A atuação da esquerda no processo constituinte**: (1986-1988). Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

VARELLA, José. JORNAL DO BRASIL. **Constituinte confirma presença dos senadores eleitos em 1982**. Brasília, 3 fev. 1987. Disponível em: <[https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/111812/1987\\_01%20a%2004%20de%20Fevereiro\\_090.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/111812/1987_01%20a%2004%20de%20Fevereiro_090.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 17 jul. 2020.



# **DISTOPIAS E A (DES)PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANO-FUNDAMENTAIS E O “PREÇO” DA SEGURANÇA EM TEMPOS DE CRISE: O RETROCESSO DE DIREITOS DE MINORIAS NO CONTEXTO DO FILME “V DE VINGANÇA”**

ARTHUR RAMOS DO NASCIMENTO<sup>1</sup>  
JOÃO ÉDER FURLAN FERREIRA DE SOUZA<sup>2</sup>  
FERNANDO DE BRITO ALVES<sup>3</sup>

## **1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O<sup>4</sup> tempo presente está marcado por paradigmas profundos de crises (econômicas, sociais, culturais) que acabam refletindo na seara jurídica e exigem respostas aos problemas insurgentes dessa dinâmica. A história dos direitos fundamentais está marcada por luta e por momentos de intensa articulação política para reconhecimento e positivação das tutelas. As minorias, de forma muito particular, nas últimas décadas conquistaram o direito de gozar os direitos já considerados fundamentais para grupos com maioria política.

Por certo a Teoria dos Direitos Humanos foi determinante para que esses avanços jurídicos, alavancados pelo impacto da turboglobalização<sup>5</sup> na intensificação das relações entre Estados e demais sujeitos de direito internacional.

---

<sup>1</sup> Autor: Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Mestre em Direito Agrário (UFG). Docente na UFGD. E-mail: arthurnascimento@ufgd.edu.br

<sup>2</sup> Doutorando e mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Bacharel em Direito pela UEL. Advogado. E-mail: joao.eder@uenp.edu.br

<sup>3</sup> Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE / Bauru-SP (2012). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Advogado. E-mail: fernandobrito@uenp.edu.br

<sup>4</sup> O presente capítulo é uma atualização do artigo: PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PREÇO DA SEGURANÇA EM TEMPOS DE CRISE: O RETROCESSO DE DIREITOS DE MINORIAS NO CONTEXTO DO FILME “V DE VINGANÇA” que foi originalmente apresentado no Congresso Internacional de Direitos Humanos promovido pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul no ano de 2018 e publicado nos Anais do mesmo evento.

<sup>5</sup> O termo “turboglobalização” é um termo cunhado pelo filósofo catalão Gonçal Mayos Solsona, que entende que a humanidade sempre esteve globalizada (onde as interações eram mais lentas, ainda que sensíveis), mas que a contemporaneidade apresenta um ritmo mais intenso dentro dessas dinâmicas.

O presente artigo apresenta uma reflexão adotando como pano de fundo a obra cinematográfica “V de Vingança” (2005<sup>6</sup>), sendo este um material rico para se falar sobre assuntos da atualidade. A distopia de Alan Moore traz elementos sobre governos totalitários, abuso de poder, sistema político corrompido, necessidade de se lutar pela manutenção dos direitos conquistados, retrocesso de direitos e uso da violência e do medo como ferramentas de controles. Essa distopia, como se observa, se encontra muito atual quando analisada em conjunto com a realidade brasileira no século XXI.

A utilização do filme para analisar diversidade e direito, surge dentro de uma perspectiva de utilização de outras mídias (como cinema, literatura, teatro, artes plásticas, entre outras) como apoio para análises jurídicas. O uso dessas outras linguagens torna o processo de reflexão mais palatável, também potencializam o exercício da alteridade frente a situações que não são cotidianas de grupos não minoritários. Cabe também o destaque que o uso dessas mídias garante maior democratização das discussões jurídicas permitindo a ampliação do debate para educar a sociedade para o Direito (isso também significa a possibilidade de trabalhar os diversos temas para os mais diversos públicos).

Carta de Valerie Page, que a despeito de ser uma personagem secundária na história, se mostra como narrativa de grande valor para entender como grupos de minorias estão particularmente vulneráveis em momentos de crise (sejam de cunho econômico, político ou social), visto que são os primeiros eleitos como bodes expiatórios e tratados como inimigos da população por serem “diferentes”, personificando o estranhamento com “o outro” e a tentativa de eliminação do dissenso. Outro elemento da obra é um discurso recitado pelo protagonista, quando este invade o sinal de TV controlado pelo Estado, destaca a passividade da população diante da injustiça e como a sociedade abriu mão de direitos fundamentais por medo e em troca de uma pretensa segurança. Ambos os elementos do filme “V de Vingança” são os panos de fundo para reflexões sobre o risco de retrocesso de direitos fundamentais, sendo esse risco algo muito presente na pós-modernidade.

## **2. A FRAGILIDADE DO AMBIENTE DEMOCRÁTICO EM CONTEXTOS DE CRISE**

O pensamento da Democracia como um espaço consolidado ou mesmo como um modelo ideal que deve ser reproduzido pelo mundo inteiro (dentro de uma perspectiva da Democracia ser um Direito Humano, no plano internacional, e um Direito Fundamental, no plano constitucional nacional<sup>7</sup>). A ampla produção

---

<sup>6</sup> Apenas para fins de esclarecimentos, o filme foi produzido em 2005, para lançamento dia 04 de novembro, mas lançado (em razão de adiamento) em 17 de março de 2006. O filme é baseado em uma produção em quadrinhos de Alan Moore.

<sup>7</sup> A previsão de um direito como sendo fundamental, hoje, transcende o pensamento tradicional de que se trata de uma perspectiva apenas nacional. Anteriormente adotava-se a constituição como um instrumento

normativa sobre o tema, além da popularização do discurso democrático (em teoria, ou na superficialidade como regra). Como destacado por Andityas Soares de Moura Costa Matos, temos um direito em crise

Pois bem, o esvaziamento tecnicista do direito se entremostra principalmente nos seguintes fenômenos: a) intensa inflação legislativa acompanhada de altos índices de ineficácia normativa, ainda que seletiva; b) descon sideração das finalidades últimas das normas jurídicas por parte de seus aplicadores, em especial o Poder Judiciário, apegado a fórmulas processuais em detrimento da tutela jurisdiccional efetiva; c) tendência a excessiva regulamentação infralegal de questões econômico-financeiras por parte do Poder Executivo, o que, na prática, equivale à inutilização do Poder Legislativo, muitas vezes tramada por este último em conluio com o primeiro; d) baixo grau de interesse da população em geral pela discussão de temas político-jurídicos; e) paulatina indiferenciação entre o espaço público e o privado, com a conseqüente invasão da esfera individual por entidades governamentais ou não; f) impossibilidade real de o Estado fazer valer normas jurídicas contrárias a interesses de grupos sociais poderosos, sejam eles legais ou não; g) relativização de direitos fundamentais em nome de necessidades técnicas, especialmente quando apresentam natureza fiscal, contábil ou econômico-administrativa (2008, p.40)

Assim é preciso igualmente observar a necessidade de amadurecimento do direito (e de seus mecanismos) para que não se torne o próprio Direito ferramenta de legitimação da opressão e do cerceamento de direitos fundamentais dos grupos de minorias. Obviamente tal questão é dificultada por ser o direito, por excelência, um instrumento de poder e de validação do poder, não necessariamente daquele poder que é Justo. Para ilustrar essa fragilidade, apresentando-a de forma mais visual, o presente artigo oferece uma proposta de diálogo entre Direito e Arte.

O diálogo entre Direito e Arte oferece um panorama rico de possibilidades para análise das teorias constitucionais, bem como oferecer cenários de observação dos direitos fundamentais e dos seus reflexos, em especial nas situações de negação. Tal procedimento (analisar o Direito por meio da Arte) possibilita uma experimentação em contextos que seriam inviáveis (por questões temporais, geográficas ou mesmo éticas) numa dimensão da realidade. Aqui o simbólico serve como um filtro para analisar paradigmas (e preocupações) reais com diferentes camadas e possibilidades, considerando as vivências, as leituras e a projeção de cenários futuros<sup>8</sup>.

---

normativo de alta carga dentro de um determinado Estado (por isso sua visão mais restrita), mas que hoje não cabe dado o avanço das dinâmicas internacionais. Veja-se, por exemplo, a União Europeia que também prevê por meio da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (documento proclamado pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho da União Europeia e pela Comissão Europeia em 7 de dezembro de 2000, tendo uma versão adaptada em 12 de dezembro de 2007, em Estrasburgo, à frente da assinatura do Tratado de Lisboa).

<sup>8</sup> Esse tipo de construção cognitiva envolve o processo de leituras (em todos os seus sentidos) dos textos (não necessariamente escritos, nesse caso imagético ou mesmo de narrativas), que são analisadas dentro de

### 3. A LITERATURA DISTÓPICA COMO METÁFORA DO RISCO DE RETROCESSO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM MOMENTOS DE CRISE ANALISANDO “V DE VINGANÇA” COMO CENÁRIO POSSÍVEL DA REALIDADE

Para compreender a dicotomia entre utopia e distopia, é preciso considerar que as utopias nasceram da esperança do progresso no desenvolvimento com a possibilidade de desenvolvimento social (presente no Séc.XIX) e as distopias como reflexões sobre a realidade presente no Séc. XX, sendo este marcado por guerras e conflitos e a expansão da tecnologia em proporções assustadoras. Assim,

De modo geral, essa será a base para as utopias do século XIX em que a crença no progresso se funde com ideais de justiça material. Como é o caso dos falanstérios, as propriedades comunais arquitetadas por Charles Fourier nas quais cada homem podia trabalhar de acordo e em conformidade com suas paixões e interesses essenciais.

As revoluções e guerras do século XX revelaram que a conexão pretendida entre razão e tecnologia tem seu lado catastrófico e promotor de atrocidades. É nesse contexto que emergem as utopias negativas ou distopias, fundamentalmente escritas e pensadas sob o impacto dos regimes totalitários (MANDUCO; GUIMARÃES; SILVA, 2016, p. 2).

As distopias ganharam enorme popularidade (inclusive hoje sendo um tipo recorrente de produção cinematográfica e outras mídias<sup>9</sup>) por conta de sua perspectiva pessimista da realidade e por indicar possibilidades muito atuais de regimes totalitaristas, uso opressivo das tecnologias.

A principal marca das distopias é a crítica que se faz à humanidade e à sua capacidade de controle do outro, o qual beira o totalitarismo. Os textos e autores que constroem e retratam situações distópicas costumam prever as mazelas que virão como consequência do comportamento humano que, não raramente, se apoia nas relações de poder. Mas, apesar dessa perspectiva sombria, as distopias são cada vez mais procuradas, principalmente entre os jovens, o que pode significar o desejo de conforto, pois ela mostra como a atual vida em sociedade é boa perto do que poderia ser, ou a preocupação com a realidade que estamos criando (MANDUCO; GUIMARÃES; SILVA, 2016, p.04).

Como destacado por Leomir Cardoso Hilário, as produções distópicas devem ser compreendidas como “avisos de incêndio”, buscando chamar a atenção (como todo recurso de emergência) para que acontecimentos perigosos

---

contextos de vida e de experiências dos interlocutores, também permitindo novas conexões (intertextos) para alcance e superação de paradigmas (pretextos).

<sup>9</sup> Além dos clássicos existem muitas produções atuais que tem como principal mote as distopias: Jogos Vorazes (trilogia de filmes e livros), O quarteto Doador - série de livros (1993 a 2012), cuja adaptação do primeiro livro foi o “O Doador de Memórias” (2014); A série de livros e filmes “Divergente”, entre outros. Além disso há seriados também baseados em futuros distópicos como “O Conto da Aia” e “Blackmirror”.

possam ser prevenidos e controlados, de forma que seus efeitos, mesmo já em curso, sejam inibidos. O romance distópico pode então ser compreendido enquanto aviso de incêndio, o qual, como todo recurso de emergência, busca chamar a atenção para que o acontecimento perigoso seja controlado, e seus efeitos, embora já em curso, sejam inibidos, de forma que “soa o alarme com relação às mudanças em curso nos anos que se seguiram ao seu surgimento” (HILÁRIO, 2013, p. 202).

Considerando a validade da utilização da Arte como canal facilitador das análises jurídicas, as temáticas distópicas ligadas à perda dos direitos fundamentais em tempos de crise, observa-se a obra “V de Vingança” como especial cenário para fazer dialogar essas dinâmicas. Além disso serve como particular alerta para a realidade brasileira que caminha para movimentos cada vez mais conservadores e com tendências a retrocessos de direitos sociais (como liberdade, igualdade, dignidade humana entre outros). Considerando a obra de autoria de Alan Moore, o filme “V de Vingança” é:

Baseado numa *graphic novel* homônima, criada na metade da década de 80, o filme narra a história de uma Inglaterra autoritária, com sua população dominada pelo medo, e alienada em relação a seus direitos. Com um Estado totalitário, os direitos primordiais da população são controlados, as formas artísticas como música, cinema, teatro e literatura são restritas e/ou proibidas, e a mídia é controlada pela figura quase onipresente do Estado, transmutado na figura de seu líder, conhecido pelo nome de Sutler (GONÇALVES; WÜRMLI; BAUMGARTNER, 2010, p. 02).

Em dado momento da obra V narra para o Inspetor Finch os fatos que geraram aquela realidade distópica em que viviam. O líder Sutler é um político “muito religioso, e membro de um partido conservador”, também “muito obstinado”, que “não tem o menor respeito pelo processo político” e “é um homem aparentemente sem consciência, para quem os fins sempre justificam os meios”, contando também com apoio de grupos violentos. Usando da política, desenvolve um projeto de “poder, dominação hegemônica, completa e total” usando de armas biológicas, medo e repressão.

A arquitetura política baseada no medo fica clara, quando: “Incentivados pela mídia, medo e pânico se espalham rapidamente, rachando e dividindo o país, até que, enfim, o verdadeiro objetivo vem à tona. Antes da crise do St. Mary, ninguém poderia prever o resultado das eleições daquele ano. Ninguém” (VINGANÇA, 2005).

Nesse sentido, a obra escancara a forma como o movimento conservador por demonstrar que o resultado final é utilizar do medo, pois “o medo se tornou a ferramenta suprema deste governo, e através dele, nosso político ascendeu (...)” (VINGANÇA, 2005).

A obra faz uma alusão aos campos de concentração quando usa o Campo Larkhill. O lugar era uma instituição militar para onde se enviavam todos os "subversivos" (homossexuais, negros, judeus etc.), que utilizava de torturas e experiências biológicas<sup>10</sup> para desenvolvimento de armas. O filme coloca os encarcerados com analogias claras a "banalização do mal" nazista<sup>11</sup>, incluindo a aparência "desumanizada" com trajas precários, os cabelos cortados curtos, as valas comuns.

Como é possível observar a utilização do filme (bem como outras mídias) é cenário rico em temas e possibilidades de análise. Cabe o destaque que

ainda bastante negligenciadas no seio dos estudos sobre cinema, as versões fílmicas de narrativas gráficas estão a merecer maior atenção por parte da academia. Todavia, parece-me que a questão deriva do fato de a investigação dos processos de adaptação, mesmo aquelas que sejam de obras literárias consagradas, terem sido consideradas por muito tempo como algo tangencial à análise de filmes em si. Não parece ter havido, portanto, a devida convicção e o rigor teórico necessários ao seu desenvolvimento como atividade intermediária. Da mesma forma, apenas recentemente, as teorias da adaptação vêm sendo entendidas como uma promessa capaz de preencher as lacunas metodológicas, no âmbito do diálogo entre narrativas em diferentes suportes, o que é relevante na era da chamada convergência das mídias (GUIMARÃES, 2011, p.192-193).

Superada a análise geral sobre a obra e seus pontos principais cabe a análise das narrativas presentes na carta (autobiográfica) de Valerie e o discurso de V como duas visões sobre o problema, sendo a primeira um testemunho da perda de direitos dentro de um contexto de retrocessos, e o segundo uma análise crítica do "modus operandi" de como se chegou até aquela situação de total negação de direitos fundamentais.

#### **4. O RETROCESSO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DA "CARTA DE VALERIE" E DO "DISCURSO DE V"**

Como observado, cenários de crise (social, cultural e econômica) acabam repercutindo no Direito (no sistema normativo) não raro com tendências negativas. Os momentos de instabilidade política causam na população a sensação de insegurança quanto as instituições estatais, provocando um questionamento (nem sempre legítimo) se o Estado, o Direito e a Política (normalmente personalizada nos agentes políticos) são capazes de resolver os (novos?) problemas sociais<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Cita que "a presença de experiências com seres humanos, prática característica do regime nazista", quando observa que V e Valerie eram cobaias em Larkhill.

<sup>11</sup> Obviamente a utilização de campos de concentração e locais similares não é uma exclusividade nazista. Aqui o destaque se faz por ser, de fato, o principal objetivo de Alan Moore.

<sup>12</sup> Não raro os problemas são questões já vivenciadas pela sociedade, mas que por razões das novas dinâmicas sociais ganham proporções ampliadas. A criminalidade, a divergência de opiniões, oposição entre

A obra “V de Vingança”, conforme destacado, apresenta-se como uma construção rica de exemplos e contextos dessa natureza, também permitindo diferentes temas de análise, mas dois “textos” dentro da narrativa merecem especial destaque: a carta escrita por Valerie (como testemunho das minorias diretamente afetadas pelo retrocesso de direitos fundamentais) e o discurso recitado pelo personagem “V” em rede nacional (como um convite à reflexão e à contestação do status quo e o preço pago pela “segurança”). O presente artigo propõe dialogar com ambos os textos dentro da teoria da vedação ao retrocesso e o risco dessa ocorrência em contextos de instabilidade política e social como o Brasil nas primeiras décadas do Séc. XXI.

A carta de Valerie Page (personagem interpretada por Natasha Wightman) é uma “autobiografia” da personagem escrita em seu tempo de cárcere, quando esteve detida no Campo Larkhill. A carta é introduzida na história quando encontrada pela personagem de Evey encontra o papel em sua cela e começa a leitura. O escrito narra de forma sucinta a infância e a descoberta da homossexualidade de Valerie, apontando inicialmente a repressão do sistema educacional conservador para quem a homossexualidade “era uma fase da adolescência e as pessoas superavam”. Já na juventude, Valerie, em um relacionamento com outra garota conta para os pais sobre sua orientação sexual, mas foi expulsa de casa pelo pai, na presença da mãe que se manteve omissa e não defendeu a filha.

A personagem questiona (questionamento esse que também se faz presente na mente das pessoas LGBTQ+) na carta “Eu só disse a eles a verdade. Será que foi muito egoísmo?”. Completa a personagem que “Nossa integridade é vendida por tão pouco, porém ela é tudo o que temos. Ela é nosso último pedacinho, mas nele, nós somos livres”. É interessante observar como, de forma singela, a personagem destaca a importância da luta pela dignidade LGBT e pela situação de subcidadania que muitos homens e mulheres vivenciam na sua trajetória, marginalizados socialmente.

A carta corta para outro momento quando Valerie realiza-se profissionalmente (como atriz que estreou um filme “Dunas de Sal”, em 2015) e pessoalmente, quando conhece Ruth e passam a constituir uma família. “Aqueles foram os melhores anos da minha vida”, alega a personagem. As imagens demonstram, de fato, uma vida realizada, gozada com dignidade. O momento representa o direito (hoje em dia ainda em luta por reconhecimento) do direito a constituir uma

---

grupos conservadores e grupos de vanguarda, entre outros, são aspectos já conhecidos do contexto democrático, mas que em situações de crise são revestidos de uma roupagem diferente e sensacionalista. Discursos oportunistas pervertem esses temas para desconstituir a legitimidade das instituições e possibilitar a ruptura com os movimentos de ampliação de direitos (culpabilizando-os como responsáveis pela crise) e provocando retrocessos e restrição de garantias.

família, que não é um direito plenamente gozado pela população homoafetiva<sup>13</sup>, além de demonstrar o gozo do “direito à felicidade”.

Valerie, posteriormente, fala sobre a “guerra americana” e como Londres passou a ser afetada. A crise social (e econômica) indicada na narrativa, é um claro exemplo de como os efeitos da turboglobalização podem motivar ondas de crise em diversas partes do globo. Toda a sociedade é afetada.

A carta é particularmente tocante quando começa a descrever que “o significado das palavras começou a mudar”, lembrando quando “palavras incomuns como ‘colateral’ e ‘rendição’ ficaram assustadoras... Enquanto outras como ‘Chama Nórdica’ e ‘Artigos de Lealdade’ ficaram poderosas”. Como uma mulher lésbica, Valerie descreve que se lembra “de como ‘diferente’ virou perigoso”, e lamenta que não compreende por qual razão as minorias são tão odiadas. Nesse momento do filme a imagem de um casal inter-racial homoafetivo é atacado por policiais, que invadem a residência do casal, no meio da noite, de modo agressivo e armado adotando profunda violência. Valerie descreve que Ruth foi presa quando saiu para comprar comida, e o filme mostra a imagem das compras caídas pelo chão e um furgão/viatura saindo em alta velocidade com a inscrição “Para sua proteção”, e logo também teve sua casa invadida e foi presa, sendo conduzida para o Campo Larkhill, para ser submetida à torturas e experiências biológicas<sup>14</sup>.

É interessante observar a visão de Valerie sobre a mudança das palavras, e em como V também deseja utilizar, em sentido oposto, as palavras como instrumento não mais de opressão (como ocorreu com Valerie), mas de libertação. Assim se manifesta o personagem: “Existem, é claro, aqueles que não querem que falemos. Desconfio que ordens estejam sendo dadas e homens com armas já se ponham a caminho. Por que? Porque enquanto a violência for usada no lugar do diálogo, palavras sempre terão seu poder”. Denuncia assim a repressão estatal, a manipulação das mídias, o retrocesso de direitos como liberdade de expressão e de livre pensamento.

Assim, o Estado que deveria ser provedor de direitos se torna repressor. E completa o mascarado “Palavras oferecem um meio para o significado e para aqueles que escutam a enunciação da verdade” aqui as palavras, reitera-se, são instrumentos de despertar a população dentro dessa nova ordem de revolta popular proposta por V, contrariamente ao uso das palavras como forma de assustar e controlar, como quando se instalou o regime totalitário naquele país fictício.

---

<sup>13</sup> No Brasil a união estável homoafetiva foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal – STF e a possibilidade do casamento, por meio de uma normativa do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Até o momento não há amparo legal como forma de segurança das famílias homoafetivas, sendo uma situação passível dos efeitos nocivos do fenômeno Backlash.

<sup>14</sup> Krüger explica que na obra original “militares torturaram Ruth para que ela entregasse Valerie e, assim, ela o fez. Em consequência, a culpa consumiu Ruth de tal forma que ela se suicidou na própria cela” (2017, p.175). É importante destacar que essa informação não é transmitida na obra cinematográfica, mas é algo que pode ser subentendido.

Em contra partida, quando V faz seu discurso para a população apresenta uma grande provocação ao afirmar “como muitos de vocês, aprecio o conforto da rotina diária, a segurança familiar, a tranquilidade da repetição”, indicando que situações de crise, quebram esses “valores” importantes para a sociedade. O personagem vai mais além e destaca que “a verdade é que existe uma situação totalmente errada neste país. Não existe? Crueldade e injustiça. Intolerância e opressão”. Com clara indicação de que já houve um tempo de liberdade e garantia de direitos comenta que “[o]nde um dia houve o direito de discordar, de pensar e falar como se desejasse, agora temos sensores e sistemas de vigilância forçando-nos a nos conformar solicitando nossa submissão”, fazendo clara alusão ao retrocesso de direitos, reforçando o depoimento de Valerie sobre a perda de direitos, direitos que ela já gozou como cidadã e mulher livre.

O personagem V, ao invés de simplesmente apontar a culpa para o Estado e seu ditador questiona: “De quem é a culpa? Com certeza existem aqueles que são mais responsáveis do que os outros e eles vão ter que prestar contas. Mas verdade seja dita, se procuram por culpados só precisam se olhar no espelho”, demonstrando que a sociedade, de um modo geral optou pelo retrocesso de direitos com “chancela” popular, em troca de segurança familiar, tranquilidade e rotina.

A colocação de V não é no sentido de condenar a sociedade, mas de acordá-la, e ele ainda observa em seu discurso que sabe “por que fizeram isso, eu sei que têm medo, quem não teria? Guerra, terror, doenças, havia uma miríade de problemas que conspiraram para corromper a razão de vocês e tirar de vocês o bom senso”, também destaca que o “medo guiou suas ações e em seu pânico vocês confiaram (...)”. Nesse sentido a reflexão é muito atual para o cenário brasileiro onde discursos populistas podem representar um “canto da sereia” para populações insatisfeitas. Completa V que “Ele [o ditador] lhes prometeu ordem; ele lhes prometeu paz; e tudo o que ele exigiu em troca foi consentimento silencioso e obediente”.

A total perda de seus direitos fundamentais e sua cidadania fica manifesta em seu lamento ao dizer que “[p]arece estranho que minha vida termine nesse lugar horrível, mas por três anos houve rosas e eu não tive que prestar contas a ninguém. Eu vou morrer aqui”. A perda de sua liberdade e outros bens jurídicos caros ao ambiente democrático, como o direito à vida, foram usurpados da personagem e de todas as minorias vistas como ameaças (negros, homossexuais, judeus, estrangeiros). Não há nesse ambiente de crise e retrocesso mecanismos jurídicos de tutela dos direitos fundamentais, os direitos fundamentais são cerceados da maior parte da população e totalmente usurpados de minorias.

Como destacado por Felipe R. Krüger, a perseguição contra os homossexuais está muito presente no registro de Valerie que

é permeado por diversas histórias e relatos. Toda a discriminação que Valerie sofreu durante sua adolescência, a intolerância de seus pais frente a sua opção

sexual são elementos trazidos do “real”, com intuito de conscientizar o leitor, discutir um problema social. No decorrer do relato, temos as perseguições aos homossexuais (2017, p.176).

A desumanização de determinados grupos para legitimar as agressões, usurpações de direitos e a possibilidade de coisificação dessas pessoas é um processo. A obra demonstra como a Dra. Delia Surridge ao iniciar seus experimentos nos “diferentes”, ainda que não os tenha escolhido passou a enxergá-los como coisas submissas, que não reagem, não se revoltavam, como seres passivos diante da violência<sup>15</sup>. Obviamente, como se observa pelo relato de Valerie, não há passividade, apenas impossibilidade de luta, ainda sim, em sua narrativa, a personagem continua lutando internamente a despeito da tortura, para manter sua integridade, ao afirmar que “Cada pedacinho de mim vai morrer. Exceto um. O da integridade. Ela é pequena e frágil. É a única coisa no mundo que ainda vale a pena se ter. Jamais devemos perdê-la, vende-la ou entregá-la. Nunca devemos deixar que a tirem de nós” (VINGANÇA, 2005).

Nesse sentido, cabe a reflexão que sem resistência ou desalienação situações de coisificação do indivíduo e precarização de sua dignidade serão comuns. Assim cabe o alerta que:

A possibilidade de resistência e de desalienação em sociedades como as nossas são ínfimas, uma vez que decrescem diante do aumento da pretensa racionalidade técnica que as fundamenta. Essa razão unidimensional que desumaniza não apenas o direito do mundo contemporâneo, mas a sociedade como um todo, impede que o indivíduo tome consciência do processo de sujeição desumanizante ao qual é continuamente submetido pela “ordem objetiva das coisas”. John Dolan é incisivo: “Não é que às pessoas faltará coragem para exprimir seus pensamentos fora dos limites permitidos: é que elas se tornam incapazes de pensar assim”<sup>16</sup>. O nível de crítica interna ao sistema se aproxima do zero absoluto quando os indivíduos não conseguem se desvencilhar das necessidades impostas artificialmente e as verdadeiras carências vitais e espirituais são sufocadas de modo sistemático. Isso gera uma espécie de neurótica bestialização social, situação na qual o protesto individual passa a ser visto como algo impotente e mesmo ridículo (MATOS, 2008, p. 42).

Os avisos constantes da obra “V de Vingança” também se fazem presentes em outras distopias, de modo que:

Exige-se, antes, que o direito contemporâneo se liberte das correntes subterráneas que o envolvem e o degradam, reduzindo-o a coadjuvante de práticas políticas irresponsáveis, quando não a mero convalidador dos ditames pretensamente necessários da economia global. Com fincas em Sêneca, podemos afirmar que nada do que é humano pode ser desconsiderado pelo direito, pois ele

---

<sup>15</sup> Até mesmo essa “construção” de passividade não está sem razão na obra. Construiu-se um mito após o Holocausto que a dizimação judia foi em muito facilitada pela “passividade” dos judeus que não ofereciam resistência. Como não é o foco dessa análise, sugere-se a leitura de “Holocausto: outros lugares de resistência”, de Cristiano Guedes Pinheiro (2010).

é um instrumento humano para a solução de conflitos igualmente humanos, e não um fim em si mesmo, que se perde na auto-reprodução técnica de procedimentos vazios e alienantes. Do contrário, “liberdade”, “cidadão” e mesmo “direito” serão palavras ilegais, intraduzíveis para a novilíngua de um mundo novo nem um pouco admirável (MATOS, 2008, p. 52)

Assim, cabem aos juristas e todos os defensores dos direitos humanos pensar em formas de auxiliar nesse “alerta” para a sociedade, usando, como observado, as distopias (em suas representações presentes nas mais diversas mídias) como um aviso que não pode ser ignorado.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realidade jurídica e social brasileira se encontra em um momento particularmente delicado. A Democracia que se tornou um bem tão caro, conquistado com luta na História (ainda recente) do Brasil se mostra ameaçada, não apenas no Brasil, mas como uma tendência mundial de crise.

Como colocado por Valerie na parte final de sua carta autobiográfica “Espero que o mundo mude, que a situação melhore”. Essa declaração deve ser encarada como uma visão de esperança (a despeito de toda a dor, a despeito de toda a violência) que precisa guiar a luta, pois não a sociedade (e os grupos de minorias, de forma muito especial) permanecer inertes ao cenário que vai sendo desenhado. O voto de fé de Valerie deve ser acompanhado de uma motivação de luta, como colocado por V quando afirma que a despeito de toda a injustiça “se vocês veem o que eu vejo; se sentem o que eu sinto e se buscam o que eu busco, então peço que fiquem junto a mim”.

O Brasil se encontra em um cenário muito preocupante quando aos direitos de minorias. Há uma certa utopia construída em razão dos poucos (mas significativos) direitos conquistados por negros, mulheres, homossexuais, entre outros. Essa utopia, entretanto, não pode cegar a sociedade para os riscos de uma realidade distópica que se mostra cada vez mais palpável dentro dessa situação de crise (econômica e social) que ameaça os direitos conquistados. É preciso ter fé, mas é preciso também ter luta.

O artigo, longe de qualquer presunção de apresentar respostas prontas, se mostra apenas como provocação de análise, de alerta para as situações contemporâneas, bem como um convite para reflexão e para a ação, na luta pela defesa dos direitos de minorias. Assim, e apenas assim, é que essas pessoas terão um final feliz.

## REFERÊNCIAS

CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto. O mal-estar da ética na antropologia prática. In: **Antropologia e Ética: O debate atual no Brasil**. Niterói: UFF, p. 21-32, 2004.

GONÇALVES, Alison Roberto; WÜRMLI, Robert Thomas Georg; BAUMGARTNER, Carmen. A Análise do Discurso em “V de Vingança”. In: **Anais do II Seminário Nacional em Estudos da Linguagem: Diversidade, Ensino e Linguagem** – 06 a 08 de outubro de 2010. Cascavel, 2010. Disponível em: <[http://cac-php.unioeste.br/eventos/iisnel/CD\\_IISnell/pages/simposios/simposio%2014/A%20ANALISE%20DO%20DISCURSO%20EM%20V%20DE%20VINGAN%C7A.pdf](http://cac-php.unioeste.br/eventos/iisnel/CD_IISnell/pages/simposios/simposio%2014/A%20ANALISE%20DO%20DISCURSO%20EM%20V%20DE%20VINGAN%C7A.pdf)>. Acesso em: 28 set. 2018.

GUIMARAES, Denise Azevedo Duarte. Reflexões sobre a adaptação como fenômeno ubíquo: o filme V de Vingança. **Intercom - Revista Brasileira de Ciências da Comunicação**, São Paulo, v. 34, n. 1, p. 189-211, junho de 2011. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1809-58442011000100010&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-58442011000100010&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 25 set. de 2018.

HILÁRIO, Leomir Cardoso. Teoria Crítica e Literatura: a distopia como ferramenta de análise radical da modernidade. **Anuário Literário**, Florianópolis, v.18, n. 2, p. 201-215, 2013. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/literatura/article/viewFile/2175-7917.2013v18n2p201/25995>>. Acesso em: 17 set. 2018.

KRÜGER, Felipe Randünz. **A construção histórica na graphic novel V for Vendetta**: aspectos políticos, sociais e culturais na Inglaterra (1982-1988). Pelotas: Ed. UFPel, 2017.

MANDUCO, Alessandro; GUIMARÃES, Amalu de Mello; SILVA, Giovana C. B.. DIREITO E DISTOPIA: UMA LEITURA DE '1984' DE GEORGE ORWELL. In: VII Mostra de Pesquisa em Ciência e Tecnologia, 2016, São Paulo. **Anais VII Mostra de Pesquisa em Ciência e Tecnologia** DeVry Brasil, 2016. Disponível em: <<https://even3storage.blob.core.windows.net/processos/DireitoeDistopiaumaleiturade1984.6032aae5b81c40a3ab24.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2018.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Um alerta de Sêneca: o direito como distopia e a desumanização das ordens jurídicas. **PHRONESIS**: Revista do Curso de Direito da FEAD, nº 4, p. 37-54, janeiro/dezembro de 2008. Disponível em: <<http://revista.fead.br/index.php/dir/article/viewFile/211/154>>. Acesso em 14 set. 2018.

PINHEIRO, Cristiano Guedes. Holocausto: outros lugares de resistência. **Arquivo Maaravi: Revista Digital de Estudos Judaicos da UFMG**. Belo Horizonte, v. 4, n. 6, mar. 2010. Disponível em: <<http://www.periodicos.letras.ufmg.br/index.php/maaravi/article/viewFile/1723/1804>>. Acesso em: 15 set. 2018.

**VINGANÇA, V de**. Direção: James McTeigue. Roteiro: Lilly e Lana Wachowski. Produção: Joel Silver, Lana Wachowski, Lilly Wachowski, Grant Hill. [legendado]. EUA, 2005. Cor. Duração: 132 min. Gênero: Ação, Suspense, Drama. (Título original: *V for Vendetta*)

# O PODER JUDICIÁRIO ATOR PRINCIPAL DA JUDICIALIZAÇÃO: UMA ANÁLISE SOBRE O COMPORTAMENTO DO STF E SUAS REPERCUSSÕES NO CASO DA SAÚDE

ALESSANDRA BRUSTOLIN<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

Uma das características centrais da experiência brasileira pós-88 tem sido o crescente papel institucional do Poder Judiciário no espaço público do país. As promessas constitucionais não efetivadas, notadamente, aquelas que demandam uma prestação material do Estado e envolvem, por consequência, carga financeira para sua implementação se tornaram objeto de reivindicações judiciais cada vez mais frequentes.

Os direitos fundamentais em geral e, particularmente os direitos sociais, tem ocupado papel de destaque nas discussões travadas no âmbito constitucional brasileiro e é atualmente um dos principais temas de debate no cenário de discussão global, como é o caso do direito à saúde.

Em 2019, com o julgamento do Recurso Extraordinário 657.718/MG, esperava-se que o STF estabelecesse, em repercussão geral, critérios razoáveis para o enfrentamento da problemática, capazes de servir como orientação aos magistrados e desembargadores de instâncias inferiores, nas demandas que envolvem a concessão judicial de medicamentos experimentais.

Todavia, novamente, a Corte se esquivou se limitando a reproduzir parâmetros que já haviam sido estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), em decisão no REsp nº 1657156/RJ (STJ, 2018) sem apresentar ou aproximar uma solução para o problema da judicialização, deixando margem para a justiciabilidade de demandas individuais no âmbito dos medicamentos experimentais.

---

<sup>1</sup>Mestranda em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Especialista pela UNIPAR – Universidade Paranaense. Professora no Centro Universitário UNIVEL. Advogada. E-mail: alessandrabr.advogada@gmail.com.

Estudos sugerem que o Supremo Tribunal Federal (STF) tem papel determinante na experiência de justiciabilidade da saúde no Brasil, tendo em vista o modo pelo qual a Corte concebe este direito e diante da ausência de um enfrentamento frontal da problemática.

Diante do papel de destaque que o judiciário vem ocupando nos últimos anos no cenário institucional, o artigo busca verificar a hipótese de que o poder judiciário tem atuação de destaque no caso da judicialização, por meio de um recorte específico referente ao caso da saúde. Para tanto, o trabalho está dividido em duas grandes partes: a primeira cinge-se a tecer algumas considerações sobre a relação entre o direito à saúde, função jurisdicional e a judicialização; e, na segunda analisa o comportamento do STF e suas repercussões. O método utilizado é o dedutivo.

## **2. O DIREITO À SAÚDE NA CF/88 E A JUDICIALIZAÇÃO**

A promulgação da Constituição Federal de 1988 é um marco em diversos aspectos no contexto sócio-político brasileiro porque rompe com o modelo de Estado Liberal para adotar o Estado Social, induzida por um movimento neoconstitucional (COSTA, 2015), tendo a partir de então a centralidade nos direitos fundamentais, especialmente, os direitos sociais.

Da análise do texto constitucional nota-se que os direitos fundamentais sociais foram politicamente garantidos, mediante a declaração expressa dos bens jurídicos tutelados. Além disso, possuem caráter principiológico, na medida em que o legislador constitucional originário, acabou por institucionalizar programas de atuação estatal para implementação destes direitos. Tratam-se de ações políticas do Estado denominadas políticas públicas (COSTA, 2015).

Dotada de resquícios de uma Constituição liberal originária de um regime de exceção e diante dos problemas sociais que vinham sendo enfrentados ocorreu o deslocamento do eixo da questão que orbitava sobre os direitos fundamentais, a fim de se verificar quais os efeitos jurídicos podem ser produzidos nesse sentido. Isso porque o Poder Judiciário passou a ser demandado a decidir sobre a compatibilidade dos atos comissivos e omissivos das formas de expressão do poder estatal.

O exame da função jurisdicional está intrinsecamente relacionado com o exame da democracia e percebe grande relevância no universo jurídico e social. A democracia, em termos genéricos, trata-se da participação dos cidadãos frente aos processos democráticos, tanto políticos como sociais. Portanto, o poder está nas mãos de cada um dos cidadãos e não na mão do povo, visto que é o indivíduo de modo singular o detentor do poder, e pode-se dizer que aí está todo o enredo da democracia. Sabe-se que a democracia é muito mais que a participação do cidadão no processo de escolha de seus representantes, estando intimamente

relacionada às noções de igualdade, liberdade, segurança e à salvaguarda dos direitos humanos, uma vez que são estes os princípios e as bases fundamentais do Estado Democrático de Direito (MACHADO, 2012).

A principal competência da função jurisdicional, enquanto instituição política, consiste em controlar a constitucionalidade das leis e atos normativos dos Poderes Legislativo ou Executivo (MACHADO, 2012). O exercício da função jurisdicional tem como objetivo assegurar a vontade do Poder Constituinte, uma vez que como guardião da Constituição, espera-se que controle o exercício do poder pelas demais instâncias do Estado. Assim, surge um questionamento, que embora não seja a principal problemática, diante da análise da função jurisdicional, é pertinente que seja apontado: como realizar essa missão, sem que o judiciário se torne o único detentor do poder? (MACHADO, 2012).

De acordo com Machado (2012) a probabilidade de uma decisão ser correta será sempre maior, quando observado o ponto de vista interno do ordenamento, por meio da Constituição e, por consequência, o próprio ordenamento por ela estabelecido. Mas a grande dificuldade que se apresenta atualmente, mesmo diante de tais considerações, reside justamente sobre a prestação efetiva e adequada da tutela jurisdicional (MACHADO, 2012).

Para o autor, a autonomia judicial deve ser entendida como aquela que possui independência do político, sendo, nesse sentido, âmbito da política aquele que demanda por negociação e compromisso, que a decisão judicial não pode promover, por lhe faltar legitimidade democrática (MACHADO, 2012).

Assim, aos juízes, faltaria legitimidade democrática para realizar escolhas políticas em suas decisões, quando exercem o controle jurisdicional (MACHADO, 2012). De modo que atribuir escolhas sobre políticas públicas à função jurisdicional é provocar um distanciamento de sua verdadeira função, que é de colocar limites às possíveis arbitrariedades nas escolhas dos representantes eleitos para manifestar a vontade geral.

Essa opção de controlador e não de executor de opções políticas exige a observância de alguns requisitos, para que não se incorra no que se tem genericamente denominado de judicialização da política, uma vez que a estabilidade consiste na manutenção da identidade do sistema e são justamente os juízes, notadamente o Supremo Tribunal Federal (STF), encarregados de mantê-la e, assim, guardar o texto constitucional (MACHADO, 2012).

Ocorre que essa questão se torna ainda mais complexa quando direcionada aos direitos sociais, como é o caso da saúde. A consagração do direito à saúde na CF/88 enquanto um direito de todos e para todos (RAEFRAY, 2005) representa uma das mais ambiciosas (e problemáticas) promessas constitucionais. Ao longo dos anos, o direito à saúde tem ocupado papel de destaque no cenário de discussão nacional e essa também tem se mostrado uma tendência mundial.

Por um lado, a conquista de um amplo e generoso acervo de direitos concedido pelo legislador; por outro, todos os problemas que recaem sobre os meios de efetivação destes direitos, o que à época já era uma preocupação (DALLARI, 1988, p. 60-62). E, com o passar dos anos, se tornou ainda mais expressiva.

O artigo 6º da CF/88 dispõe que a saúde integra um conjunto de “direitos sociais”. Os direitos sociais são considerados segunda “geração”<sup>2</sup> de direitos fundamentais<sup>3</sup> e, por esse motivo, pode-se considerar que o direito à saúde, enquanto direito social é também, essencialmente, um direito fundamental<sup>4</sup>, porque assim considera-se ter sido determinado pela CF/88.

Os direitos sociais possuem características peculiares porque, conforme sugere o próprio texto constitucional, dependem de ações do poder público para a sua garantia, sendo no campo da efetivação destes direitos que resultam as maiores preocupações que, conforme mencionado, já se apresentavam desde a promulgação da CF/88 e persistem até hoje.

Mellace e Romeo (2017, p. 200), assumindo o risco de uma ambiguidade semântica, da qual, segundo os autores, não é possível se afastar completamente, consideram como uma boa concepção aquela que declina os direitos sociais enquanto “[...] direito a uma prestação positiva do poder público (ou também privado, conforme determinadas reconstruções)” (MELLACE; ROMERO, 2017, p. 200).

A saúde é instituída como um direito-dever (NORONHA; PEREIRA, 2013, p. 20), enquanto direito de todos e dever do Estado. Mas o texto constitucional brasileiro ao longo dos artigos 194 e 196 a 200 não extrapola o mero campo de algumas pistas sobre o direito tutelado. Limita-se o texto constitucional a expressar algumas características sobre a proteção deste direito. Destas, destacam-se a universalidade da saúde e dos serviços de saúde, a igualdade no preceito de saúde para todos (sem quaisquer distinções) e a gratuidade dos serviços.

A CF/88 confere aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais, como é o caso da saúde, e reforça o papel do Judiciário ao consagrar a inafastabilidade da tutela judicial, fortalecendo a independência da instituição (SARMENTO, 2009, p. 107).

Essa sistemática adotada favoreceu em larga medida a judicialização da política (SARMENTO, 2009, p. 107). Com isso, o crescente papel institucional do

---

<sup>2</sup>Silva (2005) ressalta que é equivocada a utilização da terminologia “gerações” quando utilizada no sentido de sobreposição de uma geração à outra. No mesmo sentido, Sarlet (2015) ressalta a imprecisão terminológica que “[...] conduz ao equivocado entendimento de que os direitos fundamentais se substituem ao longo do tempo, não se encontrando em permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento”. Não obstante, conforme sugerem os autores, essa controvérsia reside somente com relação à terminologia, havendo um consenso quanto ao conteúdo das chamadas “dimensões” ou “gerações” de direitos fundamentais.

<sup>3</sup>Para uma compreensão aprofundada dos direitos fundamentais e todas as suas gerações tanto por uma perspectiva global quanto histórica, Silva (2005) promove uma análise detalhada da evolução dos direitos fundamentais.

<sup>4</sup>Destaca-se a controvérsia doutrinária e jurisprudencial que contorna o regime jurídico-constitucional dos direitos sociais, seja com relação à sua própria fundamentação e legitimação ou até mesmo no que diz respeito ao seu conteúdo e regime jurídico (SARLET, 2008).

Poder Judiciário no espaço público do país tem sido uma das características centrais da experiência brasileira pós-88 (SARMENTO, 2009, p. 99).

Esse fenômeno é ainda mais frequente nos países em desenvolvimento e isso se deve à abertura constitucional e indeterminação semântica (predominância de princípios) destas constituições que geralmente não conduzem expressão clara do núcleo de direitos tutelados (SARMENTO, 2009, p. 99). O direito à saúde, por sua vez, encontra essas mesmas dificuldades.

O Poder Judiciário passou a ser demandado a decidir sobre a compatibilidade dos atos comissivos e omissivos das formas de expressão do poder estatal (MACHADO, 2012). E, assim, a desempenhar um importante papel político no desenho institucional. Essa se tornou uma das problemáticas a serem enfrentadas pelo constitucionalismo contemporâneo, especialmente, por seu impacto na formação de políticas públicas (SARMENTO, 2009, p. 99-100).

Apesar de parecer louvável a atuação do judiciário com relação ao fortalecimento dos direitos fundamentais sociais diante da abertura às demandas da sociedade, decorre desta atuação “protagonista”<sup>5</sup> uma complexa problemática que é uma preocupação tanto jurídica, quanto política e institucional: a judicialização.

De acordo com Barroso (2018, p. 45) “*judicialização* significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário” (BARROSO, 2018, p. 45). Há, portanto, como já mencionado, uma atuação “protagonista” do Poder Judiciário, que passa a resolver questões que originariamente seriam pertinentes ao Legislativo e Executivo. Segundo o autor, esse fenômeno representa a “[...] fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo” (BARROSO, 2018, p. 45).

Dessa afirmativa decorre um importante questionamento: afinal, quais seriam as causas da judicialização? Barroso (2018, p. 45-46) aponta, inicialmente, três fatores que “justificariam” essa transferência de poder para as instâncias decisórias: o reconhecimento da importância de um judiciário forte e independente como elemento essencial para as democracias modernas; uma certa “desilusão com a política majoritária em razão de uma “crise de representatividade”; e, por fim, a preferência pelos atores políticos de que o judiciário decida sobre “questões polêmicas” (BARROSO, 2018, p. 45-46).

Todos esses fatores estão relacionadas a uma certa “desilusão” ou “perda de confiança” nas instâncias políticas democraticamente eleitas, em decorrência da qual todas as fichas são apostadas no Judiciário e também

---

<sup>5</sup>A expressão é utilizada para destacar a tese de um “protagonismo judicial” trabalhada principalmente no direito Norte-Americano, não se pretendendo um maior aprofundamento neste sentido, mas destacando-se que segundo Lima (2013, p. 15) há uma “espécie de consenso” na produção na produção literária de que o Poder Judiciário (e especificamente o seu órgão de cúpula, o STF) “[...] encaminha-se para um protagonismo frente aos poderes majoritários” (LIMA, 2013, p. 15).

contribuem para a judicialização, mas, segundo o autor, especificamente no Brasil, a judicialização decorre essencialmente, de dois fatores específicos:

[...] o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente [...], que combina a matriz americana – em que todo o juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. [...] Nesse contexto, a judicialização constitui *fato* inelutável decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juizes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão (BARROSO, 2018, p. 47).

Todavia, a judicialização enquanto um *fato constitucional* por assim dizer, até então irremediado, não põe fim à questão. E nesse sentido, pode-se dizer que há um consenso de que a atual postura do judiciário e especificamente do STF, tem gerado repercussões nas relações sociais, sobretudo quanto aos dilemas existentes em relação à efetividade das políticas públicas.

Cada vez mais, a visão clássica dos tribunais como instâncias estritamente legais tem sido contestada pelas crescentes evidências de seu papel político e de seu impacto diário nas políticas públicas. Mas a despeito desses desenvolvimentos, o papel do Judiciário na arena das políticas públicas permanece nebuloso tanto no Brasil quanto no resto da América Latina (TAYLOR, 2007, p. 229).

Essa “nebulosidade”, como visto, é antes de um problema estritamente jurisprudencial, uma circunstância que deriva do próprio texto constitucional, pois a Constituição não define a abrangência do direito à saúde.

Apesar da defensável tese de que as políticas públicas não devem ser efetivadas pela via judicial diante da sua ofensa ao preceito democrático, rompendo com o princípio da igualdade e, assim, comprometer o princípio da igualdade (MACHADO, 2012, p. 157), a questão é que a própria CF/88 confere aos direitos fundamentais aplicabilidade imediata (art. 5º, p. ú, CF/88) e assim, a judicialização destes direitos se torna uma complexa problemática.

A judicialização da saúde é uma difícil questão vem sendo trabalhada pela academia sob diferentes viéses. Esses estudos tem como centralidade desde a formulação e aplicação das políticas públicas (VALLE, 2009; DALLARI; BUCCI, 2017) até os limites institucionais democráticos e constitucionais (MACHADO, 2012) da atuação do judiciário.

Apesar da relevante importância destes aspectos busca-se olhar para o direito à saúde e especificamente para a judicialização da saúde, a partir do posicionamento do STF, que tem ocupado papel de destaque no cenário brasileiro atual, tendo como ponto de partida para essa abordagem, uma dicotomia apresentada por estudos que apontam para o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) como o “problema” e inclusive a “solução” para a questão

da judicialização da saúde (VASCONSELOS, 2020, p. 83).

Dados coletados por pesquisa realizada pelo CNJ no ano de 2019 indicam que possivelmente os obstáculos para solução dos problemas relacionados à judicialização da saúde *estão sob o controle do próprio judiciário e são fruto da discricionariedade que gozam os vários tribunais*, eis que não há um padrão comum seguido, o que restringe o uso dessas informações como fonte de pesquisa e, sobretudo de gestão da política judiciária (INSPER, 2019), pendente ainda de uma solução eficaz.

Nesse mesmo sentido, Vasconselos (2020, p. 102) vai além ao sustentar que a compreensão da judicialização da saúde passa pelo entendimento do comportamento (contraditório) do próprio STF: por um lado a Corte dá preferência à uma visão individualista das demandas da saúde (VASCONSELOS, 2020, p. 97), agindo como “parte do problema” (VASCONSELOS, 2020, p. 83) e, por outro, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que é seu braço administrativo, se volta para a dimensão estrutural e coletiva do tema (VASCONSELOS, 2020, p. 97), agindo como “gestor” da “solução” (VASCONSELOS, 2020, p. 83) ao empregar uma série de recomendações e monitorando aos Tribunais e magistrados nos casos que envolvem a demanda da saúde.

Os estudos citados apontam para o STF como o principal ator no problema da judicialização da saúde. Em razão disso, o próximo capítulo tem como objetivo verificar a forma pela qual a Corte concebe este direito a partir do texto constitucional; e as repercussões do seu posicionamento, tendo como foco principal o caso dos medicamentos denominados “experimentais” – sem eficácia comprovada e sem registro perante a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), a fim de analisar essa atuação “protagonista” do Poder Judiciário pelo olhar do caso da saúde e como isso repercute no desenho institucional.

### **3. COMPORTAMENTO DA CORTE E REPERCUSSÕES**

No período logo após a promulgação da CF/88, quer seja em razão das dúvidas que pairavam sobre a fundamentalidade do direito à saúde ou das consequências derivadas de uma tutela mais ampla, prevalecia uma interpretação restritiva dos direitos fundamentais, adotando, também uma posição mais “[...] cautelosa e até conservadora para evitar alargar potenciais conflitos com o Executivo” (TAYLOR, 2007, p. 235).

Com o passar dos anos, em detrimento da postura “autocontensiva” que vinha sendo adotada, o judiciário passa a atuar de forma “ativista” (LIMA, 2013, p. 208). Essa não é e aqui nem se pretende retratar como sendo uma questão simples, mas que decorre da análise e compreensão de uma série de conceitos e fatores. É justamente em razão da complexidade que envolve esses conceitos,

que eles não serão abordados no trabalho, visto que não consiste na centralidade da análise, mas não poderiam deixar de ser mencionados.

No que se refere ao direito à saúde o judiciário se tornou uma rota alternativa (e rápida) para o acesso aos serviços de saúde, a partir de então compreendido como o acesso a medicamentos que estão nas listas governamentais ou só são disponibilizados no mercado (BIEHL; PETRYNA, 2016, p. 176). Este pode parecer, a primeira vista, uma “história de sucesso” na justiciabilidade de direitos sociais, mas a consequência que decorre dessa decisão é apontada como motivo de preocupação em alguns estudos, principalmente “[...] por promover o alargamento das hipóteses de tutela a direito individual” (VALLE, 2009, p. 135).

Houve o crescimento das demandas individuais em saúde com o êxito para os autores em 85% dos casos entre janeiro de 1997 e junho de 2004 em pesquisa empírica realizada no ano de 2004, envolvendo todas as decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Em 93% das decisões sobre concessão de medicamentos, constatou-se que o direito à saúde foi individualmente considerado e não houve preocupação com eventual existência de política pública ou não, implantada pelo governo (SILVA, 2008, p. 594 apud DURAN FERREIA, et al., 2004).

Mais importante ainda de se destacar que esse cenário ocorreu no mesmo período em que “[...] a política de combate à AIDS do governo brasileiro – que inclui a distribuição gratuita de medicamentos, entre outras medidas – é considerada pela Organização Mundial da Saúde como uma das mais eficazes do mundo” (SILVA, 2008, p. 595).

Em 1996, quando respostas globais ao HIV/Aids eram mais baseadas em prevenção, o Brasil tornou-se o primeiro país do sul global a assinar uma lei e aprovar uma política de distribuição livre e universal de medicamentos antirretrovirais (ARVs). Nos anos seguintes, o Brasil assistiu à formação de alianças sem precedentes entre ativistas, reformadores governamentais, órgãos multilaterais e a indústria farmacêutica. E foi assim que o país se consolidou como líder no esforço global para universalizar o acesso ao tratamento da Aids. (BIEHL; PETRYNA, 2016, p. 177).

Assim, mesmo diante de uma política efetiva e de reconhecimento mundial, confirma-se diante desse desenho, que o judiciário foi convertido em uma estrada de via rápida para o acesso a medicamentos, tanto aqueles constantes nas listas de medicamentos oficiais, quanto os medicamentos de alto custo e de caráter experimental e que o judiciário tanto não percebia esse fenômeno de forma racional quanto ignorava suas consequências.

De se destacar nessa conjuntura o problema da influência que o marketing realizado pela indústria farmacêutica exerce sobre a prescrição médica, quando relacionado ao crescimento do mercado farmacêutico no Brasil e ao litígio pelo tratamento que ocorre no contexto de um sistema descentralizado e

disfuncional de saúde pública, observado por Bihel e Petryna (2016, p.176) sob a perspectiva do que os autores chamam de “fator chave”: o fato de que “[...] pacientes de baixa renda não estão simplesmente aguardando que o mercado eventualmente baixe os preços e torne as novas tecnologias médicas acessíveis: eles estão usando a assistência jurídica pública e as alavancas de um Judiciário responsivo para obter acesso agora” (grifo nosso).

Além disso, há indícios de que os municípios, em termos orçamentários, são os maiores prejudicados com as decisões judiciais que obrigam o fornecimento de bens e serviços de saúde, especialmente, medicamentos (WANG; VASCONSELOS; OLIVEIRA; TERRAZAS, 2014, p. 1193).

O Judiciário Federal revelou-se um importante ator político e que esse não pode ser um fenômeno isoladamente considerado. Daí que a mudança na cultura de uma atual “sociedade da automedicação”, o crescimento da indústria farmacêutica no Brasil e o aumento da justiciabilidade de medicamentos, especialmente experimentais, enquanto fatores inter-relacionados, como vem sugerindo estudos recentemente publicados, devem ser levados em consideração para compreender e iluminar possíveis soluções para a judicialização da saúde no Brasil e seus reflexos.

Outras importantes decisões no âmbito do STF que envolvem postulações relativas ao direito à saúde e à demanda de medicamentos poderiam ser mencionadas. Mas por já terem sido objeto de outras pesquisas empíricas ou não, o estudo desse complexo de decisões não é, contudo, o foco da presente análise. É fato cientificamente comprovado, portanto, que os precedentes do STF vêm afirmando a possibilidade de um amplo controle das políticas públicas, sobretudo na área da saúde, especialmente quando a omissão ou a deficiência no agir do Estado compromete a eficácia do direito fundamental discutido.

A reiteração do comportamento judicial interventivo estendendo-se a políticas públicas nos mais diversos campos tem evidenciado fragilidades que podem se manifestar em detrimento do objetivo formalmente enunciado, que é aquele do empoderamento dos direitos sociais. Nesse campo, onde o traçado das próprias políticas públicas em execução é ainda insuficientemente denso ou por vezes sequer existe, a margem de alternativas postas ao controle jurisdicional aumenta, já que ausente o critério de racionalidade formal emanado da lei. Essa a razão para advertir-se quanto aos riscos de regressão decorrentes do favorecimento ao controle judicial de políticas públicas, ao menos no modelo substitutivo desenvolvido ordinariamente na crônica da jurisprudência nacional (VALLE, 2013, p. 396).

Para além das controvérsias que questionam a legitimidade do Poder Judiciário, cujos membros não são eleitos, nem respondem politicamente sobre o povo, para interferir nas escolhas feitas pelos outros Poderes (Executivo e Legislativo) em face a escassez de recursos, o volume das demandas judiciais que

envolvem casos de saúde cresceu significativamente ao longo dos anos e a “judicialização da saúde” é atualmente uma preocupação em todas as esferas de governo, mas que é também essencialmente jurídica.

Diante da limitação de páginas que se impõe ao estudo, serão apenas apontados alguns importantes “indicadores da judicialização da saúde” com base em pesquisa realizada pelo CNJ (INSPER, 2019): 1) Levando-se em consideração a base de dados utilizada na pesquisa, o litígio por medicamentos corresponde a 91% (noventa e um por cento) das demandas, concluindo-se que “[...] no que se refere à judicialização contra o SUS, os medicamentos são responsáveis por grande maioria das demandas” (INSPER, 2019, p. 128).

Outro fator importante da pesquisa realizada pelo CNJ é o forte indício que a atual demanda de saúde perante os tribunais é individual. Isso porque o estudo concluiu que apenas 2,35% das demandas são intituladas “coletivas” e que mesmo estas promovem interesses individuais (INSPER, 2019, p. 134). Outro problema que é frequentemente levantado na academia refere-se ao questionamento seguinte: até que ponto as intervenções do judiciário favorecem os mais excluídos?

Nesse ponto residem algumas das críticas que vem sendo realizadas à atuação do judiciário brasileiro no sentido de que este seria um espaço “privilegiado” e que as demandas que chegam até o judiciário não refletem as mazelas da sociedade, especialmente as que chegam até o STF.

Há quem afirme que não é “[...] sustentável ou, pelo menos, não será universalizável – a crítica de que os tribunais sejam necessariamente porta-vozes das elites [...]” (BARROSO, 2018, p. 145-146), porque a arena do judiciário tem sido um importante palco na sindicabilidade de diversas pautas importantes e tem avançado na tutela de direitos fundamentais e sociais.

A “tese da judicialização pelas elites” (MEDEIROS; DINIZ; SCHWARTZ, 2013) foi trabalhada em estudo realizado por Medeiros, Diniz e Schwartz (2013, p. 1096), concluindo que essa tese não pode ser confirmada e nem refutada: “[...] Não há como dizer que a judicialização é uma questão de classe. O que se coloca é se essa conclusão pode ser extrapolada para a judicialização de outros medicamentos ou mesmo outros tipos de judicialização da saúde.”

A pesquisa realizada pelo INSPER (2019, p. 72-73) também sugere que o perfil dos demandantes é um dado importante com relação ao fenômeno da judicialização da saúde, especialmente em sua dimensão a acesso a medicamentos. Aponta-se a existência de indicadores diversos sobre hipossuficiência econômica, sendo que isso é uma variante de acordo com cada estado da federação considerado.

O estudo indica a variação nos indicadores de hipossuficiência econômica, sugerindo que um quinto das demandas são oriundas de pessoas em situação de vulnerabilidade econômica. Esse é um dado importante e, apesar da

pesquisa assim não concluir, sugere um índice de baixa justiciabilidade pela parcela menos abastada da sociedade e, sobretudo, daquela que possui acesso ao judiciário. Esta, todavia, não é uma questão que se pretende aprofundar, mas já foi considerado que se existe um problema distributivo que deve ser discutido no âmbito da judicialização da saúde, ele não parece estar na origem de classe daqueles que recorrem ao judiciário, mas reside em outros fatores:

i) na composição de interesses de laboratórios e empresas distribuidoras de medicamentos de alto custo cuja eficácia clínica ainda está sob avaliação; ii) nas dificuldades do Estado em administrar a política de assistência farmacêutica quanto aos critérios de incorporação tecnológica, transparência e publicidade dos atos; e iii) nas dificuldades do Estado em administrar uma política farmacêutica quando instrumentos típicos de administração – planejamento, compras em escala, controle de estoques, chamadas de preços – não podem ser usados em decorrência de determinações judiciais (MEDEIROS; DINIZ; SCHWARTZ, 2013, p. 1096).

O maior desafio do judiciário consiste atualmente no estabelecimento de critérios objetivos por parte da Corte Superior, que possam nortear as decisões de magistrados e desembargadores, considerando os estudos que apontam que o maior número de concessões individuais ocorrem dentro dessa (MARQUES; DALLARI, 2007) e são marcadas pela ausência de semelhança nos critérios utilizados e visões diferentes e conflitantes sobre o percurso dos litígios que envolvem o direito à saúde.

A demanda por medicamentos tem ocupado posto de maior relevância no índice de judicialização da saúde pública. Verificou-se que até os anos de 1998 esse tipo de demanda envolvia quase que exclusivamente medicamentos para o tratamento do HIV/Aids, mas com a implantação da política universal para tratamento da doença (1999), atrelado ao surgimento de novas patologias e conseqüentemente a modernização dos serviços de saúde e de medicamentos com cada vez menos efeitos colaterais, a demanda de medicamentos pela via judicial sofreu um aumento significativo (BIEHL; PETRYNA, 2016).

Embora um “direito a medicamentos” esteja se consolidando no Brasil (consolidando, de uma forma mais ampla, a pharmaceuticalização da saúde), os vários braços do governo ainda precisam desenvolver avaliações sólidas da tecnologia em saúde. [...] são necessárias medidas regulatórias mais audaciosas na fixação de preços de medicamentos, juntamente com reconsideração das responsabilidades dos planos de seguro saúde privados na cobertura de custos com medicamentos (que no momento não existe).

Deve-se atentar também para os aspectos mais abrangentes do direito à saúde, incluindo intervenções infraestruturais e com respeito aos determinantes sociais da saúde, como educação, água potável, saneamento, controle de vetores, poluição do ar e prevenção da violência. Enquanto isso, pacientes cidadãos-

consumidores, de difícil definição, valem-se da linguagem e da jurisprudência dos direitos humanos, e fazem com que os governos funcionem para eles, enquanto navegam os imprevistos do mercado e da sobrevivência. (BIEHL; PETRYNA, 2016, p. 183).

A crescente judicialização da saúde no Brasil é normalmente percebida como um reflexo de políticas públicas ruins ou de investimentos insuficientes. Essa equivocada percepção tem como principal consequência a assumida tendência de grande parte dos juízes de pressupor que todas as demandas de saúde resultam de falhas do Estado. No entanto, os dados coletados em pesquisa realizada pelo CNJ no ano de 2019, apontam que os obstáculos para solução dos problemas relacionados à judicialização da saúde estão sob o controle do próprio judiciário e são fruto da discricionariedade que gozam os vários tribunais, eis que não há um padrão comum seguido, o que restringe o uso dessas informações como fonte de pesquisa e, sobretudo de gestão da política judiciária (INSPER, 2019), pendente ainda de uma solução eficaz. Isso faz com que o Poder Judiciário se torne um dos principais atores da judicialização da saúde no que se refere às suas causas e consequências. Ressalte-se ainda o papel político e de impacto das políticas públicas.

Questiona-se, sobretudo, “[...] o posicionamento sistematicamente favorável do STF às demandas individuais coexiste com uma atuação mais estrutural da Corte, que procura gerir a judicialização por meio do Conselho Nacional de Justiça.” (VASCONSELOS, 2020, p. 87), sendo este um dos fatores determinantes para compreender a judicialização da saúde no Brasil e essa aparente contradição: a atuação da Corte enquanto “parte do problema” e “gestora” da judicialização que ajuda a criar (VASCONCELOS, 2020).

A grande dificuldade tem sido o modo como a Corte concebe o problema. No ano de 2009 já se tinha conhecimento do panorama de judicialização e das complexidades que decorriam deste fenômeno. Tanto que foram buscadas estratégias para a solução. Nesse mesmo ano, após quatro audiências públicas que haviam sido realizadas, o STF convocou uma audiência pública com a finalidade de ouvir opiniões de autoridades no âmbito do SUS, que envolvem desde informações jurídicas até científicas e políticas (VASCONSELOS, 2020).

O que chama atenção é que “[...] a maior parte dos expositores selecionados [pelo Ministro Gilmar Mendes] pertencia ou a gestão da saúde federal ou eram operadores do direito, o que explica certa prevalência de posições críticas em relação à judicialização” (VASCONSELOS, 2020, p. 90). Após a realização da audiência pública, a STA-175 no âmbito do Supremo Tribunal Federal foi a primeira decisão importante na busca de respostas para a judicialização da saúde. Todavia, “[...] foi utilizada poucas vezes contra a pretensão de demandantes. Das 20 decisões monocráticas em ações de saúde em que é citada, apenas 4 decisões são favoráveis a administração pública” (VASCONSELOS, 2020, p. 91).

Assim, percebe-se que nos últimos vinte anos o Supremo Tribunal Federal (STF) teve papel determinante na experiência de justiciabilidade do Brasil, diante da atuação contraditória da Corte, que ora sustenta posição favorável a demandas individuais de medicamentos e tratamentos hospitalares e ora promove ações para reduzir a judicialização da saúde, destacando-se a atuação ativa e fiscalizatória do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) visando a redução dos indicadores.

Sem ignorar os acontecimentos que sucederam esse período até o ano de 2019, o Recurso Extraordinário 657.718/MG, julgado pela Corte em 2019 teve como tema central analisado a possibilidade de concessão de medicamento sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa (STF, 2019).

Em resumo, o STF no julgamento do (RE) 657718, concluiu pela constitucionalidade do artigo 19-T da Lei 8.080/1990, que veda, em todas as esferas de gestão do SUS, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento experimental ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), além de fixar parâmetros com repercussão geral reconhecida com relação à matéria, dos quais se destaca a *possibilidade excepcional* de concessão judicial de medicamento sem registro na Anvisa, quando preenchidos os requisitos de existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; existência de registro nas agências de de regulação do exterior; e inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil (STF, 2019).

Todavia, as regras fixadas pelo STF ao invés de oferecerem critérios razoáveis para serem utilizados por magistrados e desembargadores em ações que envolvam a demanda de medicamentos experimentais colocam maior responsabilidade em todos os atores da judicialização da saúde, inclusive, o próprio judiciário, ao permitir *excepcionalmente*, a concessão judicial de medicamento sanitário, sem enfrentar questões complexas e delicadas que não podem ser ignoradas. O acesso à tecnologia e a prestação de serviços de saúde, o financiamento e a sustentabilidade de programas de tratamento, o fortalecimento de sistemas de saúde e a melhoria dos resultados tem sido atualmente um dos temas mundialmente discutidos (BIHEL; PETRYNA, 2016, p. 176).

Verificou-se que na ordem jurídico-constitucional brasileira não há, propriamente, uma definição mais precisa do conteúdo e das prestações no âmbito da saúde. Embora um “direito a medicamentos” esteja se consolidando no Brasil, ainda se demonstra a carência no debate público sobre o significado e quanto ao objeto do direito à saúde diante dos novos avanços da medicina (BIHEL; PETRYNA, 2016, p. 183).

Além disso, a experiência do Brasil representa uma abordagem dos direitos sociais como garantias quase que imediatamente realizáveis pelo Estado a indivíduos específicos que se não realizados através da política constitucional de saúde, são efetivados por litígios individuais que resultam em decisões *inter-*

*partes* que obrigam o Estado a financiar ou fornecer medicamentos específicos (ROSEVEAR, 2018).

Assim, tem-se que os estudos teóricos e a própria jurisprudência convergem no sentido de que há obrigação estatal no fornecimento de medicamentos, mas o mesmo tempo, contrariamente ao que propõem as decisões do STF não se pode dizer que esses direitos são absolutos ou irrestritos.

O comportamento judicial do STF nos últimos anos, tem buscado seguir a “vontade do legislador” quando da promulgação da CF/88 ao garantir o direito à saúde no seu *grau máximo*. Todavia, essa postura não pode ser observada sem ressalvas. A consagração de direitos na CF/88 foi considerada uma promessa ambiciosa até mesmo para a época em que foi concebida.

Mais de trinta anos depois diversos são os problemas enfrentados no âmbito da saúde que ultrapassam que se iniciam na escassez de recursos mas também recaem em outras questões complexas que foram levantadas ao logo do texto, como o avanço das tecnologias e a cultura da “farmaceuticalização” que parecem cada vez mais se afastar da noção ampla de saúde (e até utópica) como um “estado completo de bem-estar” internacionalmente estabelecida pela Organização Mundial da Saúde em 1946, para restringir-se as noções curativas de tratamento e medicalização.

A questão chave é que o posicionamento do STF – diante da atuação da Corte – parece desconsiderar a dimensão coletiva da saúde, ao fazer escolhas individualmente alocativas. Não se trata aqui de afastar a dimensão individual deste direito, mas de sugerir que se talvez a Corte olhasse para esse direito sobre uma outra perspectiva e assumisse o papel como “ator principal” na solução da problemática, as perdas poderiam ser minimizadas. Não se procura aqui apresentar ou medir “soluções”, tampouco esgotar o debate diante de uma questão tão complexa como a que foi apresentada.

#### **4. CONCLUSÃO**

O artigo partiu da análise de outras pesquisas que apontaram o próprio STF é que conduz os obstáculos para a solução da problemática que envolve a judicialização da saúde, por meio do recorte que analisou o âmbito das demandas por medicamentos experimentais.

Corroborando esta conclusão, outros estudos citados ao longo do artigo contribuem para a confirmação da hipótese testada pelo estudo, sendo o STF apontado como um dos principais atores da judicialização da saúde e restando demonstrado que a ausência de estabelecimento de critérios racionais enquanto baliza para o fornecimento de medicamentos experimentais por parte da Corte agrava ainda mais a problemática.

O Recurso Extraordinário 657.718/MG ao invés de iluminar a solução

para a problemática demonstra que o STF não inovou no tratamento da questão, reforçando critérios que já haviam sido utilizados pelo STJ e, além disso, abre margem para a judicialização de medicamentos experimentais em caráter de excepcionalidade, sem descrever os critérios para orientar a atuação de desembargadores e magistrados em instâncias inferiores.

O comportamento judicial do STF demonstra que a Corte concebe o direito à saúde de forma irrestrita e com aplicabilidade imediata. Mas isso é problemático quando se olha para a garantia constitucional da saúde a luz de três principais pontos: a escassez de recursos; o avanço das tecnologias; e a cultura da “farmaceuticalização”.

Especificamente com relação ao caso dos medicamentos experimentais, não pode ultrapassar a esfera decisiva de alocação de recursos dos demais poderes, sobretudo do Executivo, que já possui uma política voltada para a medicalização e que não contempla a concessão de medicamentos experimentais, abrindo margem por meio do da decisão do (RE) 657718 ao *possibilitar* a justiciabilidade em casos excepcionais.

A postura do STF parece endossar a noção curativa e restritiva de saúde que não considera a qualidade de vida e bem-estar por meio de disposição de verbas para tanto. Como dito, não se trata de afastar ou refutar a dimensão individual deste direito, mas o judiciário precisa decidir de forma racional sobre as questões que lhe são postas, ainda que essa atitude não lhe garanta os louros e aplausos da sociedade em um momento em que a Corte está acostumada com os holofotes.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BIEHL, J.; PETRYNA, A. Tratamentos jurídicos: os mercados terapêuticos e a judicialização do direito à saúde. **História, Ciências, Saúde - Manguinhos**, vol. 23, núm. 1, enero-marzo, 2016, pp. 173-192. Fundação Oswaldo Cruz. Rio de Janeiro, Brasil. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=386144717011>>. Acesso em: 12 jun. 2020.

COSTA, Bruno Andrade. **Controle Judicial de Políticas Públicas e o Processo Constitucional: gestão processual, negociações e soluções**. Curitiba: Juruá, 2015.

DALLARI, M. P. D.; BUCCI, C. S. (Coords.). **Judicialização da saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017, *Kindle*.

DALLARI, S. G. O direito à saúde. *Rev. Saúde públ.*, S. Paulo, 22:57-63, 1988. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rsp/v22n1/08.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2020.

INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA – INSPER. Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. AZEVEDO, Paulo Furquim de; ABUJAMRA, Fernando Mussa (Coords). Conselho Nacional de Justiça, 2019.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal**: uma proposta de delimitação do debate. 2013. 300f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/10958>>. Acesso em: jun. 2018.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo Judicial**: limites institucionais democráticos e constitucionais. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

MEDEIROS, M.; DINIZ, D.; SCHWARTZ, I. V. D. A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose. A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose. Ciênc. saúde coletiva [online]. 2013, vol.18, n.4, pp.1079-1088. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/csc/v18n4/22.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

MELLACE, L.; ROMEO, A. As “desventuras” dos direitos sociais: entre dificuldades teóricas e crise econômica. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 27, p. 192-224, 2017. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/192>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

NORONHA, J. C.; PEREIRA, T. R. Princípios do sistema de saúde brasileiro. In: GADELHA, P. (Coord.). **A saúde no Brasil em 2030**: prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro: organização e gestão do sistema de saúde. v. 3. Fundação Oswaldo Cruz. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/Ministério da Saúde, 2013, p. 17-32. Disponível em: <<http://books.scielo.org>>. Acesso em: 02 mar. 2020.

PEREIRA, J. G.; PEPE, V. L. E. Acesso a medicamentos por via judicial no paraná: aplicação de um modelo metodológico para análise e monitoramento das demandas judiciais. **R. Dir. sanit.**, São Paulo v.15 n.2, p. 30-45, jul./out. 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/88355/91231>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

RAEFFRAY, A. P. O. de. **Direito da Saúde de acordo com a Constituição Federal**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ROSEVEAR, E. Social rights interpretation in Brazil and South Africa. **Revista de investigações constitucionais**. v. 5, n. 3, setembro/dezembro 2018. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/60968/37522>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. O direito fundamental  proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas. In: RUGGERI R, A. L. M. (Org.). **Temas Aprofundados Defensoria Pública**. v. 1. 2. ed. Juspodivm, 2014. p. 111-146. Disponível em: <[http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11336/2/O\\_direito\\_fundamental\\_a\\_protecao\\_e\\_promocao\\_da\\_saude\\_no\\_Brasil\\_Principais\\_aspectos\\_e\\_problemas.pdf](http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11336/2/O_direito_fundamental_a_protecao_e_promocao_da_saude_no_Brasil_Principais_aspectos_e_problemas.pdf)>. Acesso em: 02 fev. 2020.

SARMENTO, D. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros tico-Jurídicos**. Disponível em: <<http://files.camolinaro.net/200000426-33a4135980/A-Protecao-o-Judicial-dos-Direitos-Sociais.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2020.

SARMENTO, D. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. 2009. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/fd58/230b669c4f9e0792bb940c54183969eac761.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2020.

SILVA, V. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e o obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. S. **Direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599. Disponível em: <<https://repositorio.usp.br/item/002307976>>. Acesso em: 10 dez. 2019.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RE 657718 MG - MINAS GERAIS, Relator: Ministro Marco Aurelio. DJ: 03/06/2019. **Supremo Tribunal Federal**, 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>>. Acesso em: 02 fev. 2020.

STJ. RECURSO ESPECIAL. REsp 1657156 RJ – RIO DE JANEIRO. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. **Superior Tribunal de Justiça**. Data de Publicação: DJe 04/05/2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201657156>>. Acesso em: 02 fev. 2020.

TAYLOR, M. M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 50, no 2, 2007, pp. 229 a 257. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/dados/v50n2/a01v50n2.pdf>> Acesso em: 10 jun. 2020.

VALLE, V. R. L. Controle judicial de políticas públicas: sobre os riscos da vitória da semântica sobre o normativo. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 387-408, julho/dezembro de 2013. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/420>>. Acesso em 02 fev. 2020.

VALLE, V. R. L. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009.

VASCONCELOS, N. P. Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2020.

WANG, D. W.; VASCONCELOS, N. P.; OLIVEIRA, V. E.; TERRAZAS, F. V. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. Rev. Adm. Pública. Rio de Janeiro 48(5):1191-1206, set./out. 2014, p. 1191-1206. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rap/v48n5/06.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2020.



# DIREITO AO ESQUECIMENTO: HISTÓRICO E DESAFIOS NA ERA DA INFORMAÇÃO

LETICIA HORBACH GONÇALVES

## 1. INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são “os valores básicos para uma vida digna em sociedade. Nesse contexto, eles estão intimamente ligados à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder. Afinal, em um ambiente de opressão não há espaço para vida digna.” (MARMEELSTEIN, 2019, p. 16).

Ou seja, os direitos fundamentais são normas e princípios que declamam direitos mínimos para uma vida digna em sociedade. Ora, sendo assim, é evidente que tais direitos evoluem e se aprimoram junto com a sociedade na qual estão inseridos, de modo que possam se manter sempre em consonância com as expectativas e necessidades daquela sociedade.

Neste sentido, na sociedade contemporânea, na qual nossas vidas estão continuamente ligadas à internet, também os direitos fundamentais precisam ser vislumbrados e interpretados de modo que garantam a dignidade da pessoa humana perante esse novo modo de vida.

Sendo o direito à privacidade um direito fundamental, a noção de privacidade também precisou evoluir no decorrer do tempo, acompanhando as mudanças do meio social. O Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14) aponta, entre os direitos assegurados aos usuários, a “inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Neste contexto, o direito ao esquecimento mostra-se como uma ferramenta primordial para garantir a privacidade dos indivíduos no cenário atual, no qual temos aspectos de nossas vidas constantemente expostos.

O natural é que, com o passar do tempo, o ser humano se esqueça de fatos noticiados ou comentados nos meios sociais, porém com o advento da

internet, muitas vezes esses fatos vêm à tona por diversas vezes, mesmo anos após ocorridos, e, a cada vez, geram sofrimento, constrangimento e muitas vezes até humilhação para os envolvidos - tanto vítimas quanto agressores.

Assim, é necessário encontrar um equilíbrio entre os direitos à informação e à liberdade de expressão e os direitos à privacidade e à intimidade, manifestados muitas vezes por meio do direito ao esquecimento.

## **2. DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL**

O direito ao esquecimento pode ser conceituado como o direito que o indivíduo tem de que um fato de sua vida, criminoso ou não e mesmo que verídico, não seja continuamente exposto ao público em geral, gerando sofrimento e constrangimento ainda que anos após a ocorrência do fato. Sua origem remonta ao século XIX, quando, em 1888, o juiz e Chefe de Justiça do Supremo Tribunal de Michigan (EUA) Thomas McIntyre Cooley cunhou a expressão “the right to be let alone”, ou seja, o direito de ser deixado sozinho, em paz (SILVA, 2015).

Está intimamente ligado aos direitos à vida privada e à intimidade, podendo ser considerado, inclusive, uma evolução mais recente destes, “atualizada” em decorrência da proporção que a internet tomou na vida da sociedade atual, porém não está previsto expressamente no ordenamento jurídico brasileiro.

Como regra geral, os direitos fundamentais são positivados no ordenamento jurídico interno de um país, mas nem todos estão previstos expressamente na Constituição ou nas leis. A própria Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 5º, § 2º: *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* (NUNES JUNIOR, 2018, p. 767-768).

Ou seja, a Constituição assegura direitos fundamentais decorrentes de princípios gerais, tal como o duplo grau de jurisdição, que não encontra previsão expressa no texto constitucional, mas é amplamente reconhecido pela jurisprudência e pela doutrina como um direito fundamental.

Essa previsão constitucional muitas vezes gera questionamentos e divergências na doutrina e na jurisprudência sobre um determinado direito ser ou não um direito fundamental, especialmente porque atualmente “há direitos fundamentais para todos os gostos”, discute-se o direito fundamental de porte de arma, o direito de manifestação de ideias nazistas, o direito ao sexto e até mesmo o direito à embriaguez, ou seja, “há uma verdadeira banalização do uso da expressão direito fundamental” (MARMELSTEIN, 2019, p. 15).

Portanto, é preciso identificar as razões pelas quais o direito ao esquecimento é considerado de fato um direito fundamental.

Apesar de não estar previsto expressamente na Constituição Federal de 1988 ou em outros dispositivos legais brasileiros, o direito ao esquecimento encontra fundamento no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal: *são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*. E também em dispositivos esparsos, como:

- a. No Código de Defesa do Consumidor, que garante ao consumidor o direito de que informações relativas a dívidas prescritas não serão fornecidas se impedirem ou dificultarem novo acesso a crédito:  
*Art. 43. § 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.*
- b. No Código Penal, que prevê o alcance da reabilitação, inclusive quanto ao sigilo de registros sobre o processo e a condenação:  
*Art. 93 - A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação.*
- c. No Código de Processo Penal, que também garante o sigilo quanto a condenações anteriores após a reabilitação:  
*Art. 748. A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal.*
- d. Assim como na Lei de Execução Penal:  
*Art. 202. Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.*

Além disso, o direito ao esquecimento já tem jurisprudência internacional e nacional, como veremos a seguir, e, em 2013, foi citado no Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, sendo relacionado diretamente com a dignidade da pessoa humana: *A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento*.

### **3. DIREITO AO ESQUECIMENTO VERSUS LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

Considerando o direito ao esquecimento como um direito fundamental, oriundo diretamente dos direitos fundamentais à vida privada, à intimidade e à honra, sua aplicação deve ocorrer em harmonia com os demais direitos fundamentais e regramentos previstos tanto na Constituição quanto nos dispositivos infraconstitucionais. Contudo, é comum que se verifique um conflito entre o direito

ao esquecimento e a liberdade de expressão (que abrange a liberdade de imprensa e o direito à informação), especialmente no ambiente virtual e na mídia.

Canotilho (2003, p. 1270) considera que existe “uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”, ou seja, há um choque, um verdadeiro conflito entre tais direitos. No caso de embates entre o direito ao esquecimento e as liberdades de expressão, imprensa e informação é evidente a colisão autêntica descrita por Canotilho, vez que é justamente o exercício do direito ao esquecimento que pode restringir o exercício da liberdade de outrem.

Canotilho (2003, p. 1273) ensina ainda que, inicialmente, o direito é considerado “direito prima facie” e o domínio normativo de um direito é, primeiramente, um domínio potencial, só se tornando um domínio efetivo quando se verificam as condições existentes concretamente. A conversão de um “direito prima facie” em “direito definitivo” pode ser objeto de restrições, tanto legais, quanto da própria Constituição - representando, portanto, um primeiro instrumento de solução de conflitos.

Paulo Bonavides, citando Carl Schmitt, afirma que a noção de direitos fundamentais corresponde “a uma concepção direitos absolutos, que só excepcionalmente se relativizam “segundo o critério da lei” ou “dentro dos limites legais””, portanto as limitações aos direitos fundamentais são exceções - que ocorrem sempre com base nos limites previstos constitucionalmente (BONAVIDES, 2013, p. 579).

No caso do conflito entre os direitos fundamentais ao esquecimento à liberdade de expressão, constatam-se, no próprio artigo 5º da Constituição, instrumentos para a solução de tal conflito:

*V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...]*

*X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;*

Ou seja, a Constituição garante ao indivíduo que teve sua privacidade, intimidade, honra ou imagem violada, o direito à indenização, limitando, portanto, o direito à liberdade de expressão dos demais.

Porém, direitos fundamentais devem ser aplicados de forma harmônica, portanto a prevalência de um sobre outro só poderá ocorrer após analisado o caso concreto, valendo-se dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, em um juízo de ponderação (CANOTILHO, 2003, p. 1274).

#### **4. DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL E NO MUNDO**

Ainda que, como vimos, não haja garantia ao direito ao esquecimento expressa no ordenamento jurídico brasileiro, encontramos diversos casos na jurisprudência internacional e algumas também no âmbito interno:

##### ***1. Estados Unidos da América: Caso Melvin vs. Reid***

O primeiro caso que pode ser citado como jurisprudência internacional quando se fala em direito ao esquecimento é o caso Melvin vs. Reid, julgado pela Suprema Corte da Califórnia em 1931. Apesar de ainda não se usar a expressão “direito ao esquecimento”, a Corte debateu justamente este tema.

Quando jovem, Gabrielle Darley foi prostituta e chegou a ser acusada de homicídio, do qual foi inocentada posteriormente. Porém, passados alguns anos, Gabrielle constituiu família com Bernard Melvin e deixou o passado (considerado promíscuo) para trás, fazendo novos amigos que não sabiam do que ela tinha vivido.

Isso mudou quando, em 1931, Dorothy Davenport Reid produziu o filme chamado Red Kimono, que retratava a história de uma prostituta chamada Gabrielle Darley e relatava várias histórias devassas vividas pela protagonista, especialmente para a época. Gabrielle se sentiu constrangida e entendeu que o filme violou sua privacidade naquele momento de sua vida, portanto ingressou com uma ação contra Reid, exigindo reparação por violação a sua vida privada.

A Suprema Corte da Califórnia acolheu ao pedido de Gabrielle, entendendo que ela reconstruiu sua vida e tinha direito à felicidade e de estar livre de ataques a sua reputação e posição social. A corte entendeu “que se poderia ter alterado o nome da personagem, para que não fosse causado o dano, repousando aí uma das causas da condenação. Caso o nome tivesse sido ocultado, certamente se haveria julgado improcedente o pedido de Melvin” (SIERRA, 2013, p. 31).

##### ***2. Alemanha: Casos Lebach I e II***

Caso paradigma quando se trata de direito ao esquecimento, o caso Lebach I é bastante conhecido no Brasil por ter sido citado em vários casos tanto pelo STJ quanto pelo STF. O caso ocorreu em 1969 em Lebach, um pequeno distrito alemão, onde quatro soldados alemães foram assassinados por alguns homens que pretendiam roubar as armas e munições que eles guardavam.

Alguns anos após o ocorrido, em 1973, o canal de televisão alemão ZDF produziu um documentário sobre o crime, que não chegou a ser exibido. Um dos condenados ingressou com uma ação pedindo a não exibição, sobretudo porque estava em vias de ser liberado da prisão e a divulgação do documentário traria à tona seu nome, prejudicando sua reputação e sua ressocialização.

Os tribunais local e regional negaram o pedido do autor, fundamentando suas decisões no fato de que o documentário retratava o caso de forma verossímil, sem intenção difamatória, portanto tratava-se de caso de interesse público (SIERRA, 2013, p. 32).

Contudo, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha reformou as decisões dos tribunais inferiores, entendendo que o direito das emissoras de televisão de divulgar fatos criminosos, em regra, se restringe a fatos atuais, caso em que prevalece a liberdade de comunicação e o interesse público frente ao direito à privacidade. Porém, quando se trata de casos do passado, essa liberdade pode ser restringida se causar danos aos envolvidos, em especial se prejudicar a ressocialização.

Esse foi o caso Lebach I, que ocorreu na década de 70. Porém, na década de 1990 a história veio à tona novamente, desta vez por meio do que ficou conhecido como o caso Lebach II.

Em 1996 o canal alemão Sat. 1 produziu uma série sobre crimes históricos, no qual retratou o assassinato dos soldados alemães de Lebach, desta vez alterando nomes dos envolvidos e não divulgando suas imagens. Como ocorreu na década de 1970, houve questionamentos sobre o conflito entre o direito à liberdade da emissora de televisão e a privacidade dos envolvidos.

Em 1999, o Tribunal Constitucional Federal se manifestou sobre o caso, negando o pedido dos autores e mantendo a possibilidade de divulgação da série televisiva, argumentando que, passados 30 anos do caso, a divulgação da série do Sat. 1 não prejudicaria de forma significativa a imagem e a intimidade dos envolvidos, nem mesmo sua ressocialização (STF, 2018, p. 7-9).

Assim, o Tribunal alemão consolidou entendimento de que, em caso de conflito com os direitos à informação ou à liberdade de expressão e de imprensa, o direito ao esquecimento prevalece especialmente quando sua não observância pode prejudicar a ressocialização do indivíduo. Por outro lado, quando transcorrido um longo período de tempo, o direito ao esquecimento pode ser mitigado face aos direitos à informação ou à liberdade de expressão e de imprensa.

### ***3. Espanha: Caso Mario Costeja González vs. editora La Vanguardia Ediciones, Google Spain e Google Inc.***

Outro caso emblemático envolvendo direito ao esquecimento teve início em 1998, quando o espanhol M. C. González teve seu nome publicado em duas matérias do jornal La Vanguardia, que exibiam o anúncio de um leilão de imóveis organizado após penhora de bens para a quitação de dívidas de González.

Mesmo anos após a dívida ser quitada, por meio de uma mera consulta online com o nome de González em sites de busca como o Google Search apareciam links direcionando o usuário a tais matérias. Então, em 2010, González propôs ação perante a Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) contra a editora La Vanguardia e as empresas Google Spain e Google Inc. González

requereu que a editora excluísse ou alterasse as páginas em questão para que seus dados pessoais não aparecessem e que a Google Spain e a Google Inc. ocultassem tais páginas de modo que não fossem exibidas nos resultados de busca.

A AEPD não acolheu o pedido contra a editora La Vanguardia, pois entendeu que as matérias foram publicadas legalmente, mas acolheu os requerimentos contra a Google Spain e a Google Inc., determinando que os dados pessoais de González fossem ocultados dos resultados de busca. As empresas Google recorreram e o caso acabou sob a jurisdição do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), que analisou a questão sob a ótica da Diretiva 1995/46 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia<sup>1</sup>.

O Tribunal entendeu que, atendidos alguns requisitos previstos na Diretiva 95/46, a empresa responsável pelo site de buscas é obrigada a remover dos resultados de pesquisas os links de acesso às páginas e informações que contenham dados pessoais do requerente. A empresa pode ser obrigada a remover os dados mesmo que a publicação seja lícita e verossímil, uma vez que, com o decorrer do tempo, a divulgação das informações pode se tornar irrelevante ou excessiva em relação ao objetivo inicial, bem como inadequada ou até constrangedora para as pessoas envolvidas (STF, 2018, p. 5-6).

Atualmente, em decorrência de tal entendimento, conforme determinação do TJUE, a Google disponibiliza um formulário online para que os usuários europeus possam solicitar que conteúdos com dados pessoais ou notícias que possam constrangê-los sejam retirados dos resultados de buscas. Os dados não são excluídos automaticamente, mas a Google deve analisar cada solicitação individualmente, garantindo uma avaliação administrativa inicial para os usuários que considerarem que sua intimidade foi violada<sup>2</sup>.

#### **4. Brasil: RE 1.010.606**

Caso emblemático no Brasil é o do RE 1.010.606, que ainda não foi julgado, mas teve repercussão geral reconhecida pelo STF, e levantou a discussão sobre o embate entre o direito ao esquecimento, pautado na privacidade e intimidade, e os direitos à liberdade de expressão e de imprensa.

No caso, em 2004, a emissora de televisão Globo, reconstituiu no programa Linha Direta um crime ocorrido na década de 1950, no qual uma mulher foi violentada e assassinada por três homens. No programa de televisão que tratou do crime, não apenas o nome da vítima foi citado, como também foi exibida sua imagem. Familiares da vítima processam a emissora, pedindo indenização

---

<sup>1</sup> A Diretiva 1995/46 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 24 de outubro de 1995, trata da proteção às pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

<sup>2</sup> Canaltech. *Google disponibiliza formulário para que usuários peçam para "serem esquecidos"*. Disponível em <<https://canaltech.com.br/mercado/Google-disponibiliza-formulario-para-que-usuarios-pecam-para-serem-esquecidos/>>.

pela exploração comercial desautorizada de imagem pública de pessoa morta e por danos morais decorrentes do sofrimento causado por reviver, de certa forma, aquela tragédia (CABRERA, 2016, p. 06).

O pedido dos familiares foi negado em primeira e segunda instâncias, com o argumento de que as informações apresentadas no programa haviam sido divulgadas amplamente no decorrer do tempo, sendo de conhecimento público. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que julgou a apelação, ainda afirmou que a emissora estava cumprindo seu dever de informar sobre o caso, o que prevalece sobre o direito individual, e que a família da vítima não tem o direito absoluto de esquecer o ocorrido.

Em recurso extraordinário, a defesa da família da vítima argumentou que a liberdade de expressão não é um direito absoluto, que não pode se sobrepor à inviolabilidade da vida privada, e que o direito ao esquecimento está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana. Além disso, defendeu que o debate acerca da necessidade de proteção dos direitos de personalidade face ao exercício ilegal e excessivo da liberdade de expressão é de interesse geral, portanto é matéria de repercussão geral.

Por maioria, o Supremo Tribunal Federal reconheceu repercussão geral ao caso (ARE 833248 RJ), mas ainda não se posicionou sobre o mérito (STF, 2018, p. 12-13).

### ***5. Brasil: caso Xuxa vs. Google***

Outro caso amplamente conhecido no Brasil é o da apresentadora Xuxa Meneghel, que ajuizou ação contra a empresa Google, requerendo que o site deixasse de exibir sua imagem como resultado de buscas associando seu nome à pedofilia.

Ocorre que no início de sua carreira, em 1982, a artista atuou no filme “Amor Estranho Amor”, no qual interpreta cenas nas quais tem relações sexuais com um garoto de 12 anos. Tendo se tornado posteriormente uma apresentadora e cantora infantil de grande sucesso, a artista buscou amparo judicial para que cenas do filme não aparecessem como resultados de buscas com seu nome.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reconheceu o direito de Xuxa em sede de tutela antecipada, mas em 2012 o STJ acolheu o recurso especial da Google e anulou a antecipação de tutela, com o fundamento de que o site Google é mero intermediador, não sendo responsável pelas imagens que aparecem entre os resultados (BEREZIN, 2012).

Já em 2017, na análise do mérito da questão, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro negou o pedido da artista, apontando que a requerente deveria indicar especificamente os endereços das páginas que continham imagens e/ou informações ofensivas, nos termos do artigo 19, § 1º, do Marco Civil da Internet (Lei

nº 12.965/14), não sendo possível determinar a remoção de todos os links de forma genérica (MARTINES, 2017).

## **6. Brasil: REsp 1.660.168**

Mais recentemente, em maio de 2018, o STJ mudou sua posição ao julgar o REsp 1.660.168. O caso em debate era o de uma promotora de Justiça que, alguns anos antes, teve seu nome citado em matérias sobre suspeitas de fraude em um concurso público da Magistratura. O Conselho Nacional de Justiça investigou o caso, mas acabou entendendo que não havia elementos suficientes para condenação. Ainda assim, sempre que um usuário fazia buscas com o nome da promotora apareciam notícias sobre a suspeita de fraude.

Ela então ajuizou ação contra a Google, a Microsoft e a Yahoo, requerendo que as notícias deixassem de ser mostradas nos resultados. A Terceira Turma do STJ, ao julgar a questão, determinou que as empresas criassem formas de evitar que os resultados relacionados à investigação sobre fraudes fossem exibidos nas buscas com o nome da promotora.

A Ministra Nancy Andrighi foi voto vencido ao concordar com a sustentação da defesa da Google de que deveria prevalecer a jurisprudência consolidada do STJ sobre a impossibilidade de remoção de links por mecanismos de buscas, considerando que são sites intermediadores. Prevaleceu o voto do Ministro Marco Aurélio Bellizze, reconhecendo o direito ao esquecimento da requerente e obrigando as empresas a alterar seus resultados de busca (GALLI, 2018).

Desta forma, podemos identificar que, apesar de anteriormente ter se posicionado de forma conservadora, mais recentemente o STJ alterou sua jurisprudência e parece caminhar para a consolidação do reconhecimento do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive quando a ação visa as empresas administradoras de sites de buscas.

## **5. DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ERA DA INFORMAÇÃO**

O grande desafio para a aplicação do direito ao esquecimento é o conflito, quase que nato, entre este e a liberdade de expressão. E na era da informação isso ficou ainda mais evidente, levantando este debate e fortalecendo a busca pela consolidação do reconhecimento do direito ao esquecimento como um direito fundamental, essencial à dignidade da pessoa humana.

De um lado, temos o direito dos usuários de se expressar e se informar por meio da internet, a informação está ao alcance de praticamente qualquer um, o que evidentemente trouxe uma série de benefícios para a sociedade como um todo, ampliando o acesso à educação, ao exercício da cidadania, à comunicação mundial, etc.

Por outro lado, a internet trouxe maior exposição para seus usuários, que têm seus dados armazenados e utilizados por grandes empresas rotineiramente. Sousa (2018) afirma que “antes, o esquecimento era a regra, e as recordações eram a exceção. No passado, esquecer era fácil, e lembrar era difícil.”, ou seja, antigamente uma notícia era esquecida após um curto período de tempo, era trabalhoso fazer buscas em jornais impressos, por exemplo.

Hoje, em questão de segundos, uma pesquisa simples leva não apenas ao que se busca, mas a diversas informações relacionadas, atuais e antigas, nos dando uma visão geral sobre determinada pessoa, inclusive sobre vários aspectos de sua vida pessoal. “Permite-se, portanto, estabelecer um perfil mais ou menos detalhado dessa pessoa, cujos fatos a ela relacionados, sem o mecanismo de busca, não poderiam ter sido interligados ou seriam conectados com grande dificuldade”<sup>3</sup>.

Porém, essas informações podem ser imprecisas ou inverídicas ou, mesmo que verdadeiras, podem causar grande sofrimento à pessoa envolvida. Já parou para pensar nas pessoas que originaram os memes<sup>4</sup> que compartilhamos nas redes sociais? Será que todas elas gostaram da exposição ou preferiam esquecer aquele momento que viveram, mas são lembradas a todo instante pelos memes?

São vários os memes que geram constrangimento às pessoas que têm sua imagem veiculada, é claro que muitos entram na brincadeira e até aproveitam a oportunidade de fama virtual. Mas o fato é que também existem aqueles que são atormentados com a exposição de uma imagem ou fato pontual em sua vida, desenvolvendo até mesmo problemas de saúde, como depressão. Essas pessoas têm o direito de seguir em frente, esquecendo, na medida do possível, aquela ocorrência que trouxe tanto sofrimento.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Canotilho (2003, p. 407 e 409) afirma que os direitos fundamentais têm a função de defender o indivíduo e a sua dignidade perante os poderes do Estado e de outros esquemas políticos, bem como de proteção perante terceiros, gerando obrigação do Estado de garantir tal proteção. Ora, no mundo em que vivemos, onde a internet faz parte do nosso cotidiano, os direitos fundamentais também têm a função de exercer tal defesa perante o poder que emana das redes sociais e da internet, assim como de seus usuários. E, neste sentido, o Estado tem o dever de garantir a proteção de seus cidadãos também em tais ambientes.

Não se discute que a liberdade de expressão deve ser respeitada, mas especialmente no mundo virtual, onde um erro momentâneo pode se perpetuar por

---

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Boletim de Jurisprudência Internacional: Direito ao Esquecimento*. 5ª Edição. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaInternacional/anexo/BJISDIREITOAOSQUECIMENTO.pdf>>.

<sup>4</sup> Os memes são imagens, vídeos, frases, etc. amplamente difundidos na internet, compartilhados nas redes sociais, por e-mail ou blogs (<<https://www.infoescola.com/comunicacao/memes/>>>).

longo período de tempo, o direito ao esquecimento se apresenta como uma ferramenta útil, que pode ser utilizada por aqueles que sentirem que sua intimidade está sendo continuamente violada, mesmo após transcorrido certo tempo.

Importante ressaltar que o que se “pretende não é eliminar qualquer informação, mas apenas aquela que não é importante, irrelevante e que deixou de ter interesse público.” (CABRERA, 2016, p. 11). Ou seja, a aplicação do direito ao esquecimento no caso concreto deve ser feita de forma ponderada e, deste modo, não há que se falar em prejuízo significativo do direito de outrem à liberdade de expressão ou informação, uma vez que ou a informação diz respeito apenas à vida particular do interessado ou porque, considerado o decorrer do tempo, deixou de ser do interesse da coletividade.

## REFERÊNCIAS

BEREZIN, Ricardo Zeef. *Google não é responsável por fotos de Xuxa, diz STJ*. Revista Eletrônica Consultor Jurídico (ConJur). 28 jun. 2012. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-28/google-nao-responsavel-fotos-xuxa-exibi-las-stj>>. Acesso em: 09 ago. 2020.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. atual. São Paulo: Malheiros. 2013.

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. In: PALÁCIO DO PLANALTO. Legislação. Brasília. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)>. Acesso em: 09 ago. 2020.

BRASIL. *Código de Processo Penal - Decreto-Lei nº 3.689*, de 03 de outubro de 1941. In: PALÁCIO DO PLANALTO. Legislação. Rio de Janeiro. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em 09 ago. 2020.

BRASIL. *Código Penal - Decreto-Lei nº 2.848*, de 07 de dezembro de 1940. In: PALÁCIO DO PLANALTO. Legislação. Rio de Janeiro. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 09 ago. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. In: PALÁCIO DO PLANALTO. Legislação. Constituição. Brasília. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 ago. 2020.

BRASIL. *Lei de Execução Penal - Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. In: PALÁCIO DO PLANALTO. Legislação. Brasília. 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 09 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Boletim de Jurisprudência Internacional: Direito ao Esquecimento*. 5ª Edição. Brasília: STF. Dez. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaInternacional/anexo/BJI5DIREITOAESQUECIMENTO.pdf>>. Acesso em: 09 ago. 2020.

CABRAL, Bruno Fontenele. *"The right to be let alone": considerações sobre o direito ao esquecimento*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4001, 15 jun. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28362>>. Acesso em: 09 ago. 2020.

CABRERA, Pierina Andrea Aimone. *Direito ao esquecimento na internet: Uma comparação entre as legislações do Brasil e Chile*. 2016. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfCooperacao\\_pt\\_br/anexo/Trabalhocorrigido100.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfCooperacao_pt_br/anexo/Trabalhocorrigido100.pdf)>. Acesso em: 09 ago. 2020.

CANALTECH. *Google disponibiliza formulário para que usuários peçam para "serem esquecidos"*. 2014. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/mercado/Google-disponibiliza-formulario-para-que-usuarios-pecam-para-serem-esquecidos/>>. Acesso em: 09 ago. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed, 13ª reimpr. Coimbra: Almedina. 2003.

GALLI, Marcelo. *STJ aplica direito ao esquecimento e obriga sites de busca a filtrar resultados*. Revista Eletrônica Consultor Jurídico (ConJur). 09 mai. 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-09/stj-obriga-sites-busca-filtrar-resultados-promotora>>. Acesso em: 09 ago. 2020.

GUEDES, Luiza Helena da Silva. *Direito ao esquecimento*. Revista Âmbito Jurídico nº 161. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-161/direito-ao-esquecimento/>>. Acesso em: 09 ago. 2020.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 8ª ed. atual. e rev. São Paulo: Atlas, 2019.

MARTINES, Fernando. *Google não terá que apagar resultado de buscas para a expressão "Xuxa pedófila"*. Revista Eletrônica Consultor Jurídico (ConJur). 12 mai. 2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-12/google-nao-apagar-resultado-buscas-xuxa-pedofila>>. Acesso em: 09 ago. 2020.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SIERRA, Joana de Souza. *Um estudo de caso: o direito ao esquecimento contra a liberdade de imprensa*. 2013. Centro de ciências jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em <<https://core.ac.uk/download/pdf/30393479.pdf>>. Acesso em: 09 ago. 2020.

SILVA, Luciana Vasco da. *Direito de privacidade no direito brasileiro e norte americano*. 01 abr. 2015. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/direito-de-privacidade-no-direito-brasileiro-e-norte-americano/#:~:text=Nos%20Estados%20Unidos%2C%20o%20Direito,limitador%20do%20direito%20a%20personalidade.>>>. Acesso em: 09 ago. 2020.

SOUSA, Ulisses César Martins de. *Decisão do STJ contribuiu para o aprimoramento do direito ao esquecimento*. Revista Eletrônica Consultor Jurídico (ConJur). 11 mai. 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-11/ulisses-sousa-stj-aprimoramento-direito-esquecimento>>. Acesso em: 09 ago. 2020.

# PRIVACIDADE VS. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO NA ERA DO BIG DATA – A INSUFICIÊNCIA DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PARA A PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

LEONARDO MARIOZI RUSSI<sup>1</sup>

## 1. O VALOR DOS DADOS E AS APLICAÇÕES DO *BIG DATA* NA ERA DO CAPITALISMO INFORMACIONAL

A edição de 6 de maio de 2017 da revista *THE ECONOMIST* afirma: “*O recurso mais valioso do mundo não é mais o petróleo, mas os dados*”. A matéria demonstra como a nova commodity movimentou uma indústria lucrativa e de rápido crescimento, indicando a necessidade de regulação antitruste direcionada às gigantes da informação, tais como a Alphabet (empresa-mãe do Google), Amazon, Apple, Facebook e Microsoft<sup>2</sup>.

Em 15 de novembro de 2019 foi a vez da *FORBES* dizer: “*Dados são o novo petróleo – e isso é uma coisa boa*”. O artigo se dedica a enfatizar a forma como os dados podem melhorar o mundo, viabilizando desde o desenvolvimento de sistemas que tornam a aviação mais segura, até a elaboração de metodologias que permitam alcançar maior acurácia nos diagnósticos de câncer. Entretanto, não há, no texto, a mesma ênfase em apontar o possível mau uso dos dados<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Mestrando no Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, na Linha Função Política do Direito, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Professor de Direito e Processo Penal no Curso de Direito da Faculdade de Ciências Sociais e Agrárias de Itapeva/SP. Advogado Criminalista. leonardo.mariozi@gmail.com

<sup>2</sup> The world’s most valuable resource is no longer oil, but data. *The Economist*, 6 maio 2017. Disponível em: <<https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>>. Acesso em: 20 mai. 2020. Tradução nossa.

<sup>3</sup> BHAGESHPUR, Kiran. Data is the new oil, and that’s a good thing. *Forbes*, 15 nov. 2019. Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2019/11/15/data-is-the-new-oil-and-thats-a-good-thing/#1a0419b97304>>. Acesso em: 20 maio 2020. Tradução nossa.

O tratamento de dados capturados por meio de ações corriqueiras, como um *like* deixado numa postagem, um comentário feito numa rede social ou a tagagem do tempo que se dispendeu olhando um anúncio ou notícia no *smartphone*, ações corriqueiras que se repetem ao longo dos dias, pode trazer conforto e apreensão ao mesmo tempo.

É verdade que a captura de dados permite o desenvolvimento de aplicativos, programas e dispositivos cada vez mais intuitivos e personalizados. Por exemplo, plataformas como *NETFLIX*<sup>4</sup> e *SPOTIFY* “aprendem” o padrão do consumo audiovisual de seus usuários. Toda essa vigilância, todavia, evidencia que o “progresso” passa necessariamente pela relativização do direito à privacidade.

A operação ilimitada e ininterrupta de captação e de tratamento dos dados pessoais e a constante tentativa de manipulação dos desejos de consumo e modulação de novas necessidades, se não anula, ao menos relativiza, por assim dizer, a autonomia do indivíduo que, para Barroso (2018), constitui elemento ético de sua dignidade. Entretanto, trata-se de atividade altamente lucrativa e em plena expansão, já que, para o fornecedor de produtos e serviços, é conveniente pagar por informações que permitam conhecer os hábitos do consumidor e realizar publicidade segmentada para cada público.

Daí provém a maior parte da receita das grandes empresas de tecnologia. Por exemplo, embora a *Google* ofereça uma gama de produtos como a venda de aplicativos, fornecimento de espaços de armazenamento de dados, licenciamentos e alternativas de pagamento eletrônico, é a publicidade baseada no tratamento de dados sua maior fonte de renda, correspondendo a mais de 90% de sua receita total. Com o *Facebook* não é diferente. “*Em 2014, 2013 e 2012, a publicidade foi responsável por, respectivamente, 92%, 89% e 84% das receitas do Facebook*”. (SILVEIRA, 2017, p. 96)

O *Big Data* é capaz de aproximar as grandes redes de varejo às massas cada vez maiores de potenciais consumidores, e a coleta de informação é essencial para que isso ocorra. Segundo Silveira, “*as informações sobre como procedemos, como trabalhamos, como estudamos, como nos divertimos, são a matéria-prima para a formulação de padrões, que constituem a base das previsões sobre o que iremos fazer em uma série de situações*” (2017, p. 60).

Mas essa não é sua única aplicação, evidentemente. Pode-se dizer que o *Big Data* corresponde a um fenômeno em que uma grande quantidade de dados pessoais é produzida pelos formatos mais variados, e armazenada por outra grande quantidade e diversidade de dispositivos e equipamentos que, em virtude do avanço tecnológico, se tornaram menores e mais baratos (AMARAL, 2016).

---

<sup>4</sup> VANDERBILT, Tom. A ciência por trás dos algoritmos da Netflix que decidem o que você vai assistir a seguir. *Wired*, 7 ago. 2013. Disponível em: <<https://www.wired.com/2013/08/qq-netflix-algorithm/>>. Acesso em: 24 jun. 2020. Tradução nossa.

Em artigo publicado em 22 de março de 2020, o filósofo sul coreano Byung-Chul Han destacou o papel do *Big Data* no combate ao Coronavírus na Ásia, enaltecendo sua eficiência em comparação com a estratégia “medieval” de fechamento de fronteiras, adotada na Europa.<sup>5</sup>

Outros benefícios decorrentes dos avanços tecnológicos alavancados pelo tratamento de dados se observam no setor da saúde, como o alcance de diagnósticos cada vez mais precisos. Uma pesquisa da faculdade de medicina de Harvard, realizada em 2016, comparou o índice de acertos de robôs e de humanos no diagnóstico de câncer de mama, concluindo que o desempenho dos médicos humanos, com 96% de precisão, ainda prevalece sobre o das máquinas, com 92% de acurácia. Entretanto, combinados os resultados obtidos por humanos e por robôs, a pesquisa identificou que o índice atingiu 99,5% de acerto, o que representa uma redução da taxa de erro de diagnóstico da marca de 40/1000 casos para 5/1000 casos.<sup>6</sup>

Ferguson também escreve sobre uso do *Big Data* no futuro do policiamento orientado e preditivo.

Big data technologies and predictive analytics will revolutionize policing. Predictive policing, intelligence-driven prosecution, ‘heat lists’ of targets, social media scraping, data mining, and a data-driven surveillance state provide the first clues to how the future of law enforcement will evolve. (FERGUSON, 2017, p. 87)

O autor aponta, entretanto, que por trás de toda matemática dos algoritmos, o sistema continua apontando, nos Estados Unidos ao menos, para as comunidades negras e pobres, evidenciando que problema da seletividade ainda se mostrará um desafio a ser enfrentado e solucionado.

Fato é que, assim como todos os avanços, o progresso das tecnologias de captação e de tratamento de dados pessoais massivos, que tornam o *Big Data* cada vez mais preditivo, pode representar um grande risco social, mormente quando utilizado indiscriminadamente em benefício dos setores de venda e de marketing das grandes empresas. No contexto do livre mercado, o mau uso do *Big Data*, além de relativizar liberdades fundamentais, pode ser causador de exclusão social.

O *THE NEW YORK TIMES*, em extensa e intrigante matéria intitulada “*Como as empresas aprendem seus segredos*”, publicada em 16 de fevereiro de 2012, demonstra como a “*Target*”, uma gigante do varejo norte americano, realiza o tratamento dos dados interceptados para captar necessidades e influenciar

---

<sup>5</sup> HAN, Byung-Chul. O Coronavírus de hoje e o mundo de amanhã, segundo o filósofo Byung-Chul Han. El País, 22 mar. 2020 Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/ideas/2020-03-22/o-coronavirus-de-hoje-e-o-mundo-de-amanha-segundo-o-filosofo-byung-chul-han.html>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

<sup>6</sup> PRESCOTT, Bonnie. Better together. Harvard Medical School, 22 jun. 2016. Disponível em: <<https://hms.harvard.edu/news/better-together>>. Acesso em: 20 maio 2020.

o consumo dos clientes antes mesmo de que eles se deem conta de tais necessidades<sup>7</sup>.

Segundo a matéria, o desafio ambicioso da rede varejista, por meio do gerenciamento de dados, seria implementar uma estratégia de abordagem eficaz para alterar os hábitos de consumo que norteiam até 45% das compras dos indivíduos, tarefa que a pesquisa comportamental, da qual se ocupam vários departamentos de neurologia e psicologia das faculdades americanas, demonstrou ser bastante complexa.

De acordo com o texto, há certos períodos na vida das pessoas em que elas se tornam mais suscetíveis a mudar seus hábitos de consumo. Casamento, gravidez e divórcio seriam exemplos desses momentos em que os indivíduos estariam mais predispostos a flexibilizar seus hábitos consumo e a experimentar novos produtos.

O desafio da “*Target*”, então, seria antecipar o conhecimento desses eventos por meio do exercício estatístico. Com a ajuda do *Big Data*, o desafio foi vencido, ao menos, em relação à gravidez. Assim, os novos pais se tornaram o ‘santo graal’ da rede.

Por meio da análise cruzada de dados, os analistas da rede varejista conseguiram identificar determinados produtos que, mesmo não indicando explicitamente a gestação na família do consumidor, quando analisados em conjunto, permitiriam atribuir-lhe uma pontuação de “previsão de gravidez”. Tal análise permitiria ainda estimar data do nascimento e, assim, possibilitar a organização de um cronograma de envio de publicidade e cupons de desconto sincronizados com momentos muito específicos da gestação.

Se é certo que a prospecção e o tratamento massivo de dados pessoais se mostram imprescindíveis para o progresso das pessoas jurídicas, fica a questão retórica: as pessoas naturais estão sendo realmente beneficiadas com tal manipulação de seus dados, ou estão apenas figurando como ratos de laboratório com poder aquisitivo? A segunda alternativa parece muito plausível.

## **2. PUBLICIDADE E BIG DATA – MANIPULAÇÃO E MODULAÇÃO**

Esse fenômeno que aparelha os grandes setores de vendas e de marketing pode ser compreendido como uma característica do que se entende por sociedade de controle. Segundo Deleuze, a sociedade de controle substituiu a sociedade disciplinar descrita por Foucault. Na sociedade de controle, a modulação das necessidades dos indivíduos e das massas, consideradas amostras, dados, mercados ou bancos, se torna uma atividade fundamental. Nesse contexto, a

---

<sup>7</sup> DUHIGG, Charles. How Companies Learn Your Secrets. The New York Times Magazine, 16 fev. 2012. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2012/02/19/magazine/shopping-habits.html?auth=login-google>>. Acesso em: 23 jun. 2020. Tradução nossa.

fábrica, como espaço disciplinar, é substituída pela empresa, cuja alma é o setor de vendas e o marketing o instrumento de controle social. (1992, p. 223-4)

Controle é o que Burroughs propõe para designar o novo monstro, e que Foucault reconhece como nosso futuro próximo. Paul Virilio também analisa sem parar as formas ultrarrápidas de controle ao ar livre, que substituem as antigas disciplinas que operavam na duração de um sistema fechado. (DELEUZE, 1992, p. 220)

Silveira (2017) explica que o processo de modulação é diferente da manipulação realizada pela publicidade tradicional. A modulação do comportamento humano seria o objetivo final da análise de dados coletados no mercado.

Os processos de modulação não são meramente de distribuição de publicidade, eles implicam a construção de situações sociais, de interações específicas, criando ambientes completamente distintos daqueles em que a propaganda é realizada nos intervalos dos espetáculos ou eventos esportivos televisionados. As tecnologias de modulação permitem agir de modo eficaz sobre nossa atenção por serem quase sempre baseadas em nossa subjetividade revelada e em nosso potencial afetivo. (SILVEIRA, 2017, p. 76)

Seria pertinente, nesse contexto, indagar qual seria o papel do ordenamento jurídico na regulação desse processo de constante captura e tratamento de dados, aparentemente absoluto e descontrolado, a ponto de não ser possível afirmar se o indivíduo consome aquilo que necessita, ou se é impelido a necessitar daquilo que querem lhe vender.

Aliás, é justamente a capacidade de modular a criação de novas necessidades, daquilo que passará a ser imprescindível, potencializada pela aptidão preditiva das tecnologias de *Big Data*, que constitui a característica marcante da sociedade de controle vislumbrada por DELEUZE. (SILVEIRA, 2017, p. 78-9)

Por outro lado, é possível conjecturar que o tratamento abusivo de dados pessoais massivos pode vir a acarretar prejuízos financeiros aos consumidores, ou até mesmo excluir indivíduos do acesso ao emprego.

Por exemplo, qual seria o efeito do amplo acesso a dados pessoais por gestores de corretoras de seguros de vida ou agências de planos de saúde? Seria pertinente cogitar que informações extraídas de aplicativos de *delivery* de alimentos possam ser compartilhadas e utilizadas para a análise do risco e, conseqüentemente, para a fixação do preço das mensalidades? Ainda nesse cenário, seria possível que a ingestão frequente de *fast food*, refrigerantes e álcool, evidenciada pelo histórico de consumo armazenado no banco de dados, seja considerada para avaliação do risco à vida ou à saúde do usuário do plano de vida ou saúde, mesmo quando não tenha sido por ele informada no momento da entrevista médica ou do preenchimento do formulário de admissão?

Além disso, poderia o perfil político do indivíduo ser detectado de acordo com a aderência a certas linhas de pensamento facilmente identificadas pelas pessoas que o indivíduo segue em suas redes sociais? A depender do perfil da empresa, ou do próprio responsável pela seleção, essas informações poderiam ser decisivas em um processo de seleção de emprego.

A ambivalência de grande parte das tecnologias surge nesse cenário. A coleta e análise sistemática de dados praticada pelas empresas não apenas melhora experiências, mas pode também criar exclusões e custos socialmente inaceitáveis. Quando um plano de saúde rejeita uma pessoa ou cobra o dobro da mensalidade por saber que ela tem uma propensão genética a determinadas doenças começamos a nos preocupar com o que os dados coletados sobre nós podem gerar. Quando as empresas podem saber bem mais do que o currículo dos candidatos a uma vaga de emprego e podem fazer escolhas ideológicas a partir da análise da navegação na internet de todos os pretendentes a um posto de trabalho, começamos a ver que talvez nem toda coleção e análise de dados seja realizada em benefício de todos, mas apenas de alguns. (SILVEIRA, 2017, p. 12-3)

A partir dessas premissas, faz-se indispensável revisitar a forma como a intimidade é protegida no contexto legislativo brasileiro, assim como analisar o modo pelo qual o Estado se estrutura normativamente para regular a captação e o tratamento de dados pessoais.

### **3. A PROTEÇÃO DA INTIMIDADE/PRIVACIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO**

A intimidade é um direito da personalidade que goza de expressa proteção constitucional de sua inviolabilidade (CF, art. 5º, X). SILVA ensina que o direito à intimidade, embora comumente considerado sinônimo de direito à privacidade, desse comporta distinção ante a forma como a Constituição brasileira os aborda.

O dispositivo põe, desde logo, uma questão, a de que a intimidade foi considerada um direito diverso dos direitos à vida privada, à honra e à imagem, quando a doutrina os reputava, com outros, manifestação daquela. De fato, a terminologia não é precisa. Por isso, preferimos usar a expressão direito à privacidade, num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou. Toma-se, pois, a privacidade como “o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito. (SILVA, 2000, p. 209)

Para Bittar, intimidade trata-se de um direito fundado na “*exigência de resguardo ínsita no psiquismo humano, que leva a pessoa a não desejar que certos*

*aspectos de sua personalidade e de sua vida cheguem ao conhecimento de terceiros*". (2015, p. 173)

Inobstante a proteção constitucional da intimidade pessoal, a doutrina reconhece, há décadas, que os direitos fundamentais clássicos estão sob ataque promovido em quatro frentes:

1. Los derechos fundamentales están limitados por las leyes; **2. Los nuevos derechos sociales y económicos estrechan su ámbito de vigencia**; 3. No son respetados en los Estados autoritarios y autocráticos, y 4. Sufren una desvalorización en el proceso de un constante conflicto entre libertad y seguridad en un mundo partido en dos. (LOEWENSTEIN, 1979, p. 396, grifo nosso)

Bittar identifica que a sofisticação dos mecanismos tecnológicos vem causado o estreitamento crescente do que se considera "circuito privado", "*na medida em que possibilita, até a longa distância, a penetração na intimidade da pessoa e do lar*". As percepções do autor, entretanto, limitam-se às esferas das indiscrições levadas a cabo pela necessidade de resposta estatal à violência urbana, situação em que, para o autor, o sacrifício do direito individual em prol do bem comum seria tolerável. (2015, p. 178-9).

O autor sustenta ainda que, na medida em que os direitos da personalidade ingressam na circulação comercial, cresce a preocupação com a tutela dos valores maiores da personalidade, donde a autorização emerge como premissa fundamental, assim como o cuidado com a aferição da compatibilidade da comercialização e a lógica contratual.

Entretanto, naquilo que tange à atuação do *Big Data* e à proteção de dados individuais, não há, necessariamente, um comércio autorizado de direitos fundamentais. Na realidade, o comércio se estabelece com outros bens de consumo que não os dados pessoais. A lógica capitalista informacional fomenta o crescimento da coleta de dados que não são propriamente o objeto do negócio jurídico, mas que representam o aspecto principal para a manutenção desse modelo de capitalismo.

A obtenção de dados resulta de um conjunto de estratégias de captura e de agrupamentos específicos das informações. Além disso, à interceptação e coleta desses dados somam-se as possibilidades de cruzamento com dados obtidos por sensores e dispositivos que permitem registrar lugares, períodos e atividades realizadas pelos indivíduos. Interceptação é um termo que envolve também as atividades de intrusão em computadores a fim de analisar arquivos armazenados ou acompanhar a navegação pessoal, de desenvolvimento de robôs para coleta de dados de caixas postais e dispositivos de conversação privada, de rastreamento das pegadas digitais, do envio de cookies e pixels (pequenos arquivos que permitem identificar os computadores nas redes), mas também de processamento e análise dos dados captados e cruzados com outras bases de dados, bem como as técnicas preditivas que se expandem com o *Big Data*. (SILVEIRA, 2017, p. 55-6)

Assim, quando o consumidor, influenciado por inúmeras circunstâncias, opta por adquirir o objeto da marca A em detrimento da marca B, obviamente pagará o preço apenas ao fornecedor escolhido. Entretanto, para o paradigma atual da sociedade em que o marketing se apresenta como mecanismo de controle, os metadados interceptados e armazenados a partir dessa simples escolha importam tanto ou até mais que o preço. Sendo assim, no capitalismo informacional, até mesmo o fornecedor preterido acaba beneficiado pelos dados e metadados captados na transação comercial.

Na atual fase da economia pós-industrial, a informação sobre o consumo da mercadoria retorna ao capitalista como elemento crucial do processo de reprodução do capital. Os dados sobre como o produto foi consumido, o horário exato da compra e os metadados da transação chegam antes ou junto com o dinheiro resultante do processo de circulação. Assim, o crescimento das transações de compra e venda realizadas pelas redes digitais gera cada vez mais dados sobre o perfil do consumidor que adquiriu uma mercadoria. (SILVEIRA, 2017, p. 17)

Metadados seriam, pois, os dados sobre dados. No momento da aquisição do objeto, espera-se, os dados pessoais relacionados à transação comercial devem estar protegidos pelo sigilo. Entretanto, existe um universo de metadados que podem ser extraídos dessa negociação que influenciam práticas mercadológicas e são reutilizadas nas estratégias de marketing. Por isso, embora o pagamento do preço favoreça apenas uma das marcas, os metadados captados favorecerão a ambas, e o modelo se fortalece sempre, incrementando-se a possibilidade de modulação das necessidades.

Dessa forma, na sociedade pós-industrial em que opera a capitalismo informacional, o indivíduo parece ocupar, simultaneamente, o papel de rato de laboratório e de financiador de uma espécie de experimento perene em que, quando uma compra é efetuada, o capitalista recebe simultaneamente o dinheiro, dados e metadados que retroalimentam o sistema incessante de aperfeiçoamento das relações de consumo e marketing. Seria como se os ratos de laboratório comprassem os produtos dermatológicos testados neles mesmos. Resta saber quantos “ratos de laboratório” sobreviverão aos ensaios.

#### **4. A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS**

A Lei 13.709/2018 constitui novo marco legal para a proteção de dados pessoais, se apresentando como um aperfeiçoamento em relação ao Marco Civil da Internet, considerado vago e pouco objetivo em relação à guarda, manuseio e descarte de dados pessoais dentro de padrões mínimos de segurança. Conhecida pela sigla LGPD, constitui legislação conceitual e principiológica. Promulgada em 14 de agosto de 2018, entraria em pleno vigor em 14 de agosto de 2020.

Entretanto, a vigência da LGPD foi adiada pela Medida Provisória 959. Se a MP for convertida em lei no prazo de 4 meses, a LGPD terá vigência apenas em 3 de maio de 2021.

A LGPD oferece princípios e requisitos para a realização do tratamento dos dados pessoais, assim consideradas as informações relacionadas à pessoa natural identificada ou identificável (art. 5º, I). O dispositivo legal também oferece o conceito de dados pessoais sensíveis, quais sejam, aqueles que digam respeito à *origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural*, nos termos do seu artigo 5º, II.

Seu art. 2º estabelece princípios que norteiam a proteção de dados pessoais: *respeito à privacidade; autodeterminação informativa; liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais*.

Uma crítica presente na doutrina foi a opção pela legislação interna para regular a atividade de tratamento de dados cujo fluxo cada vez mais se apresenta de maneira internacional. Isso contrasta com a política adotada na União Europeia, onde se consolidou um único regulamento<sup>8</sup> para os 28 Estados-Membros. (PINHEIRO, 2019)

Os direitos da personalidade, dentre eles, a inviolabilidade do direito à intimidade, são fundamentos norteadores das regras estabelecidas pela LGPD. Entretanto, a eficiência e o alcance protetivo da legislação, obviamente, terão de ser postos à prova na prática, podendo-se antever grande judicialização do tema.

## **5. O SILÊNCIO ELOQUENTE DA LGPD SOBRE A PROTEÇÃO DOS METADADOS**

Cabe frisar que a LGPD não aborda diretamente os chamados metadados, os dados sobre os dados que são prospectados, armazenados e tratados pelo *Big Data*, e utilizados pelos setores de venda e equipes de marketing das grandes empresas.

Como visto no tópico anterior, embora proteja os dados pessoais, a LGPD se mostrou bastante tímida na definição do que sejam, de fato, os dados pessoais sujeitos à proteção. No seu art. 5º, incisos I e II, estabeleceu ser considerado dado pessoal a *informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável, e*

---

<sup>8</sup> UE. General Data Protection Regulation. Disponível em: <<https://gdpr.eu/>>. Acesso em: 28 jun. 2020.

dado pessoal sensível aquele *sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.*

Há, todavia, uma compreensão muito maior do que sejam dados pessoais nas classificações doutrinárias.

O pesquisador de segurança da informação, Bruce Schneier define seis tipos de dados pessoais com base nas plataformas de relacionamento social online: dados de serviços, fornecidos para abrir uma conta (por exemplo, nome, endereço, informações de cartão de crédito, etc.); dados divulgados, que são introduzidos voluntariamente pelo usuário; dados confiados, como comentários feitos sobre as outras pessoas; dados incidentais, sobre um usuário específico, mas enviados por outra pessoa; dados comportamentais, que contém informações sobre as ações que os usuários realizam ao utilizar um site e são utilizados pela publicidade segmentada; e os dados inferidos, que são as informações deduzidas dos dados, perfil ou atividades. (SCHNEIER, 2009).

Já para o Fórum Econômico Mundial, dado pessoal constitui-se das informações e metainformações criadas por e sobre as pessoas, abrangendo: dados oferecidos voluntariamente, dados observados e dados inferidos.<sup>9</sup>

A falta de previsão mais específica e menção expressa da LGPD sobre dados inferidos, observados e comportamentais, por exemplo, aliada aos conceitos subjetivos presentes na legislação, dão margem à manutenção de um modelo de capitalismo informacional que alicerça e aprimora constantemente sua operação analisando dados captados sobre outros dados por meio da relativização de garantias fundamentais do indivíduo.

Por exemplo, o art. 6º, I, da LGPD, estabelece que as atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e, dentre outros, o princípio da finalidade, que corresponde à *realização para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades.*

A legislação, entretanto, relega ao caso concreto a análise do que seria a legitimidade dos propósitos do tratamento dos dados, uma vez que a expressão é claramente aberta e passível de manipulações interpretativas.

A título de exemplo, pode-se resgatar o exemplo do possível tratamento de dados sobre consumo de *fast food*, refrigerantes e álcool, indagando-se: seria possível dizer que a identificação de indivíduos com maus hábitos alimentares revelados pelo *Big Data*, potencialmente geradores de maiores despesas, seria prática legítima por parte de corretoras de seguros e operadoras de planos de

---

<sup>9</sup> World Economic Forum. Personal Data: The Emergence of a New Asset Class. Weforum, 17 fev. 2011. Disponível em: <<https://www.weforum.org/reports/personal-data-emergence-new-asset-class#:~:text=Personal%20Data%3A%20The%20Emergence%20of%20a%20New%20Asset,century%20that%20will%20touch%20all%20aspects%20of%20society>>. Acesso em: 28 jun. 2020.

saúde, especulando-se que tal prática permitiria reduzir o preço de contratação para outros consumidores adeptos de dieta mais saudável?

Ou seja, poderia ser considerado legítimo o tratamento de dados ou metadados de modo a pretensamente favorecer a coletividade em detrimento do indivíduo?

Ao que parece, a LGPD, ao adotar terminologias abertas em aspectos cruciais para a proteção dos dados, não oferece respostas para muitas indagações, e pode se mostrar insuficiente para cumprir seu desiderato. Ao contrário do *Big Data*, preditivo por definição e evolução, a LGPD se mostra legislação que nasce defasada e incapaz de proteger intimidade, privacidade e outros direitos fundamentais.

## 6. CONCLUSÃO

A atuação do *Big Data* nos diversos setores da sociedade é uma realidade incontestável. A captação e o tratamento massivo de dados, viabilizado pelo avanço tecnológico que permitiu o barateamento e a diminuição dos equipamentos de armazenamento de informações, potencializa suas aplicações, com implicações diversas e ambíguas.

O texto procurou demonstrar a atuação do *Big Data* no contexto de um mercado liberal constitui fator de relativização de direitos e garantias fundamentais, como intimidade e privacidade, além de limitar a autonomia do indivíduo, circunstância que permite traçar paralelo com a teoria da sociedade de controle, de DELEUZE.

No que diz respeito à atuação do ordenamento jurídico, constata-se que a vagueza e a subjetividade das terminologias empregadas na legislação tendem a diminuir sua eficácia na defesa dos direitos fundamentais, dada a abrangência e a capacidade do *Big Data* de proporcionar a modulação das necessidades dos indivíduos por meio das atividades de marketing.

Nesse cenário, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que sequer entrou em vigor, já se mostra inócua e defasada, fazendo-se necessário refletir sobre reforma legislativa que, por meio de regulamentação mais específica e abrangente, lhe confira maior eficiência na proteção dos direitos e garantias individuais.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Fernando. **Introdução à Ciência de Dados: Mineração de dados e big data**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BHAGESHPUR, Kiran. **Data is the new oil, and that's a good thing**. Forbes, 15 nov. 2019. Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2019/11/15/data-is-the-new-oil-and-thats-a-good-thing/#1a0419b97304>>. Acesso em: 20 maio 2020.

\_\_\_\_BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 23 jun. 2020.

\_\_\_\_BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados**. Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm)>. Acesso em: 23 jun. 2020.

\_\_\_\_BRASIL. **Medida provisória 959 de 29 de abril de 2020**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv959.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv959.htm)>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. rev. aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015.

DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Trad. Peter Pál Pelbart. São Paulo: Ed. 34, 1992.

DUHIGG, Charles. **How Companies Learn Your Secrets**. The New York Times Magazine, 16 fev. 2012. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2012/02/19/magazine/shopping-habits.html?auth=login-google>>. Acesso em: 23 jun. 2020.

FERGUSON, Andrew Guthrie. **The rise of big data policing: surveillance, race and the future of law enforcement**. New York: New York University Press, 2017.

HAN, Byung-Chul. O Coronavírus de hoje e o mundo de amanhã, segundo o filósofo Byung-Chul Han. El País, 22 mar. 2020 Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/ideas/2020-03-22/o-coronavirus-de-hoje-e-o-mundo-de-amanha-segundo-o-filosofo-byung-chul-han.html>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitar. Barcelona: Editorial Ariel, 1979.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PRESCOTT, Bonnie. **Better together**. Harvard Medical School, 22 jun. 2016. Disponível em: <<https://hms.harvard.edu/news/better-together>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2000.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. **Tudo sobre tod@s: redes digitais, privacidade e venda de dados pessoais**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2017.

SCHNEIER, Bruce. **A taxonomy of social networking data**, 2009. Apud SILVEIRA, 2017, p. 56-7.

**The world's most valuable resource is no longer oil, but data**. The Economist, 6 maio 2017. Disponível em: <<https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>>. Acesso em: 20 maio 2020.

União Europeia. **General Data Protection Regulation**. Disponível em: <<https://gdpr.eu/>>. Acesso em: 28 jun. 2020.

VANDERBILT, Tom. **A ciência por trás dos algoritmos da Netflix que decidem o que você vai assistir a seguir**. Wired, 7 ago. 2013. Disponível em: <<https://www.wired.com/2013/08/qq-netflix-algorithm/>>. Acesso em: 24 jun. 2020.

World Economic Forum. **Personal Data: The Emergence of a New Asset Class**. Weforum, 17 fev. 2011. Disponível em: <<https://www.weforum.org/reports/personal-data-emergence-new-asset-lass#:~:text=Personal%20Data%3A%20The%20Emergence%20of%20a%20New%20Asset,century%20that%20will%20touch%20all%20aspects%20of%20society.>> Acesso em: 28 jun. 2020.



# EDUCAÇÃO INDÍGENA: A DISSONÂNCIA ENTRE ORDENAMENTO JURÍDICO E REALIDADE FÁTICA COMO MECANISMO DE OPRESSÃO

JOÃO PEDRO DOS REIS PRADO<sup>1</sup>  
RAPHAEL PRIETO DOS SANTOS<sup>2</sup>  
WELLINGTON HENRIQUE ROCHA DE LIMA<sup>3</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

A pandemia do novo coronavírus expôs fragilidades ao redor do mundo com as quais a maioria das pessoas nunca se importou. A situação indígena no Mato Grosso do Sul e em outros Estados da Federação virou notícia. Não foram poucos os vídeos de artistas pedindo ajuda, de todos os tipos, a esses povos.

Há que se pensar que a pandemia cutucou feridas que, na verdade, já estavam abertas. A situação difícil com a qual os povos indígenas têm que lidar não começou no ano de 2020. Ela tem sido notícia há bastante tempo: “Quase metade das escolas indígenas não tem material didático específico” (Agência Brasil, 2016); “Escola é incendiada em terceiro ataque a território indígena em Pernambuco” (UOL, 2018); “Ninguém sabe onde estão as cestas básicas para índios” (Estadão, 2003); “Corpos indígenas mortos a tiros em atentado são enterrados no Maranhão” (G1 MA, 2019); “Ditadura militar quase dizimou os waimiri atroari – e indígenas temem novo massacre” (NATIONALGEOGRAPHICBRASIL, 2019);

---

<sup>1</sup> Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD. Pós-graduando em Direito e Processo trabalhista pela faculdade IBMEC e Instituto Damásio de Direito; e em Gestão de Segurança Pública pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS. E-mail: jpedroprado@hotmail.com

<sup>2</sup> Professor de Direito convocado da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS, Unidade Naviraí-MS Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense – Unipar. E-mail: raphael.prieto92@gmail.com

<sup>3</sup> Advogado. Professor do Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN. Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Doutorando em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR. E-mail: wellington\_hrocha@hotmail.com

“Ataque a escola indígena queima livros, documentos e destrói móveis” (Rede Brasil Atual, 2020).

É irrefutável que a situação indígena no Brasil é precária há muito tempo. A partir daí, o presente trabalho procura pensar os meios de travar o ciclo opressor e a construção de uma dignidade humana que já é direito de todas e todos.

## **2. REALIDADE DA EDUCAÇÃO INDÍGENA NO BRASIL**

Denise Carreira (2015) assevera que no decorrer do século XIX, o racismo foi o motivo pelo qual as elites econômicas não investiram em uma política de educação como parte de um projeto de nação, segundo ela, esse não investimento também decorreu do fato de a gigantesca maioria da população ser constituída por mulheres, homens descendentes de diversos povos africanos e por indígenas. Desse modo, vê-se que aqueles, com os quais o monopólio do poder sempre esteve, nunca se preocuparam com a educação das minorias, elas sempre foram usadas de acordo com o interesse da classe dominante.

Nesse sentido, Aline Cristina de Oliveira Abbonizio (2013), explica que a catequização e a preparação para o trabalho foram os dois principais meios sistêmicos usados para a adaptação do indígena à nova lógica social em que estava inserido, ela afirma que isso resultou num modelo de escolarização indígena voltado para transformar essas populações em força de trabalho e em objeto expansionista das igrejas. Acrescenta-se a isso, segundo Margarida Xisto da Silva Soares (2013), o fato de que historicamente os indígenas sempre foram vistos de forma pejorativa, como detentores de uma cultura inferior à qual nunca se deu qualquer atenção, o que resultou na desconsideração, por parte das políticas públicas educacionais, das diferenças étnicas e culturais que os tornam singulares.

Os anos passam e o descaso com a educação dos povos indígenas permanece o mesmo, de acordo com Gersem José dos Santos Luciano (2015), no “Relatório Técnico Diagnóstico e na Avaliação dos Formulários e da Metodologia do Censo INEP Referente à Questão Indígena”, a situação, há apenas 5 anos, era a seguinte: um terço das escolas indígenas não possuía prédio escolar; 58% do total de escolas indígenas consumiam água não filtrada; apenas 12% das escolas indígenas possuíam acesso à internet; 51% das escolas indígenas não utilizavam material específico que contemplasse a valorização cultural e linguística das etnias.

Dado esse panorama, poder-se-ia pensar que os indígenas não têm direito à educação de qualidade, no entanto, a falta de efetivação desse direito não está relacionada à sua positividade, mas à necessidade de construção dele em termos que extrapolam os diplomas normativos.

### 3. DOS DIREITOS HUMANOS/FUNDAMENTAIS E SUA PERSPECTIVA DEONTOLÓGICA

É de conhecimento amplo que os direitos humanos não foram simplesmente entregues, dados aos indivíduos, mas sim conquistas por meio de lutas nas quais sangue e suor foram derramados. Outro fato notório é que tais direitos foram detalhados em gerações ou dimensões. O jurista italiano Norberto Bobbio discorre sobre as três primeiras dimensões na sua obra “A Era dos Direitos”:

Como todos sabem, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado. Num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não-impedimento, mas positivamente como autonomia — tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado); finalmente, foram proclama dos os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências — podemos mesmo dizer, de novos valores —, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado. (BOBBIO, 2004, p.20)

Apesar do jurista retromencionado citar três dimensões, existe o reconhecimento de novas gerações de direitos humanos que versam sobre biodireito (4ª dimensão), paz (5ª dimensão) e a informação correta (6ª dimensão). O documento que acabou congregando, se não todas, mas pelo menos boa parte dos direitos humanos é a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948. Além de tal carta, Tratados Internacionais de Direitos Humanos são imperiosos para afirmação desses direitos.

É importante ressaltar que os Direitos Humanos são entendidos como regramentos morais ou suprapositivos. Desta forma, tais direitos se estabelecem como uma ordem jurídica superior apta para sustentar completamente um ordenamento jurídico (CAMBI, 2016).

Conforme Eduardo Cambi (2016) a positivação dos Direito Humanos nas Cartas Políticas dos Estados forma o núcleo dos chamados Direitos Fundamentais, adquirindo assim uma significação exata e específica, uma vez que representam um complexo de liberdades jurídicas e direitos, assegurados de maneira institucional e respaldados pelo direito positivo. O supramencionado autor ainda afirma que o rol de direitos previstos na constituição não só direitos humanos, mas também outros direitos que característica de fundamentais.

Por tratarem de um processo de lutas históricas os novos direitos conquistados não eliminam outros os alcançados anteriormente. Nesse sentido escreve Eduardo Cambi:

Os direitos fundamentais são históricos, porque nascem e se desenvolvem, gradualmente, em certas circunstâncias de lutas sociais e políticas pela defesa de novas liberdades contra velhos poderes[...]Por isso a tutela dos direitos fundamentais não deve ser buscada, exclusivamente no contexto da constituição, mas no contexto histórico-social em que se movem. Logo não é correto limitar a carga protetiva às gerações ou dimensões de direitos fundamentais. Não importa, por exemplo, saber se a tutela contra a biopirataria ou o terrorismo é de quarta ou quinta geração/dimensão. Não há *numerus clausus* de dimensões de tutela, porque não há elenco limitado de perigos a serem combatidos. A compreensão alargada dos direitos fundamentais decorre da sua proteção dinâmica, a que corresponde a tutela aberta, flexível e móvel. Para fins metodológicos, a interpretação do ordenamento jurídico deve ser marcada pela força expansiva dos direitos fundamentais. (CAMBI, 2016, p.40)

Assim, a lista de direitos humanos/fundamentais não constitui uma lista inexorável de direitos, sempre podendo ser ampliada diante do surgimento de novos perigos enfrentados pela população mundial e pelo povo brasileiro.

Na mesma esteira das afirmações de Eduardo Cambi, Luís Roberto Barroso (2020) também assinala que os direitos humanos são positivados na constituição formando o núcleo de direitos fundamentais e são um conjunto de direitos morais da população que são positivados pelo Estado. Segundo o autor e ministro do Supremo a positivação desses direitos morais podem se dar de maneira tácita ou explícita e que nossa Constituição enuncia tais direitos de maneira prolixa e analítica, enquanto outras Cartas Políticas, como a estadunidense, são mais sintéticas. Ainda conforme o autor mencionado:

Essas diferenças revelam duas situações recorrentes na teoria e na jurisprudência constitucionais: a) a não inclusão no catálogo constitucional de direitos que vêm a ser reconhecidos como direitos fundamentais; e b) a inclusão no catálogo constitucional de direitos que não são dotados de fundamentalidade material. Há exemplos do primeiro e do segundo caso na experiência constitucional brasileira. Isto leva ao reconhecimento de que podem existir direitos apenas formalmente fundamentais – simplesmente por estarem previstos no texto constitucional – e direitos materialmente fundamentais, em razão do conteúdo que apresentam. Direitos fundamentais previstos na Constituição, tenham natureza material ou apenas formal, podem ser referidos, também, como *direitos constitucionais*. (BARROSO, 2020, Edição Digital)

Tal indeterminação pode acarretar um maior esforço para reconhecer o posicionamento jurídico daquele direito fundamental como tal, já que por sua essência cada direito fundamental tem sua própria natureza e um regime particular. Para identificá-los melhor os direitos fundamentais possuem atributos materiais e formais. Os primeiros estão relacionados a relação do cidadão com estado, sua função no processo democrático e questões relacionadas às necessidades básicas e à igualdade. Já os segundos estão ligados à fonte de onde provém aquele direito fundamental, seja no espaço reservado para os Direitos

Fundamentais, seja a Lei Maior como um todo, seja o bloco de constitucionalidade (BARROSO, 2020).

Levando em consideração o que fora mencionado, temos que os Direitos Humanos (Direitos Fundamentais quando positivados nas Cartas Políticas do Estado) possuem toda uma “especialidade”, capaz até mesmo de organizar todo um sistema jurídico, além de garantir direitos oponíveis aos seus pares e, também, frente ao leviatã estatal.

Tais direitos poderiam ser então compreendidos como normas mais elevadas. No que tange normas mais elevada o filósofo Jürgen Habermas (1997) entende que elas possuem um escopo deontológico, compelindo o seu alvo, sem ressalvas e de maneira idêntica, conduta que cumpre às expectativas gerais. O autor alemão supramencionado dita que a validade das normas que possuem eficácia deontológica detém significação absoluta de imposição incondicionada e geral. Em suma, nas palavras do próprio Jürgen Habermas: “o que pretende ser deve ser igualmente bom para todos.” (HABERMAS, 1997, p. 316)

Na mesma esteira o jurista estadunidense Ronald Dworkin (2002), acredita que direitos possuem tanta importância que são fundamentos morais da política, quando pautados por essa ideia deontológica.

O escopo deontológico das normas de Direitos Humanos/ Fundamentais é de fato um dever (deontologia deriva do grego e seria traduzido, a grosso modo, como a ciência do dever) a ser observado pelo sistema jurídico como um todo.

A perspectiva de a norma ser um mandamento deontológico seria importante, principalmente atividade jurisdicional, praticada pelo Estado-Juiz, conforme escreve Ronald Dworkin:

Se o juiz defende uma teoria dos direitos estritamente deontológica, as duas instruções terão efeitos muito diversos. Ainda que não se saiba ao certo até que ponto o juiz conseguirá encontrar seus princípios deontológicos na melhor justificação do direito existente, permitir que ele leve em consideração as consequências através de argumentos de política iria liberá-lo das restrições deontológicas que devem, algumas vezes pelo menos, impedir que essas consequências figurem em um argumento de princípio que ele aceite. Mas, como afirmei anteriormente, poucas pessoas defendem uma teoria dos direitos rigorosamente deontológica. Assim, a maior parte dos juízes irá pensar que, mesmo quando os direitos morais e políticos estão em jogo, os argumentos consequentialistas têm um papel a desempenhar na definição das dimensões desses direitos. (DWORKIN, 2002, p.480)

Como muito bem apontado pelo supracitado autor, magistrados preferem a utilização de critérios diversos dos deontológico, principalmente manejando técnicas como a ponderação. Tal critério deixa o Juiz bastante livre pra decidir, o que pode acarretar no afastamento, por vezes, da aplicação da norma da devida maneira deontológica.

#### 4. SOBRE O DIREITO HUMANO/FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO DA POPULAÇÃO INDÍGENA

Como anteriormente mencionado, direitos basilares foram categorizados em gerações/dimensões, sendo a primeira relacionada ao direito de liberdade, a segunda atrelada a direitos políticos e a terceira pautando direitos sociais.

O jurista e ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso (2020) assinala que os direitos da primeira geração estão incrustados nos inúmeros incisos do art. 5º da Constituição Federal, que apesar de ser extenso o rol dos direitos de liberdade no dispositivo eles não estão elencados ali de maneira exaustiva, direitos à liberdade ser encontrados em outros dispositivos. Entre os direitos a liberdade presentes do art. 5º, estão os direitos à igualdade, à liberdade em geral, direito à privacidade, direito de não ser preso de maneira arbitrária (respectivamente nos incisos I, II, V, LXI). São só alguns exemplos acerca dos direitos de liberdade elencados pelo autor e previstos na Magna Carta. Os direitos políticos que são de segunda geração estão ligados a questões relativas a obrigatoriedade do voto para maiores, facultatividade do voto para pessoas entre 16 e 18 anos, analfabetos e maiores de 70 anos, figuras como plebiscito, referendo e projetos de lei de iniciativa popular, condições para elegibilidade previstos no art. 14 da Carta Política brasileira, bem como questões acerca do sistema proporcional para Câmara dos Deputados (ponto criticável, tendo em vista que não há como saber quem realmente o eleitor elegeu para câmara dos deputado) e majoritário para o Senado conforme artigos 45 e 46 da Constituição Federal (BARROSO, 2020).

Sobre as questões relativas aos direitos sociais que são da terceira dimensão, o supracitado autor escreve que:

A consagração dos direitos sociais marca a superação de uma perspectiva estritamente liberal do Estado. As sociedades ocidentais, quer pelo avanço da consciência social, quer pelo ímpeto de conter o apelo das ideias socialistas, passaram a incorporar à sua agenda política e institucional compromissos com a melhoria das condições de vida das pessoas, sobretudo as menos favorecidas. Diante disso, aumenta o nível de intervenção do Estado na economia, que assume compromissos de oferta de serviços, bens e utilidades diversos, que podem incluir desde acesso à água, alimentação e abrigo até prestações envolvendo educação, saúde e previdência social, em meio a muitas outras. Direitos sociais estão ligados à superação das falhas e deficiências do mercado, à proteção contra a pobreza e à promoção de justiça social. Seu objeto é assegurar aos indivíduos vida digna e acesso às oportunidades em geral. Idealmente, são direitos que devem ser satisfeitos, não por prestações individuais, mas por serviços públicos de qualidade disponíveis para todos. O reconhecimento e a exigibilidade dos chamados direitos sociais constituem uma das questões mais tormentosas do direito constitucional contemporâneo. [...] A Constituição brasileira de 1988 contém um capítulo dedicado aos direitos sociais. Nos arts. 7º

a 11, ela cuida dos direitos dos trabalhadores, incluindo suas associações profissionais e sindicais. No art. 6º, o texto constitucional identifica um número de direitos sociais em espécie, nos quais se incluem educação, saúde, alimentação, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. (BARROSO, 2020, edição digital)

O direito à educação então está inserido no bojo dos direitos sociais, o que numa linha de raciocínio lógica, tem o intuito de solucionar faltas estatais, principalmente no que diz respeito aos menos prevaletidos. No Brasil sem sombra de dúvidas entre os hipossuficientes que devem usufruir do direito fundamental à educação estão os povos originários, que desde o início da colonização portuguesa no Brasil são massacrados, vítimas de um genocídio. Talvez, efetivando o direito à educação dos povos indígenas aqueles que não foram trucidados pelo Estado poderão ter uma chance de uma vida digna que tem sido negada a essa parcela da população desde 1500.

Conforme Andrea Uemura Sotopietra (2016) os arts. 6º, 205 e 206 da Constituição preveem o direito social à educação como dever de prestação estatal. Além disso, a autora lembra que tal direito tem uma redação voltada aos indígenas no art. 210, §2.º, que garante não só o ensino em português, mas também o uso do vernáculo materno, além dos típicos métodos de aprendizado.

Além do mandamento constitucional, regras especiais foram estabelecidas pela Lei nº 9.394/1996 para a educação escolar dos povos indígenas, bem como outros direitos educacionais para outros graus para essa parcela da população brasileira. (ATTANASIO JUNIOR; DURAN, 2017)

Pontos intrinsecamente atinentes a questões educacionais das populações indígenas devem ser observadas por diversos agentes públicos como escreve Walter Claudius Rothenburg:

Mas, se é certo que a União tem um papel destacado e inafastável de promover e proteger os direitos indígenas, abre-se ainda um campo de competência partilhada, é dizer, constitucionalmente distribuída em comum aos diversos entes da federação (Municípios inclusive): veja-se a atribuição ao "Estado" genericamente (leia-se: ao Poder Público) de proteger as manifestações das culturas indígenas (art. 215, § 1.º, da CF/1988 (LGL\1988\3)); a garantia de que às comunidades indígenas se assegurará "a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem" (art. 210, § 2.º, da CF/1988 (LGL\1988\3)), em dispositivo que se refere especialmente - mas não exclusivamente - ao ensino fundamental (cuja competência é prioritariamente deferida aos Municípios, segundo o art. 211, § 2.º, da CF/1988 (LGL\1988\3)), dentro de um sistema que estabelece como comum a competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para proteger os "bens de valor histórico, artístico e cultural", bem como para "proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência" (art. 23, III e V, da CF/1988 (LGL\1988\3)). Ao Ministério Público em geral - e não somente ao Ministério Público Federal - deferiu-se a função institucional de "defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas" (art. 129, V, da CF/1988

(LGL\1988\3)), embora as funções institucionais do Ministério Público sejam exercidas não apenas em juízo (ROTHENBURG, 2007, edição digital).

Dessa forma, os direitos culturais e educacionais das populações indígenas devem ser protegidos e garantidos por toda a administração pública desde os municípios até o governo federal, tendo o Ministério Público, seja estadual seja federal, o dever de resguardar os povos originários.

A efetivação do direito à educação da população indígena só poderá ser alcançada com a capacitação de professores e tutores tendo em vista que cerca de 17% da população indígena não fala português e existem 274 línguas indígenas catalogadas no Brasil. Como se não bastasse, a essas questões de cunho linguístico, social e cultural, soma-se a burocracia pela falta de acordo entre poderes e a falta de educadores capacitados, o que acaba atrapalhando a implementação de políticas públicas relativa à educação indígena como está disposto na Carta Magna Brasileira (SOTOPIETRA, 2016).

Por se tratar de um direito social e considerado um direito humano e fundamental, o direito à educação, e aqui especialmente falando dos povos indígenas, possui um caráter deontológico, devendo ser observado a esses povos de maneira proporcional à educação que é concedida a povos não indígenas, porém com as especificidades socioculturais inerentes aos povos originários, sendo assim necessárias efetivas políticas públicas e capacitação de profissionais para trabalhar com essa parcela da população.

## **5. DA NECESSIDADE DA EDUCAÇÃO PARA ROMPER COM O SISTEMA OPRESSOR VIGENTE**

Ante o exposto, fica evidente que no que tange aos Direitos Humanos no Brasil há uma dissonância muito acentuada entre realidade fática e ordenamento jurídico. No caso da população indígena, não só essa dissonância se revela verdadeira, como, para além disso, esse grupo tem sua dignidade negada por uma engrenagem opressora que parece não ter fim. Dentro dessa perspectiva, Joaquín Herrera Flores, em sua obra “A (re)invenção dos direitos humanos”, afirma que:

A ideia que inunda todo o discurso tradicional reside na seguinte fórmula: o conteúdo básico dos direitos é o direito a ter direitos. Quantos direitos! E os bens que tais direitos devem garantir? E as condições materiais para exigí-los ou colocá-los em prática? Se estamos atentos, essa lógica nos faz pensar que temos os direitos mesmo antes de ter as capacidades e as condições adequadas para poder exercê-los. Desse modo, as pessoas que lutam por eles acabam desencantadas, pois, apesar de nos dizerem que *temos* direitos, a imensa maioria da população mundial não pode exercê-los por falta de condições materiais para isso (FLORES, 2009, p. 27).

Logo, vê-se que a dinâmica de negação de direitos humanos é muito sofisticada, não basta ter direitos, uma vez que, consoante o tradicional ensinamento de Jean Jacques Rousseau (1996), a legislação se resume na vontade e no movimento do pacto social, nessa toada, ela não é suficiente para garantir os bens materiais e imateriais necessários a uma vida digna aos povos indígenas, pois, como ensina a professora Marcia Tiburi (2015), *genocídio* é o nome próprio que rege a relação dos “brasileiros” com a questão indígena. Segundo ela, em seu livro “Como conversar com um fascista”:

O genocídio, em princípio algo apavorante, tornou-se uma verdadeira prática cultural, acobertada nos discursos anti-indígenas de um modo geral, com o aval dos meios de comunicação em acordo com o senso comum e a negligência da sociedade como um todo em relação à questão indígena.” (TIBURI, 2015, p. 150).

Nas suas lições, Rubem Alves (1981) assevera que os hábitos e costumes fazem com que a realidade seja vista através das rotinas e das repetições. Eles criam formas peculiares de contemplar o mundo, assim, aquilo que já aconteceu muitas vezes, da mesma maneira, deve continuar a acontecer do mesmo modo. Daí o caráter revolucionário dos Direitos Humanos, pois para que eles existam, precisa haver um rompimento paradigmático com a ordem dominante. Nesse panorama, de acordo com Joaquín Herrera Flores (2009) a dignidade humana é oriunda de um conjunto de processos antagônicos ao sistema hegemônico vigente. No mesmo caminho, Aniceto Masferrer e Emilio García-Sánchez (2016), asseveram que as diferentes vulnerabilidades e os diferentes graus de vulnerabilidade precisam ser considerados na construção de uma dignidade capaz de alcançar todos os seres humanos. Caso contrário, ela será um direito apenas dos grupos dominantes.

Daí advém o motivo pelo qual negar o direito à educação é tão importante para manter o *status quo*. Julia Hall (2014) adverte que privar crianças de uma educação de qualidade é privá-las diretamente do acesso a uma vida digna, pois, sem serem educadas não conseguem construir nem procurar meios para reaver a situação em que estão inseridas. É o meio mais cruel e eficaz de perpetuar uma opressão. Nessa acepção, Paulo Freire, em seu clássico livro “Pedagogia do oprimido”, afirma:

E esta luta somente tem sentido quando os oprimidos ao buscarem recuperar sua humanidade, que é uma forma de criá-la, não se sentem idealistamente opressores, nem se tornam, de fato, opressores dos opressores, mas restauradores da humanidade em ambos, e aí está a grande tarefa humanista e histórica dos oprimidos – libertar-se a si e aos opressores. Estes, que oprimem, exploram e violentam, em razão de seu poder, não podem ter, neste poder, a força de libertação dos oprimidos, nem de si mesmos. Só o poder que nasça da debilidade dos oprimidos será suficientemente forte para libertar a ambos (FREIRE, 2013, p. 30).

A partir de então, vê-se que a situação da luta pela dignidade é complexa, uma vez que, ante o exposto, não basta alcançar a positivação de direitos, ademais, há que se levar em consideração a mentalidade desses grupos marginalizados, pois inconscientemente eles podem vir a lutar para reproduzir a opressão, perpetuando a situação em que estão inseridos. Dentro dessa perspectiva, percebe-se que a educação precisa ser analisada tendo em vista uma verdadeira emancipação intelectual. Rubem Alves (1981) preleciona que o conhecimento das causas de um comportamento social dá àqueles que o detêm um enorme poder em relação aos outros, logo, esse conhecimento tem uma enorme importância prática.

Assim sendo, pensar um método educacional eficaz e comprometido com o progresso é o primeiro passo para devolver a dignidade aos grupos indígenas e para ampliar as fronteiras da democracia. Paulo Freire (2013) explica que o modo como o processo de educação hegemônica usa o método narrativo-dissertativo para transmitir o conhecimento, colocando o aluno como um depósito dentro do qual informações são jogadas sem critérios sofisticados, funciona como instrumento de opressão, pois esses conteúdos, por serem apenas retalhos da realidade, privam o aluno de qualquer possibilidade de pensamento crítico. O autor, no livro “Pedagogia do oprimido” ao discorrer sobre o que ele chama de educação bancária diz o seguinte:

Não é de estranhar, pois, que nessa visão “bancária” da educação, os homens sejam vistos como seres da adaptação, do ajustamento. Quanto mais se exercitem os educandos no arquivamento dos depósitos que lhes são feitos, tanto menos desenvolverão em si a consciência crítica de que resultaria a sua inserção no mundo como transformadores dele, como sujeitos. Quanto mais se lhes imponha passividade, tanto mais ingenuamente, em lugar de transformar, tendem a adaptar-se ao mundo, à realidade parcializada nos depósitos recebidos. Na medida em que esta visão “bancária” anula o poder criador dos educandos ou o minimiza, estimulando sua ingenuidade e não sua criticidade, satisfaz aos interesses dos opressores: para eles o fundamental não é o desnudamento do mundo, nem a sua transformação. O seu “humanitarismo” e não humanismo, está em preservar a situação de que são beneficiários e que lhes possibilita a manutenção de sua falsa generosidade (FREIRE, 2013, p. 82).

Para além disso, o ensino indígena enfrenta ainda outras dificuldades, Jailton Nascimento Carvalho, em sua dissertação “Mawa’aiaká – Escola de Resgate cultural. A trajetória da escola entre os índios Kamaiurá, de 1976 a 2004” explica:

Praticamente desde os primeiros anos da chegada dos portugueses ao Brasil, os índios já foram tomando contato com práticas educacionais outras que não as suas. Tiveram contatos com religiosos que queriam salvar suas almas, com negociantes que os queriam escravos cristãos, com comerciantes que os queriam trabalhadores mais eficientes, com governos que os queriam mais cidadãos (mais votos) e até com quem os queriam mais índios. Enfim, há 500 anos

a educação escolar vem sendo utilizada em experiências com os índios no Brasil, com intenções as mais variadas, sempre na tentativa de trazer o índio para outro sistema que não aquele em que está vivendo (CARVALHO, 2006, p. 50).

Katia Cristina de Menezes Domingues (2006), explica que de modo geral a maior dificuldade está no confronto cultural entre os indígenas e os não-indígenas, uma vez que estes admitem apenas seu modo de viver a religião, a família, a educação e afins, o que resulta em quererem pensar o modo de educação do índio para o índio. Segundo ela “pensar que o indígena não tem educação parece ser bem natural, mas não é. O indígena tem educação específica, de acordo com suas tradições” (DOMINGUES, 2006, p. 53)

Evidencia-se a necessidade da devida educação para travar a roda de opressão que, se depender dos interesses dominantes, continuará rodando, além disso, é notório que a positivação de direitos não garante dignidade dentro da realidade fática, pois ela, independentemente de estar no topo do ordenamento jurídico, se não for construída, não gera frutos. Nesse sentido, Paulo Freire (2013) ressalta a importância de uma educação libertadora e não bancária, ademais, diz que é imprescindível que os homens se sintam sujeitos pensantes e participativos enquanto povo da educação que mudará suas vidas, e consequentemente, agentes ativos da construção e da vivência dos direitos humanos.

Nesse viés, Para Joaquín Herrera Flores (2009), o conteúdo básico dos direitos humanos não é o direito a ter direitos, mas o conjunto de lutas pela dignidade, cujos resultados deverão ser garantidos por normas jurídicas, por políticas públicas e por uma economia aberta às exigências da dignidade, o autor, em “A (re)invenção dos direitos humanos”, afirma que a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 poderia ser revisada criticamente, da seguinte maneira:

Artigo 2º. - A dignidade humana é um fim perseguido pelos direitos humanos. A dignidade consiste na obtenção de um acesso igualitário aos bens, tanto materiais como imateriais, que se consegue no constante processo de humanização do ser humano.

Artigo 3º. - Para conseguir o anterior, os seres humanos em luta para abrir processos de dignidade devem ter suficiente poder individual e coletivo para exigir das instituições legislativas, internacionais e nacionais, um sistema de garantias (políticas, sociais, econômicas e jurídicas) que lhes permitam gozar do resultado de suas lutas (FLORES, 2009, p. 33).

A dissonância entre ordenamento jurídico e realidade fática não deve desanimar aqueles que lutam pela dignidade incondicionada dos seres humanos, uma vez que identificá-la de modo crítico é o primeiro passo para garantir aos grupos marginalizados e oprimidos o acesso aos direitos a que eles têm direito.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Precisa-se ter em mente que a luta pela educação indígena é muito mais ampla e dela depende um verdadeiro estado democrático de direito para todas e todos. Fernando Cássio, na obra “Educação contra a barbárie”, assevera que:

As ameaças à educação brasileira exigem a nossa energia para pautar um debate público que, infelizmente, tem se mostrado quase sempre superficial e perigosamente homogêneo, dominado pelos discursos eficientistas do empresariado e de suas assessorias educacionais. A luta por escolas públicas democráticas, inclusivas, laicas e com liberdade de ensinar depende de nossa disposição para defender projetos educacionais radicalmente democráticos ante o que hoje, na educação brasileira, ganha evidentes contornos de barbárie. É preciso desbarbarizar a educação (CÁSSIO, 2019, p. 14).

Nessa toada, Norberto Bobbio (1998) assegura que, dentro da experiência de países com tradição democrático-liberal, o conceito de democracia tende a seguir um caminho muito parecido, norteador por elementos reiterados ao longo dos anos, como: elegibilidade do legislativo pelo povo de forma direta ou indireta; separação e Independência de poderes, por meio das quais exista a possibilidade de fiscalização e imposição de limites; participação eleitoral dos maiores de idade; inexistência de peso nos votos, tendo todos eles o mesmo valor; liberdade – para formar a própria opinião – no voto; possibilidade de escolha; defesa dos direitos das minorias – quantitativas – no processo eleitoral.

Consoante Eduardo C. B. Bittar (2016), de modo sintético, as grandes marcas do regime democrático são a liberdade e a igualdade, daí o motivo pelo qual Tocqueville seja uma grande referência no assunto. Segundo ele, para que a democracia seja uma realidade dentro da vida prática das pessoas e dentro da atuação governamental, faz-se necessário um conjunto de fatores, quais sejam: liberdade, igualdade e soberania popular. Ressalta-se que por igualdade o autor quer dizer isonomia e equidade das pessoas em relação às leis, ou seja, ao lado da soberania popular e da liberdade, o Estado democrático de direito se consagra um dos pilares de um real regime democrático.

A partir de então, torna-se irrefutável a necessidade de inclusão das minorias e grupos marginalizados para que exista uma verdadeira democracia. E isso interessa a todos os seres humanos, mesmo que alguns não perceberam, Paulo Freire (2013) explica o sonho do oprimido e ser o opressor e oprimir, o que resulta em possíveis trocas de lugar entre eles, mas nunca em findar a opressão. Daí o entendimento, lúcido, de que sem democracia ninguém está seguro. Porquanto todas as experiências mundiais, nas quais a democracia foi atacada, resultaram em incontáveis perdas e imensuráveis sofrimentos.

Portanto, negar o direito a uma educação decente e emancipadora à população indígena é negar-lhe dignidade, e isso é, incontestavelmente, colocar em

risco a democracia, bem comum de oprimidos e opressores. Nesse sentido, o poeta Bertolt Brecht, em seu poema “É preciso agir” presente no livro “Bertolt Brecht Poesia” de André Vallias, assevera de modo irrefutável:

Primeiro levaram os negros, mas não me importei com isso. Eu não era negro.  
Em seguida levaram alguns operários, mas não me importei com isso. Eu também não era operário.  
Depois prenderam os miseráveis, mas não me importei com isso, porque eu não sou miserável.  
Depois agarraram alguns desempregados, mas como eu tenho um emprego, também não me importei.  
Agora... Agora estão me levando.  
Mas já é tarde. Como eu não me importei com ninguém, ninguém se importa comigo (VALLIAS, 2019, p. 224).

Somente uma dignidade humana incondicionada pode garantir um Estado democrático de direito para todas e todos.

## REFERÊNCIAS

- ABBONIZIO, Aline Cristina de Oliveira. **EDUCAÇÃO ESCOLAR INDÍGENA COMO INOVAÇÃO EDUCACIONAL: A ESCOLA E AS ASPIRAÇÕES DE FUTURO DAS COMUNIDADES**. 2013. 193 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- ALVES, Rubem. **Filosofia da ciência: introdução ao jogo e suas regras**. 1. Ed. São Paulo: Brasiliense, 1981.
- BAEHR, Peter; RITCHER, BITTAR, Eduardo C. B. **Teoria do Estado: Filosofia Política e Teoria da Democracia**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- ATTANASIO JUNIOR, Mario Roberto; DURAN, Angela Aparecida da Cruz. O reconhecimento dos direitos indígenas e a proteção do meio ambiente. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 104, p. 129 – 150, nov. - dez. 2017. Edição digital
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Edição digital
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **DICIONÁRIO DE POLÍTICA**. 11. ed. Brasília: UNB, 1998.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016
- CÁSSIO, Fernando. **Educação contra a barbárie**. 1. Ed. São Paulo. BOITEMPO. 2019. Edição digital.
- CARVALHO, Jailton Nascimento. **Mawa’iaká – Escola de Resgate cultural. A trajetória da escola entre os índios Kamaiurá, de 1976 a 2004**. 2006. 229 f. Dissertação

(Mestrado em Educação) – Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

CARREIRA, Denise. **Igualdade e diferenças nas políticas educacionais: a agenda das diversidades nos governos Lula e Dilma**. 2015. 508 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

DOMINGUES, Cristina de Menezes. **Interpretações do papel, valor e significado da formação do professor indígena do Estado de São Paulo**. 2006. 250 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTADÃO. “Ninguém sabe onde estão as cestas básicas para índios”. **O Estadão de São Paulo** – São Paulo, SP, 07 de ago. de 2003. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ninguem-sabe-onde-estao-cestas-para-indios,29058>>. Acesso em 10 ago. 2020.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. 1. Ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 1. Ed. Rio de Janeiro. Paz e Terra. 2013. Edição digital.

G1. “Corpos indígenas mortos a tiros em atentado são enterrados no Maranhão”. **G1-MA** – São Luís, MA, 09 de dez. de 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2019/12/09/sepultado-corpo-de-cacique-morto-a-tiros-em-atentado-no-maranhao.ghhtml>>. Acesso em 08 ago. 2020.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.1.

HALL, Julia. **Underprivileged School Children and the Assault on Dignity, Policy Challenges and Resistance**. 1. Ed. New York. Routledge. 2014. Edição digital.

LUCIANO, Gersem José dos Santos. **Relatório Técnico Diagnóstico e Avaliação dos Formulários e da Metodologia do Censo INEP referente à Questão Indígena**. Consultoria 6ª CCR-PGR, 2015

MASFERRER, Aniceto; SÁNCHEZ-GARCÍA, Emilio. **Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights, Interdisciplinary Perspectives**. 1. Ed. Switzerland. Springer, 2016. Edição digital.

NATIONALGEOGRAPHICBRASIL. “Ditadura militar quase dizimou os waimiri atroari – e indígenas temem novo massacre”. **NATIONALGEOGRAPHICBRASIL** – São Paulo, SP, 01 de abr. de 2019. Disponível em: <<https://www.nationalgeographicbrasil.com/historia/2019/04/ditadura-militar-waimiri-atroari-massagre-genocidio-aldeia-tribo-amazonia-indigena-indio-governo>>. Acesso em 07 ago. 2020.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Índios e seus direitos constitucionais na democracia brasileira. Revista de **Direito Constitucional e Internacional**. v. 60, p. 281 - 297 jul. – set. 2007. Edição digital

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SOARES, Margarida Xisto da Silva. **UM OLHAR DISCURSIVO SOBRE ALUNOS INDÍGENAS DE DOURADOS/MS: SEGREGAÇÃO E RESISTÊNCIA**. 2013. 150 f. Dissertação (Mestrado em Letras) – Faculdade de Letras da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Três Lagoas, 2013.

SOTOPIETRA, Andrea Uemura. O problema jurídico da articulação governamental nas políticas públicas e o acesso à educação indígena – análise do programa de apoio à formação superior e licenciaturas interculturais indígenas – PROLIND. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 96, p. 213 – 228, jul. – ago. 2016. Edição digital

TIBURI, Marcia. **Como conversar com um fascista**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

UOL. “Escola é incendiada em terceiro ataque a território indígena em Pernambuco”. **UOL** – Maceió, AL, 27 de dez. de 2018. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/12/27/escola-e-incendiada-em-terceiro-ataque-a-territorio-indigena-em-pernambuco.htm>>. Acesso em 29 jun. 2020.

VALLIAS, André. **Bertolt Brecht: Poesia**. 1. Ed. São Paulo. Perspectiva, 2015.



# UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL ACERCA DA VEDAÇÃO DA LAVRATURA DE ESCRITURA PÚBLICA DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA.

FLAVIANE SCHIEBELBEIN<sup>1</sup>  
LUÍS FERNANDO SCHIEBELBEIN<sup>2</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

O filme brasileiro *Eu, Tu e Eles*, lançado no ano de 2020, foi baseado em fatos vividos no Nordeste, por Maria Marlene Silva Sabóia e seus três “maridos”. Todos lhe deram filhos, criando uma família incomum, mas amorosa. A história de vida de Maria Marlene, tornou-se conhecida nacionalmente no ano de 1995, após matéria veiculada por uma emissora de televisão, que inspirou a trama cinematográfica. Afinal: a arte imita a vida!

Consagrado pela Constituição Federal e indissociável ao elemento de constituição da personalidade de todas as pessoas, a Família é um bem imaterial e precioso do ser humano, por isso recebe a tutela integral e protetiva do Estado, uma vez que está intrinsecamente ligado ao direito fundamental à vida. Assim, a proteção à Intimidade e da Vida Privada no âmbito familiar constitui um direito fundamental e essencial, acarretando-se um dever do Estado.

Ressalte-se que a tese prevalecente sobre os direitos da personalidade, considera que são direitos ínsitos na pessoa, na perspectiva física, psíquica e

---

<sup>1</sup> Mestranda em Psicologia Forense pela Universidade Tuiuti do Paraná, Pós-Graduada em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera-UNIDERP, Graduada em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau - FURB e Bacharela em Psicologia pela Universidade Tuiuti do Paraná, Docente nos cursos de Direito e Psicologia no Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais – CESCAGE. Advogada. e-mail: flaviane.schibal@gmail.com

<sup>2</sup> Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP/Campus de Jacarezinho Linha de Pesquisa: Função Política do Direito, Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG – Paraná. Pós-Graduado Lato Sensu, pela Escola da Magistratura do Paraná – Núcleo de Ponta Grossa. Bacharel em Direito pela Faculdade Educacional de Ponta Grossa – Faculdade União. Professor de Direito do Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais – CESCAGE. Advogado. e-mail: luisschiebelbein@outlook.com

moral, inerentes de todas as pessoas em si, configurando-se assim, uma posição singular dentro do cenário dos direitos privados.

Nesse sentido, a Constituição Federal normatizou o Direito à Intimidade como um direito efetivamente fundamental, bem como um direito individual, visto que o mesmo, está esculpido no artigo 5º, inciso X<sup>3</sup>, do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos.

Já a Família, é normatizada pela Constituição Federal como a base de toda a sociedade, recebendo assim, a mesma proteção constitucional, por meio do Art. 226<sup>4</sup>, o qual está inserido no Título VIII, Capítulo VII, tornando ambos direitos fundamentais e indissociáveis de todas as pessoas.

Nesse sentido, com o foco principal, a formação da família é essencial para a adaptação à sociedade e pode ser considerada como o alicerce. Porém, para a família, não existe um conceito fechado, pois a percepção das entidades familiares é (ou deveria) ser dinâmica e flexível, condizente com as mudanças sociais. De tal forma, a democracia se baseia no reconhecimento de uma sociedade pluralista, que permite diversidade de crenças, raças, opiniões e projetos, afim de garantir os direitos inerentes a liberdade, a igualdade e a participação do povo, sendo necessário estabelecer um espaço democrático todos os dias. É a partir dessa estrutura diversificada que se distingue a democracia formal da democracia substantiva, conforme será abordado no contexto do presente estudo.

Pautando-se no princípio da liberdade, o qual é de extrema relevância na avaliação de situações relacionadas ao conceito de família, sendo que este princípio está consubstanciado na não intervenção, principalmente do Estado, conferida pela Constituição Federal. Assim, resta assegurado que os sujeitos jurídicos possam constituir livremente as suas famílias, sem distinção e sem intervenção estatal que não seja protegida pelos seus membros. Portanto, considerando o necessário entendimento constitucional do Direito da Família, todas as estruturas familiares hoje são iguais e devem ser protegidas pelo Estado e, pelo vínculo afetivo que as une, apresentam diferentes tipos de entidades familiares, efetivando-se assim, a sociedade democrática.

Ao final será realizada a análise da decisão emanada pelo Conselho Nacional de Justiça sobre a ótica constitucional da declaração de união estável poli-afetiva, sendo que tais pessoas que buscam a referida declaração, visam em suma, sair da invisibilidade permeada pelo Estado, opondo a sua constituição de família perante toda sociedade, por escolha livre, sendo que tal situação é de

---

<sup>3</sup> Artigo 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:

Inciso X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

<sup>4</sup> Artigo 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

grande relevância social, bem como legítima. Sendo que juntamente será analisado o posicionamento do Colégio Notarial do Brasil, referente ao objeto de pesquisa.

Para o desenvolvimento do presente trabalho foi utilizado o método lógico-dedutivo, baseando-se na construção doutrinária e normativa, sendo analisada em especial as possíveis violações dos Direitos Fundamentais relacionados a vedação da realização da escritura pública de união estável de relacionamentos poliafetivos. Para tanto utilizou a análise bibliográfica sobre o tema, por meio de artigos jurídicos, doutrina, revistas jurídicas, normas constitucionais e infraconstitucionais foi o método de procedimento específico do trabalho em questão.

## **2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL SOB A PROTEÇÃO DO ESTADO**

A conquista dos Direitos Fundamentais se deu de maneira gradativa ao longo da história, sendo que as conquistas de tais direitos sempre foram, mediante inúmeras lutas, sendo que a luta pelo Direito, remete aos primórdios da sociedade, eis que todas as conquistas são marcadas pela luta, assim sendo, se não houvesse tais lutas, não haveria qualquer alteração no âmbito da sociedade.

A Constituição Federal de 1988, responsável instituir o Estado Democrático de Direito, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro uma profunda mudança de tratamento com relação às problemáticas sociais, procedendo a expansão da esfera de direitos individuais como sendo inseparáveis e substanciais ao ser humano, precipuamente a dignidade da pessoa humana.

O próprio reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana, se devidamente garantido e efetivado pelos órgãos públicos e pela sociedade em geral, caracteriza-se como o maior meio de proteção contra as ofensas aos direitos da personalidade das pessoas. Nas palavras de Daniel Sarmento, em síntese:

A dignidade impõe que se trate cada pessoa como um fim em si mesmo, e nunca como apenas um meio para a realização de fins que lhe são alheios. Ela demanda que se conceba o Estado com um instrumento a serviço das pessoas, e não o contrário. Entretanto, alerta que “o reconhecimento do valor intrínseco da pessoa não pode se transformar em discurso de legitimação do individualismo exacerbado. (SARMENTO, 2016. p. 133).

Norberto Bobbio, ao falar sobre o “Presente e futuro dos direitos do homem”, afirma que o problema atual em relação a esses direitos não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Não nega que exista uma crise dos fundamentos filosóficos desses direitos, e que devemos reconhecê-la, porém indica que nossa tarefa, urgente e atual, “é muito mais modesta, embora também mais difícil”, que é a “de buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis”. Este empreendimento deve ser acompanhado “pelo estudo das condições, dos

meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado”, não se dissociando o problema dos fins do problema dos meios. Ademais, buscando identificar “qual é o modo mais seguro para garanti-los, e para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”. (BOBBIO, 1993)

Dessa forma, os Direitos Fundamentais são como balizas para a atuação do Estado, propondo uma diferença estrutural entre os direitos fundamentais e os direitos patrimoniais: os primeiros uniriam classes inteiras de sujeitos (direitos inclusivos); os últimos diriam respeito a cada de seus titulares com exclusão dos demais (direitos exclusivos); sendo que a implementação dos direitos fundamentais representam interesses e expectativa de todos, formando, assim, o parâmetro da igualdade jurídica, que justifica a aferição da democracia substancial. (FERRAJOLI, 2011).

Nesse sentido, os Direitos Fundamentais, tem em seu fim último a proteção da dignidade da pessoa humana, visto o seu balizamento contido pela Constituição Federal de 1988, em especial no seu Art. 3º, visto que a mesma o preconiza na construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”. (COSTA; TRANNIN; PINTO, 2015)

Dessa forma, a garantia dos Direitos Fundamentais deve ser para além da norma constitucional literal, por meio de regras de condutas que estenda a interpretação e proteção de tais Direitos Fundamentais, baseada no caráter principiológico, com a fixação de meios para a atuação do Estado, como o principal garantidor dos Direitos Fundamentais. (ALEXY, 2006, p. 135)

O balizamento de tais Direitos, deve se dar de forma a delimitar a esfera do Estado, conforme ensina Michelangelo Bovero:

Direitos fundamentais em geral – repito de acordo com Ferrajoli – pré delimitar a esfera do que pode ser decidido democraticamente (desde que o Estado constitucional seja democrático); o que está fora dessa área – assuntos regidos pelas normas constitucionais, em primeiro lugar e por todos, e acima de tudo aqueles que confia – direitos fundamentais – não está disponível aos órgãos do poder democrático. Portanto, e precisamente por essa razão, os diversos tipos de direitos fundamentais não são (oportunamente como) concorrentes às articulações internas da democracia, mas são, sim, limites externos para ela. (BOVERO, 2002, p. 12)

O termo “Direitos Fundamentais” normalmente é utilizado como forma de definição para denominar direitos humanos, sendo que, por diversas vezes, tais conceitos fossem sinônimos. Cumpre esclarecer que, existe uma significação distinta, es que a terminologia de Direitos Humanos deve ser entendido como direitos de todos os homens, sendo que tais seriam em qualquer circunstância, bem como qualquer lugar e tempo, sendo que o contraponto os Direitos

Fundamentais são aqueles direitos que foram tutelados pelo Estado, na ordem jurídica Constitucional. (LACERDA; MARINO, 2017, p. 259 a 284)

Esses direitos, para que realmente pudessem ter sua eficácia garantida, sendo que tais direitos necessariamente precisaram terem sido inseridos em textos constitucionais, formando assim as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. São de suma importância, visto que protegem o homem, ao limitar os poderes do Estado, bem como de outros homens.

Todos sofrem limitações em suas ações, mesmo que no âmbito privado de suas relações, destacando-se, que tais limitações são realizadas por meio das Normas ou Regras Positivadas pelo Ordenamento Jurídico, sendo necessário salientar que tais regramentos são de extrema importância para nossa sociedade, para que não haja violações aos Direitos Fundamentais inerentes as pessoas.

Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. Por essa razão, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a uns poucos tenham menos valor que o total maior das vantagens desfrutadas por muitos. (RAWLS, 1997. p. 4)

Nessa concepção de contrato Social (Norte-americana e a francesa), representa uma ruptura com o passado, mostrando o caminho a ser construído (dirigismo constitucional), sendo que a base é na convivência civil e representam o fim do absolutismo, sendo uma grande evolução na construção do pensamento crítico. (CAMBI, 2018)

Sendo assim, entendido como uma limitação do poder do Estado, os Direitos Fundamentais não têm em si uma visão única, eis que era caracterizado como uma única forma de defesa, perante os atos estatais e dos atos de violação nas relações privadas, necessitando, assim, de uma eficácia dos direitos fundamentais nas formas Vertical e Horizontal.

Nas relações entre os entes privados, é comum que ocorram ofensas, sendo que tais ofensas podem ser extremamente perigosas ao outro, quando trata-se das relações jurídicas entre particulares, os quais estão em situações de partida de desigualdade, sendo que sempre uma das partes detém uma relação de poder perante a outra, mesmo que ocorra a aceitação expressa de ambas as partes.

Os direitos fundamentais são “princípios” que produzem efeitos sobre toda a ordem jurídica, sendo dotados de uma eficácia expansiva que inclui todos os âmbitos jurídicos, sendo que, podem ser analisados na dimensão vertical (Estado – cidadão) e horizontal (esfera jurídica privada - entre pessoas e entidades não estatais, as quais encontram-se em posição de igualdade formal).

A ampla tutela referente aos direitos fundamentais deve ter sua eficácia em sua plenitude, mesmo nas relações privadas, dessa maneira, os direitos

fundamentais atuam de forma unilateral na relação entre o cidadão e o Estado, sendo que um direito fundamental, nunca pode ser ceifado ou suprimido pela mera presunção da igualdade horizontal entre particulares. (COÊLHO, 2017)

Dessa maneira o Direito à Família constitui-se em uma categoria autônoma dentro do ordenamento jurídico pátrio, pois como tutelam bens da personalidade humana, reúnem assim, características próprias, os quais diferem dos demais ramos do Direito.

No contexto normatizado pela Constituição Federal, a relação entre pessoas na forma de constituição de família, representa a qualidade do que é mais íntimo, ou seja, o que é próprio e estritamente pessoal de cada ser humano. Assim, pode-se dizer que compreende os princípios, os valores, os segredos e os desejos mais interiores da pessoa e que somente a elas dizem respeito.

O direito para constituir família, trata-se do direito intrínseco de desfrutar de uma vida particular, sendo que essa deve estar livre de todo e qualquer tipo de interferência, de quem quer que seja, como terceiros e até mesmo do Estado, mesmo estando inserido em sociedade.

A vida privada é que se desenvolve fora das vistas da comunidade. É a que se desenvolve fora das vistas do público, perante, eventualmente, um pequeno grupo de íntimos. Compreende, portanto, a intimidade, isto é, a vida em ambiente de convívio, no interior de um grupo fechado e reduzido, normalmente, ao grupo familiar (FERREIRA FILHO, 2000, p. 35).

Salienta-se que é vedado qualquer interferência arbitrária na vida privada, na família e no domicílio, coibindo-se assim de qualquer ataque arbitrário.

O conceito de intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade, enquanto o conceito de vida privada envolve todos os relacionamentos da pessoa, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc. (GONÇALVES, 2008, p. 35).

O direito à constituição livre da Família, deve ser preservado ante a necessidade de as pessoas poderem escolher o que lhe é mais íntimo. Desse modo, em defesa e proteção dos aspectos pessoais da vida amorosa, sexual e familiar, a fim de evitar constrangimentos e embaraços com a intervenção do Estado nas escolhas pessoais, sendo que a Constituição Federal assegura este direito como fundamental, criando-se assim, um dever do Estado em sua proteção e manutenção.

### **3. FAMÍLIA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Como principal foco, a formação da família é essencial para a adequação na sociedade, podendo ser considerada como base. Contudo, não há um conceito

fechado para família, pois a percepção sobre a entidade familiar é (ou deveria ser) dinâmico e flexível, coadunando às transformações sociais.

A Constituição Federal de 1988, responsável instituir o Estado Democrático de Direito, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro uma profunda mudança de tratamento com relação às problemáticas sociais, procedendo a expansão da esfera de direitos individuais como sendo inseparáveis e substanciais ao ser humano, precipuamente a dignidade da pessoa humana.

A democracia é pautada no reconhecimento de uma sociedade plural, que permita a diversidade de crenças, etnias, opiniões e projetos. Se torna necessário uma construção diária do espaço democrático, a partir do enfrentamento dos problemas postos pela vida coletiva, a fim de garantir a liberdade, a igualdade e a participação das pessoas. É a partir desta construção plural que se distingue uma democracia formal da substancial, sendo que esta última pode ser reconhecida pelos resultados/conteúdos efetivamente alcançados no processo democrático. (ARANHA; MARTINS, 2005)

Para Battista Mondin (1986) o homem é visto como um ser social, inserido em constantes evoluções nas relações sociais, salientando que a evolução do homem demanda principalmente da produção de valores ao grupo e consequentemente tornando aquele grupo tradicional. Valores e costumes ocasionam, muitas vezes, conflitos, considerando que evoluem constantemente.

Sobre a mudança social, Sabadell (2013) afirma que as diferenças de opiniões e interesses criam conflitos, que muitas vezes causam modificações na organização da sociedade, relacionando-se com as mudanças do Direito.

Consoante o entendimento por Hironaka (2001) de que evolução dos costumes, em face da diversa necessidade humana a cada época, nos informa que a família pôde se apresentar, neste cenário, com roupagem diferenciada, ela também. Corrobora o que foi dito acima, Venosa (2014), ao afirmar que o conceito, a compreensão e extensão da família são os que mais se alteraram no curso dos tempos, pontuando que antes de ser a família um fenômeno jurídico, deve ser analisada sob o ponto de vista sociológico e afetivo.

Assim, esta evolução social ganha maior destaque no Direito de família, sendo que muitos dogmas do passado assumiram novas condições, gerando como consequência, muitas vezes, o preconceito como principal sentimento aos que trazem consigo certo tradicionalismo. (DIAS, 2010)

A discriminação e o preconceito reforçam-se mutuamente, sendo que a discriminação é caracterizada pela recusa em reconhecer o outro como alguém que tem igualdade de direitos à plena inclusão social e o preconceito estaria pautado na desvalorização do outro, considerados “inferiores” ou ridicularizados. (ARANHA; MARTINS, 2005)

Corroborando as transformações trazidas ao longo do tempo, Dias (2010), aduz que a família tratada no Código Civil de 1916, trazia uma estreita e

discriminatória visão da família, limitando-a ao grupo originário do casamento. E, embora algumas conquistas tenham sido alcançadas ao longo de sua vigência, foi a partir da Constituição de 1988, consagrando a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, é que robustas mudanças na interpretação da lei civil aconteceram – a interpretação conforme a Constituição.

Com o advento da Constituição de 1988, foram introduzidos novos princípios que vieram a se tornar os pilares do Estado Democrático, priorizando sempre a garantia de direitos. Os princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade e solidariedade são exemplos que impactaram profundamente o Direito de Família, trazendo transformações e novas diretrizes ao modo de se considerar o instituto da família.

A Constituição Federal trouxe para Direito de família inúmeras transformações, a principal foi o alargamento da esfera de proteção da família, na proporção em que deixou de se proteger somente as entidades matrimoniais, ou sejam aquelas decorrentes do casamento, e se passou a reconhecer o pluralismo das formas de família, não mais guiadas pela origem no casamento, mas pela origem no afeto e nos laços de união e compartilhamento de vida. Dias (2010) destaca que o elemento distintivo da família é a presença de um vínculo afetivo que unem as pessoas com projetos de vida e propósitos em comum, gerando comprometimento mútuo.

Porquanto, viu-se superado o conceito tradicional de família, formada a partir do enlace matrimonial, de forma que o Direito de Família passou, paulatinamente, a valorar o afeto nas relações familiares e a reconhecer a pluralidade de entidades familiares. Por esta razão, analisar e ponderar os princípios constitucionais que norteiam a aplicação do atual Direito de Família, torna-se indispensável, quando, diante de situações que envolvam os complexos ditames da seara familiar.

Pois bem, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é seguramente o principal e de maior relevância dentre todos, uma vez considerado que decorre da preocupação com a garantia dos direitos humanos e com a equidade das relações sociais. Miguel Reale (2003) aponta a dignidade da pessoa humana como “valor fonte” de todos os valores, acrescentando ser o valor básico de todo o ordenamento jurídico, sobretudo do civil, pois, a partir de seu comando e garantia, resultam todos os direitos fundamentais necessários à constituição plena de sua dignidade. Emanam-se dele todos os demais princípios, uma vez que, a garantia à liberdade, solidariedade, igualdade, pluralismo partem do mesmo ponto: a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana está atrelada a sentimentos, emoções e aspirações do ser humano; e todo o conjunto de princípios somente pôde ser concretizado, ao plano das relações tratadas juridicamente, por meio da

constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, Dias (2010, p.61) assinala que tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito.

Tal princípio implica ao Direito de Família a garantia de vedação de tratamento diferenciado às diversas formas de constituição familiares, bem como obriga o Estado a tutelar os direitos fundamentais. Assim, é assegurado ao ser humano o direito da formação de sua família sem distinções discriminatórias, liberdade no planejamento familiar, valorização do afeto, do amor, da felicidade e de todos os demais aspectos que possibilitem ao ser humano exercer livremente e de forma satisfatória seu direito de constituir uma família.

Sob este aspecto, ao se tratar atualmente das famílias, os laços de afeto ganham um especial valor. Tem-se então, que enquanto grupo familiar, cada pessoa possui o dever de uma para com a outra para a formação concorde de sua dignidade, vinculadas pelo afeto.

Intrínseco ao Estado Democrático de Direito também é a prevalência da igualdade para todos e em todas as situações. Como bem enfatiza Dias (2010), o princípio da igualdade é um dos sustentáculos de nosso Estado.

O princípio da igualdade, constitucionalmente consagrado, visa garantir que todos os indivíduos, sem distinções, obtenham seus direitos aplicados em equidade, que todos venham a ser igualados em direitos e deveres pela lei, que todos recebam efetiva proteção estatal, está particularmente atrelada à busca pela justiça. A Constituição em seu artigo 5º, caput, traz que:

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, (...). (BRASIL, 1988)

Em se tratando da seara do direito das famílias também não lhe escapou a aplicação de tal princípio, uma vez que se proíbe qualquer discriminação. A respeito de tal princípio, Dias (2010) reforça que as desigualdades devem ser sopesadas, pois, atendendo à ordem constitucional, a igualdade no âmbito do Direito das Famílias deve ser pautada na solidariedade entre seus membros, valorizando a autonomia da formação da família, livre de discriminações.

O princípio da liberdade é igualmente relevante na apreciação de situações relacionadas à família. Este princípio, refletido na não intervenção, traduz-se na liberdade conferida aos indivíduos, pela Constituição, de planejamento e formação de sua família livre de quaisquer amarras discriminatórias ou imposições do Estado ou mesmo da sociedade civil. Desta feita, ao sujeito de direito é garantida a autonomia de constituir sua família de modo livre, sem distinções, e sem intervenções do Estado que não estejam embasadas na proteção de seus membros.

É o que se verifica, inclusive, na legislação Civil, no art. 1.513, que reproduz o comando constitucional: “É defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”. (BRASIL, 2002).

O que se pretende por tal princípio é livrar os indivíduos da intervenção estatal em ditar como deve ou não deve ser composta uma entidade familiar, objetivando a proteção integral dos seus membros, já que em um Estado Democrático – e humanista – de Direito, ninguém pode ser privado de direitos ou sofrer restrições de ordem jurídica em razão da composição familiar, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios consagrados na Lei fundamental do Estado.

Em concreto, o princípio da liberdade se afigura, basicamente, no ser humano regendo sozinho e sem intervenções externas seus próprios interesses. Fortalecendo a autonomia da vontade, confere aos indivíduos o direito de decidir livremente com quem formar laços, com quem casar ou viver em união estável, enfim: com quem manter relações íntimas de afeto, sem obrigação de seguir padrões impostos socialmente.

O casamento, durante muito tempo, foi entendido como a única forma de constituição legal de uma família e conseqüentemente, a base para o início da organização da sociedade. Assim, segundo Dias (2010) visto em dado momento histórico, a instituição do casamento, tido de certa forma regra de conduta, impunha limites aos indivíduos, trazendo consigo restrições a uma liberdade total, demandando para todos uma consequência social. Frise-se: ainda que, no âmbito da autonomia da vontade, casar não correspondesse ao seu desejo/vontade.

Sem dúvida, hoje, o modelo de família que prevalece, no entendimento de Hironaka (2001) é o modelo *eudemonista*, ou seja, o modelo pelo qual, cada um busca na própria família, ou por meio dela, a sua própria realização, seu próprio bem-estar.

Conforme já pontuado, o direito à constituição livre da Família deve ser preservado ante a autonomia da vontade e proteção à intimidade e à vida privada, escolhendo livremente o que lhe é mais íntimo.

Para Oliveira (2014), é certo que na perspectiva do pleno desenvolvimento pessoal do indivíduo, no íntimo das relações afetivas, a família existe para assegurar, tornar plena a capacidade de realização pessoal de cada um.

Complementa o entendimento acima, Hironaka, enfatizando que:

Não importa a posição que o indivíduo pertence, o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade (HIRONAKA, 2011).

Pois bem, sabe-se que o ser humano, organiza-se e vive em grupos sociais, e assim sendo, é de sua essência, viver em correlação com outros indivíduos.

Assim, para que a relação mantida entre os indivíduos de uma mesma sociedade funcione corretamente é necessário existir cooperação e solidariedade entre ambos. A necessidade de tal existência de mútua solidariedade é ditada principalmente pela ética, e pelo fator, de que uma vez inseridos em uma sociedade regida por regras, deveres e direitos devem ser cumpridos e exigidos de todos os participantes, na cota em que caiba a cada um.

O principal agrupamento a que um indivíduo pertence é a família, e sendo um grupo no qual indivíduos coexistem, existe para todos o dever fraterno de um para com o outro. A solidariedade é um compromisso pelo qual pessoas se obrigam umas para com as outras enquanto mantêm relações, e cooperam reciprocamente umas com as outras para obter a preservação de todos os interesses envolvidos. E sendo o princípio da solidariedade um comando não somente dirigido ao Estado, mas também a pessoa, seu reflexo na seara familiar, diz respeito especificamente, a obrigação de um integrante para como o outro.

Tem-se então que enquanto grupo familiar cada pessoa possui o dever de uma para com a outra para a formação concorde de sua dignidade e em prol do desenvolvimento humano de cada um dos seus componentes.

A família solidária caracteriza-se, segundo Oliveira (2014), independente da consanguinidade, resultando em uma convivência pautada na alteridade e respeito ao outro, norteadas pela dignidade humana. Acrescenta que a alteridade e os sentimentos afetivos que integram o conceito de solidariedade familiar na qual o respeito aos espaços de liberdade, igualdade e tolerância dão feição e espaço de realização pessoal, valores que se alternam entre deveres e direitos.

Pode-se dizer, ainda, que a Constituição consagrou o princípio da afetividade de forma implícita, a partir da interpretação de suas disposições. Como sustentado acima, não é à toa que se diz que o princípio da dignidade da pessoa humana é o mais significativo princípio constitucional existente, pois foi a partir de seu comando e garantia, que fez com que despontassem outros princípios, outras garantias.

De modo que, se o afeto é indispensável ao ser humano, e determinante no que tange as suas relações, assim o é indispensável ao Direito assegurar sua valorização. Conforme afirma Dias:

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. A família transforma-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas da família. Na esteira dessa evolução, o direito das famílias instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto (DIAS, 2010, p. 71).

Ademais, a proibição do retrocesso social, assegura que os direitos fundamentais, uma vez instituídos por força constitucional, não podem sofrer

restrições ou limitações pela legislação ordinária, quicá por órgãos ou instituições públicas.

Como assinalado por Oliveira (2014) o caráter pluralista da família contemporânea, ensejam situações não tratadas especificamente pela legislação, cabendo aos operadores do direito seguirem uma orientação humanizadora do direito.

Assim, embora ainda existam preconceitos e discriminações, ao Estado, cabe(ria) fortalecer as diversidades individuais e pluralidade de pensamentos, intrínsecos à Democracia. Nas palavras de Aranha e Martins (2005, p.266) a arte de governar supõe o talento de criar convergências, mantendo o pluralismo de convicções.

Desta forma, considerando a necessária leitura constitucional do Direito de Família, todas as configurações familiares, atualmente, são, por conseguinte, iguais e merecedoras da tutela do Estado, albergando os diferentes tipos de entidades familiares, baseadas no vínculo de afeto que as unem, de uma sociedade plural e democrática.

#### **4. ANÁLISE DA VEDAÇÃO DA LAVRATURA DE ESCRITURA PÚBLICA DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA**

Considerando o que foi sintetizado acima, a respeito da necessária visão plural das diversas formas de organização familiar, sob o prisma dos direitos fundamentais e princípios constitucionais protetivos da dignidade, liberdade, vida privada, autonomia, solidariedade e afeto, adentramos a proposta de discussão acerca da (im)possibilidade de lavratura de escritura pública de união estável poliafetiva.

Uma breve explanação acerca dos fatos, se faz necessária, para melhor compreensão do tema.

No ano de 2016, foi autuado perante o Conselho Nacional de Justiça, um pedido de providências<sup>5</sup>, formulado pela Associação de Direito de Família e Sucessões tendo como requerido o 3º Tabelião de Notas e Protesto de Letras e Títulos de São Vicente (SP) e do Tabelião de Notas e de Protesto de Letras e Títulos da Comarca de Tupã (SP).

Em apertada síntese, a requerente aduziu que os requeridos lavraram escrituras de “união poliafetiva” consubstanciada na “união estável” constituída entre três ou mais pessoas reciprocamente, sustentado a inconstitucionalidade na lavratura de escritura pública de “união poliafetiva”, tendo em vista a falta de eficácia jurídica e violação a) dos princípios familiares básicos; b) das regras constitucionais sobre família; c) da dignidade da pessoa humana; d) das leis civis;

---

<sup>5</sup> Número: 0001459-08.2016.2.00.0000

e e) da moral e dos costumes brasileiros; requerendo a regulamentação da questão pela Corregedoria Nacional de Justiça.

Instados a pronunciar-se acerca do tema, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IDBFAM), defendeu a improcedência do pedido, argumentando, dentre outros elevados argumentos, que a Constituição Federal não apresenta rol taxativo de formas de constituição de família e estende sua tutela a qualquer família, sem cláusula de exclusão nem de hierarquia. Ainda, que a obstar o reconhecimento jurídico das uniões poliafetivas, afrontaria os princípios da liberdade, igualdade, não intervenção estatal na vida privada, não hierarquização das formas constituídas de família e pluralidade das formas constituídas de família.

O Conselho Federal do Colégio Brasileiro de Notários (CBN/CF), também entre outros plausíveis argumentos, que a situação específica da “poliafetividade”, no âmbito do assessoramento jurídico, o notário deverá expor às partes interessadas a ausência de legislação e possível apreciação judicial da questão no futuro, mas não pode impedir o exercício da autonomia privada. A escritura pública declaratória de vínculo “poliafetivo” forma uma prova qualificada e não há justificativa plausível para o pedido de proibição da lavratura do ato.

Após análise e votos, Conselho Nacional de Justiça, por maioria, julgou procedente o pedido, nos termos do voto do Relator, impossibilitando a lavratura de escritura pública de união estável poliafetiva.

Dentre os argumentos lançados pelo Excelentíssimo Senhor Corregedor Relator, em seu voto, destaca-se os seguintes excertos, a fim de debatê-los sob a perspectiva proposta.

[...] Cultural e juridicamente, temos no Brasil uniões formadas por duas pessoas de forma monogâmica. O relacionamento poligâmico não é socialmente aceito no país. Aliás, a bigamia é, inclusive, conduta tipificada no Código Penal. Não se nega a existência de famílias poligâmicas de fato, mas o sistema jurídico pátrio não as admite. [...]

Como já salientado, em uma Democracia, é desejável, é intrínseco a diversidade de pensamentos e comportamentos. Se existem pessoas com anseio de declarar uma união que não corresponde aos padrões socioculturais, porque de fato, em suas vidas privadas, em suas intimidades tal padrão não se encaixa, não nos parece pertinente a vedação.

Entende-se, inclusive, que tais declarações partem da boa-fé, cumplicidade e solidariedade existente entre seus membros, que almejam esclarecer, perante a sociedade e Estado, sua situação familiar. Justamente para que nenhum deles seja prejudicado e para resguardar direitos de terceiros.

Outro ponto a ser esclarecido, é que não se trata de bigamia, pois não se busca a chancela estatal para duplo vínculo conjugal – por meio do casamento -, mas a possibilidade de constituir prova da situação de fato, por meio da declaração.

Em outro trecho, lê-se o seguinte:

Além de recente, o tema é praticamente ausente da vida social dos cidadãos e é pouco debatido até mesmo na comunidade jurídica. O instituto encontra dificuldades de conceituação clara, com especificação dos elementos e requisitos da relação “poliafetiva”, uma vez que existe um grande número de experiências possíveis para os relacionamentos. [...]

Compreensível que apenas recentemente tais composições familiares encorajaram-se a buscar claramente seus direitos, pois não representam o modelo tradicionalista de família. Infere-se que tal “coragem” para mostrar-se à sociedade e Estado, advém do direito alcançado por outros grupos sociais que, igualmente, não correspondem ao modelo tradicionalista. Tal qual ocorreu – com dispêndio de muita luta e vencendo preconceitos – daqueles que não se encaixam na heteronormatividade.

Para Dias (2020) todas as formas de amar que fogem do modelo convencional da heteronormatividade e da singularidade, são alvo da danação religiosa e, via de consequência, da repulsa social e que a negação do Estado em relação aos formatos abertos de família, nada mais é que a “[...] tentativa de condenar à invisibilidade formas de amor que se afastem do modelo monogâmico” (DIAS, 2020, p. 448).

É interessante observar que o voto, transcreve partes da ementa da ADI n. 4.277 e da ADPF n. 132, que deixa claro a imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Desta mesma ementa, extrai-se que:

Normação constitucional referida a homem e mulher, mas apenas para especial proteção desta última. (...) A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. [...]

Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice.

Desta feita, imperioso ressaltar que a já clara interpretação não-reducionista do conceito de família, que a menção de dualidade básica deve ser entendido no intuito de proteção à mulher, no sentido de igualdade de direitos e deveres em suas relações íntimas e que cabe ao Estado a proteção de direitos e legítimos interesses, corroboram a possibilidade da declaração de união estável poliafetiva.

Como já sustentado, a intenção de se declarar a união estável poliafetiva, advém da boa-fé dos declarantes, com legítimo interesse pessoal e social, a fim

de sair do ignorado lugar que ocupam atualmente. Corrobora, o princípio da segurança jurídica, pois, a falta de previsão legal e ante a atual impossibilidade de declaração da união estável gera inseguranças tanto aos partícipes da relação quanto a terceiros.

Neste sentido, ratificamos o posicionamento do Colégio Notarial do Brasil, no sentido de que a escritura pública declaratória de vínculo “poliafetivo” forma uma prova qualificada e não há justificativa plausível para o pedido de proibição da lavratura do ato. Prossegue o relator, em seus argumentos, colocando que:

A sociedade brasileira não incorporou a “união poliafetiva” como forma de constituição de família. Há real dificuldade de, hoje, conceder status tão importante a essa modalidade de relacionamento, que ainda carece de maturação. É a sociedade que dá o primeiro passo quando surgem novas formas de constituição de núcleos familiares. A partir da mudança de costumes é que o Poder Judiciário passa a resolver os conflitos oriundos da questão para, ao fim, surgirem normas, regulamentos, leis, expressões do direito que passam a tratar da matéria. [...]

Consigne-se que os primeiros passos sociais já foram dados. A busca pela possibilidade de declarar a união estável poliafetiva demonstra exatamente este anseio social. Obviamente os primeiros passos são dados por aqueles que sentem no cotidiano de suas vidas os óbices que a ilegitimidade, e até dita ilegalidade de seus relacionamentos íntimos causam.

Para Aranha e Martins (2005, p. 198), os valores existem na ordem da afetividade, uma vez que não ficamos indiferentes diante de alguma coisa ou de uma pessoa, mas sempre somos afetados por elas de algum modo. E, mesmo que os valores sejam transmitidos pela cultura, não se pode desprezar a capacidade humana de criticar os costumes vigentes e ansiar por novos horizontes de ação a fim de que a sociedade se humanize, mantenha sua integridade e se desenvolva, pela autonomia na capacidade de valorar.

Vale ressaltar que há certa resistência em aceitar aquilo e aqueles que não atendem aos padrões culturais impostos. Já na abertura deste estudo, menciona-se o caso de brasileiros que há tempos, vivem em união poliafetiva, inspirando inclusive um filme.

Denota-se do pedido de providências, que tal situação não é isolada, eis que várias pessoas buscaram fazer escrituras públicas declaratórias de união estável. E, independente do querer do Direito, do legislador; criando-se um óbice para que tais uniões – que existem – sejam declaradas, estarão fadadas a impossibilidade de ter seus direitos fundamentais garantidos.

Até mesmo para que a matéria possa ser enfrentada de maneira correta pelo judiciário, tais declarações manifestam-se imperiosas. Para que não haja confusão com outros institutos, tais quais bigamia, concubinato e relações paralelas.

Neste sentido, verifica-se que tal confusão, está presente até mesmo referido voto, veja-se:

Sob o enfoque do tratamento jurídico, existe certa dificuldade para aplicação analógica das regras que regulam relações monogâmicas às “uniões poliafetivas”. A regulação da vida amorosa plural não pode ser comparada à da vida amorosa em dupla por ser aquela mais complexa e sujeita a mais conflitos, dada a maior quantidade de vínculos. [...]

Hoje, a união “poliafetiva” viola o direito em vigência no país, que veda expressamente a possibilidade de mais de um vínculo matrimonial simultâneo e proíbe, por analogia, uniões estáveis múltiplas. O entendimento jurisprudencial dos tribunais pátrios também repele a existência de uniões estáveis simultâneas ao casamento. [...]

Como já sustentado, não se almeja um vínculo matrimonial. Não se trata, portanto, de bigamia. Não se trata também de uniões estáveis múltiplas, paralelas ou simultâneas. Trata-se de uma única relação em que participam, pela autonomia da vontade, declaradas por pessoas plenamente capazes, de conviverem juntos, já que nutrem, entre si, relação de afeto e solidariedade.

Neste ponto, coadunamos a ideia apresentada por Hiranoka (2011) de que apenas a família constituída por laços de amor e afeto, pode ser remanso de paz, ternura e respeito ensejando para todos e para cada um dos seus membros, a chance de realização de seus projetos de felicidade – independente da diversidade de sua gênese. Nas palavras da autora, biológica ou não, oriunda do casamento ou não, matrilinear ou patrilinear, monogâmica ou poligâmica, monoparental ou poliparental, não importa.

No mesmo sentido, nos lembra Dias (2020) que, se o poliamor pode ser considerado uma forma de relacionamento íntimo existente e válido com mais de uma pessoa simultaneamente, formando um único núcleo e sus integrantes possuem ciência das uniões múltiplas, verifica-se a incidência dos princípios estruturantes de família: da liberdade, da solidariedade e igualdade entre seus membros, com vistas à felicidade.

Nos termos já defendidos, não cabe ao Estado, ou a qualquer ente que o represente, interferir na livre formação da família.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Tendo em vista que a Família é um fenômeno complexo e dinâmico, sofrendo transformações no decorrer da história, sua análise deve ser voltada pelo viés dos Direitos Fundamentais, pois como visto, esses devem ter a tutela protetiva do Estado, no sentido de que a relação entre as pessoas na forma de constituição familiar representa a qualidade da mais íntima aferição, ou seja, a qualidade estritamente pessoal. Portanto, pode-se dizer que compreende os

princípios, valores, segredos e desejos das pessoas, pertencentes somente a eles, cabendo ao Estado somete a ampla tutela estatal, na promoção desses direitos, mas, nunca em relação a vedação ou limitação.

No mesmo sentido, o Direito à Intimidade constitui uma categoria autônoma dentro do ordenamento jurídico pátrio, sendo consagrado pela Constituição Federal um Direito Fundamental, recebendo a mesma tutela protetiva do Estado. Como vislumbrou-se a eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações Familiares, pois como ressaltado inúmeras vezes, sofremos limitações impostas em nossas ações, mas, nunca pode o Estado intervir na construção deliberativa das pessoas quando estão ligadas ao seio Familiar da Declaração de União Estável, mesmo que seja transvestido de um “ideal protecionista”.

Na qualidade de pessoa humana e de sujeito de direitos, todas as pessoas são detentoras das prerrogativas abordadas, sendo que pelo Estado deve ser garantido às Famílias, o direito à vida, liberdade, igualdade, segurança, bem como o seu direito de escolha para a sua vida privada, no íntimo de suas relações afetivas e amorosas, direitos estes intrínsecos à dignidade da pessoa humana. Ressalte-se que a leitura constitucional do Direito de Família, bem como, todas as configurações familiares, atualmente, são iguais, e por conseguinte merecedoras da tutela do Estado, sendo que mesmo havendo diversos tipos de famílias e entidades familiares, as quais são baseadas primordialmente no vínculo de afeto que as unem, caracterizando-se assim, a clara sociedade plural e democrática.

Além disso, a proibição do retrocesso social garante que, uma vez que os direitos fundamentais sejam estabelecidos pelas forças constitucionais, eles não serão restringidos pela legislação ordinária, muito menos por instituições públicas.

Demonstrando-se que em uma Democracia a diversidade de pensamentos e de comportamentos é a base, sendo que, conforme o analisado no presente trabalho, existem pessoas, com o desejo e anseio de declarar uma união, a qual, não “corresponde aos padrões socioculturais”, a vedação emanada pelo órgão não corresponde aos ditames democráticos e constitucionais vigentes. Ressalte-se que as declarações realizadas pelos pretendentes, partem do princípio basilar de nosso ordenamento pátrio, qual seja a da boa-fé, sendo que a cumplicidade e solidariedade existente entre seus membros.

Insta salientar que a declaração de união estável poliafetiva, almejada por essas pessoas, busca em suma deixar claro, perante toda sociedade e o Estado, sua situação familiar, por escolha livre dos integrantes daquela família, para que não haja, qualquer prejudicado, bem como o fim ultimo de resguarda de direitos inclusive de terceiros. Assim, a intenção de se declarar a união estável poliafetiva, é de grande relevância social, pois é legítimo o interesse pessoal dos declarantes, os quais anseiam sair do obscuro e ignorado lugar que ocupam atualmente, ressaltando que a falta de previsão legal e ante a atual decisão emanada

sobre a impossibilidade da referida declaração gera inseguranças tanto aos partícipes da relação quanto a terceiros.

Assim, resta claro que com a referida declaração de união estável poliafetiva, não se almeja o vínculo matrimonial, padecendo assim, a afronta as normas legais de bigamia, de uniões estáveis múltiplas, paralelas ou simultâneas, pois em verdade, trata-se de uma única relação em que participam, pela autonomia da vontade, declaradas por pessoas plenamente capazes, de conviverem juntos, já que nutrem, entre si, relação de afeto e solidariedade, o qual deve ser plenamente protegido pelo Estado.

Nosso posicionamento é corroborado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família no sentido de que obstar o reconhecimento jurídico das uniões poliafetivas, afronta os princípios da liberdade, igualdade, não intervenção estatal na vida privada, não hierarquização das formas constituídas de família e pluralidade das formas constituídas de família e respaldado pelo do Colégio Notarial do Brasil, o qual, como visto anteriormente, descreve que não há qualquer justificativa para a não realização da lavratura da escritura pública de declaração de vínculo “poliafetivo”, sendo que a mesma é uma prova qualificada, não havendo qualquer confusão com outros institutos, como bigamia, concubinato ou relações paralelas, assim, distanciando-se do posicionamento do Conselho Nacional de Justiça.

## REFERENCIAS

ALEXY, R. **TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. Aqua Estúdio Gráfico. São Paulo. 2006.

ARANHA, Maria Lúcia Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Temas de Filosofia**. 3 ed. rev. – São Paulo: Moderna, 2005.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. 11ª ed., Carlos Nelson Coutinho (trad.) São Paulo: Campus, 1993.

BOVERO, M. DEMOCRACIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES. Edición digital a partir de Isonomía: **Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, núm. 16 (abril 2002). pp. 21-38.

BRASIL. 2018. Conselho Nacional de Justiça. **Pedido de Providências – Corregedoria**. Processo nº 0001459-08.2016.2.00.0000. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/InfoJurisI2/Jurisprudencia.seam;jsessionid=DE5A3222422A59727199EC826B62482C?jurisprudenciaIdJuris=51260&indiceListaJurisprudencia=6&firstResult=7875&tipoPesquisa=BANCO>>. Acesso em: 04 set. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de Inconstitucionalidade 4.277 Distrito Federal**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 04 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132 Rio de Janeiro**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 04 set. 2020.

CAMBI, E. A. S., **NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO**: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário. 2º ed. São Paulo: Almedina, 2018.

COELHO, M. V. F., **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. IN. <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-07/constituicao-eficacia-direitos-fundamentais-relacoes-privadas>>. Acesso em: 11 abr. 2019.

COSTA, I. G., TRANNIN, A. A., PINTO, T. C., **A política pública de economia solidária como instrumento para contribuir com a inclusão social por meio do direito fundamental ao trabalho**. IN Organizações Sociais Efetivações e Inclusão Social. São Paulo: Editora Verbatim, 2015.

CUNHA, M. A. da. O conceito de família e sua evolução histórica. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/170332-o-conceito-de-familia-e-sua-evolucao-historica>>. Acesso em: 02 set. 2020.

DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias**. 10. Ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias**. 13.ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

FERRAJOLI, L. **Por Uma Teoria Dos Direitos E Dos Bens Fundamentais**. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2011.

FERREIRA FILHO, M. G. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil Brasileiro**: responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

HIRONAKA, G. M. F. N. **Família e casamento em evolução**. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/artigos/14/Fam%C3%ADlia+e+casamento+em+evolu%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 03 set. 2020.

LACERDA, L. P., MARINO, L. H. F. C. A Evolução do Direito do Trabalho como um Direito Fundamental e os Reflexos Da Globalização. In: **REGRAD**, UNIVEM/Marília-SP, v. 10, n. 1, p 259 - 284, outubro de 2017.

MONDIN, Battista. **O homem, quem é ele?** São Paulo: Paulinas, 1986.

OLIVEIRA, L. F. L. de. **Direito de Família e princípio da solidariedade como direito fundamental e sua incidência nas relações familiares**. Curitiba: Juruá, 2014.

RAWLS, J. **Uma teoria da justiça** / John Rawls; tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. - São Paulo: Martins Fontes, 1997. - (Ensino Superior).

REALE, M. **A constituição e o código civil**. 8.XI.03. Disponível em <<http://www.miguel-reale.com.br/artigos/constcc.htm>> Acesso em 02/09/2020

SABADELL, A. L. **Manual de Sociologia Jurídica**. Introdução a uma leitura externa do Direito. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, D. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VENOSA, S. S. **Direito Civil: Direito de Família**. 11 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

# CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO: DESAFIOS E PERSPECTIVAS

VLADIMIR BREGA FILHO<sup>1</sup>  
MOACYR MIGUEL DE OLIVEIRA<sup>2</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

Após um longo período de governos totalitários no Brasil, compreendendo, principalmente, as décadas de sessenta e setenta, a Constituição da República de 05 de outubro de 1988 simbolizou a restauração da democracia e firmou um marco jurídico de supremacia da Constituição e proteção dos direitos fundamentais.

Assim sendo, ao eleger o Supremo Tribunal Federal (STF) como guardião da Lei Fundamental (art. 102, caput, CRFB) gradualmente ocorreu um fortalecimento da jurisdição constitucional em nosso país e, por consequência, o fenômeno da constitucionalização do Direito brasileiro. Significa dizer que o texto constitucional passou a ser o epicentro do ordenamento jurídico e o paradigma de validade de todo o sistema normativo.

A Constituição cidadã, como ficou popularmente conhecida, trouxe um extenso rol de direitos e garantias fundamentais como resposta a um período histórico nefasto de abusos do Estado e violação aos direitos mais importantes para a proteção da dignidade da pessoa humana.

Contudo, observa-se que este rol de direitos fundamentais é meramente exemplificativo, sendo o art. 5º, §2º, CRFB uma genuína cláusula de abertura para

---

<sup>1</sup> Possui graduação em Direito – Instituição Toledo de Ensino (1989), mestrado em Direito – Instituição Toledo de Ensino (2001), doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004) e estágio de pós-doutoramento na Universidade de Lisboa (2013). Atualmente é professor adjunto da Universidade Estadual do Norte do Paraná e Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de São Paulo.

<sup>2</sup> Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica – UENP. Professor de Teoria do Direito, Processo Civil e Processo Coletivo no Centro Universitário Toledo – UniToledo de Araçatuba/SP. Advogado. E-mail: moacyr-moliveira@gmail.com

a recepção de direitos humanos contemplados em tratados internacionais que o Brasil seja signatário.

Assim, o Estado brasileiro, seguindo uma tendência mundial de países civilizados, passou a integrar sistemas internacionais de proteção de Direitos Humanos – a exemplo do sistema global decorrente da ONU (Organização das Nações Unidas) e o sistema regional interamericano da OEA (Organização dos Estados Americanos) – ratificando tratados internacionais e aceitando a atuação de órgãos de fiscalização, e até mesmo, judiciais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Neste contexto, verifica-se que a validade de uma lei brasileira passou a depender de sua compatibilidade com a Constituição da República, bem como com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Ao lado do controle de constitucionalidade – que em nosso sistema jurídico se dá no modelo difuso e concentrado – os juízes e tribunais brasileiros também deverão exercer o controle de convencionalidade, tendo por paradigma os tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao Direito pátrio.

O presente estudo objetiva analisar como a teoria do controle de convencionalidade tem sido aplicada pelo Poder Judiciário brasileiro, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Através de análise doutrinária e, especialmente, jurisprudencial, busca-se compreender se os tribunais nacionais têm feito o controle – difuso ou concentrado – da convencionalidade do direito interno – inclusive sobre a compatibilidade da Constituição com tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Nesse sentido, inicialmente buscar-se-á examinar o regramento constitucional sobre o status normativo dos tratados internacionais de direitos humanos, bem como a interpretação conferida pela corte constitucional brasileira acerca desta matéria.

Num segundo momento, após a exposição das bases teóricas do controle de convencionalidade, através de lições doutrinárias e exegese jurisprudencial analisar-se-á casos concretos para aferir se o controle de convencionalidade aplicado em nosso país está de acordo com o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos – intérprete por excelência da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Por fim, vislumbra-se diagnosticar as principais deficiências interpretativas através da exposição de casos concretos em que o Poder Judiciário nacional praticamente ignorou o controle de convencionalidade, bem como apresentar perspectivas e proposta de enfrentamento à problemática, ao demonstrar precedentes em que foi realizado o controle corretamente, de forma efetiva e em consonância com o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

## 2. QUAL O STATUS NORMATIVO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO?

Antes de abordar o conceito de controle de convencionalidade necessário explorar uma questão fundamental para a compreensão da matéria, qual seja: qual o *status* normativo que os tratados internacionais de Direitos Humanos ostentam no Direito brasileiro.

A análise da formação histórica do Estado brasileiro revela um conjunto de vicissitudes que bem demonstra a conturbada trajetória constitucional que o país enfrentou desde a chegada da coroa portuguesa em 1808 até a atual Constituição vigente, visto que o povo brasileiro experimentou regimes políticos e institucionais muito diferentes entre si, até alcançarmos o presente constitucionalismo democrático que erigiu a dignidade da pessoa humana como vetor interpretativo e parâmetro de validade de todo o sistema jurídico.

Note-se que o Brasil alternou regimes políticos muito díspares entre si, o que resultou em uma trajetória constitucional dotada de percalços e solavancos que teve por resultado um atraso na consolidação de um constitucionalismo forte em nosso país<sup>3</sup> e, por consequência, um atraso, ainda maior, do reconhecimento da importância dos tratados internacionais de Direitos Humanos.

Necessário pontuar, ainda, que com o fenômeno da constitucionalização do Direito<sup>4</sup>, em decorrência da promulgação da Lei Fundamental de 1988, emergiu novo paradigma no sistema jurídico brasileiro, vez que a norma constitucional passou a ocupar posição de centralidade e protagonismo no ordenamento jurídico, redefinindo a aplicação dos demais ramos do Direito.

Por consequência, o Supremo Tribunal Federal – guardião da Constituição e detentor do monopólio da última palavra em matéria de interpretação constitucional – passou por um processo de expansão de sua autoridade frente aos demais tribunais, e, também, frente aos demais poderes da República, fenômeno denominado “supremocracia” por Oscar Vilhena Vieira (2008).

Irrefutável que uma das principais características do texto constitucional de 1988 é a ampla proteção aos direitos fundamentais. Evidente que após um

---

<sup>3</sup> Luís Roberto Barroso leciona que: “A marca do constitucionalismo brasileiro, até a Constituição de 1988, sempre fora uma notável falta de efetividade, ou seja, a não realização na vida real dos mandamentos constitucionais (...). Indiferentes ao que prescrevia a Lei Maior, os estamentos perenemente dominantes construíam uma realidade própria de poder, refratária a uma real democratização da sociedade e do Estado (2018, p. 19)

<sup>4</sup> O protagonismo da Constituição, alçada ao centro do sistema jurídico – de onde foi deslocado o direito privado e seu principal monumento, o Código Civil –, deu lugar a um fenômeno conhecido como filtragem constitucional ou constitucionalização do direito, que importa na leitura de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional com a lente da Constituição, seus mandamentos e princípios. Essa mudança de paradigma impactou de forma relevante ramos como o direito civil (com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais), o direito penal (com a ideia de proporcionalidade se projetando na vedação tanto do excesso quanto da proteção deficiente) e o direito administrativo (com a releitura constitucionalmente adequada da ideia de supremacia do interesse público). (BARROSO, 2018, p. 24)

longo período de ditadura militar, a nova Constituição detalhou um extenso rol de direitos fundamentais, assim compreendidos como os direitos e garantias mais importantes à pessoa humana, vale dizer, o conjunto de direitos mínimos, elementares, para que qualquer ser humano tenha uma vida digna em plenitude.

Ocorre que no processo de elaboração do texto constitucional foram observados, como inspiração ao legislador constituinte originário, tratados internacionais de direitos humanos, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU) de 1945, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ONU) de 1966, Convenção Americana de Direitos Humanos (OEA) de 1969, entre outros.

Ademais, seguindo uma tendência mundial, o Brasil democrático passa a ratificar uma sequência de tratados internacionais de direitos humanos, que, a partir do compromisso firmado, deixam de ser apenas inspiração para integrar o ordenamento jurídico pátrio, bem como representar obrigação internacional assumida pelo Estado brasileiro. A título de exemplo, no ano de 1992, foram ratificados três tratados de extrema relevância, quais sejam: a) Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (Decreto nº 591/92); b) Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU (Decreto 592/92); c) Convenção Americana de Direitos Humanos da OEA (Decreto nº 678/92).

Ocorre que a internalização – ou incorporação – de tratados internacionais suscitou uma série de questionamentos e críticas com relação ao *status* normativo destes tratados quando se tornam direito interno. Isso porque, o Supremo Tribunal Federal manteve, por longo período, pacífica jurisprudência no sentido de que todos os tratados internacionais ao serem ratificados pelo Estado brasileiro ingressavam no Direito interno com o *status* de Lei Ordinária Federal<sup>5</sup>. Ocorre que tal entendimento, além de ser incompatível com os ditames do Direito Internacional, inviabiliza o controle de convencionalidade, conforme se demonstrará nas linhas que seguem.

## **2.1. O Art. 5º, §2º, da Constituição da República Federativa do Brasil**

A Constituição de 1988, no parágrafo segundo do artigo 5º, logo após enunciar uma série de direitos fundamentais, dispõe: “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”.

---

<sup>5</sup> Para Flávia Piovesan: Desde 1977 o Supremo Tribunal Federal, com base nesse raciocínio, acolhe o sistema que equipara juridicamente o tratado internacional à lei federal. Com efeito, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004, em 1977, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que os tratados internacionais estão em paridade com a lei federal, apresentando a mesma hierarquia que esta. (PIOVESAN, 2010, p. 61)

Percebe-se que com o dispositivo, o legislador constituinte originário criou a chamada cláusula de abertura<sup>6</sup>, evidenciando que o rol de direitos fundamentais previstos na Constituição é exemplificativo<sup>7</sup>, haja vista que outros direitos poderão ser incorporados<sup>8</sup> ao ordenamento jurídico brasileiro através de tratados internacionais – notadamente de direitos humanos – que o Estado brasileiro vier a ratificar.

Diante deste contexto, muitos autores, a exemplo de Antônio Augusto Cançado Trindade, André de Carvalho Ramos (2014, p. 399), Flávia Piovesan (2010, p.52-59), Valério Mazzuoli (2010, p. 196), já defendiam a tese de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro são materialmente constitucionais, pois o conteúdo do tratado é de inegável natureza constitucional.

Assim, seria uma incongruência lógica e jurídica que tratados que protegem valores constitucionais ingressem no ordenamento jurídico brasileiro com o *status* normativo de “Lei Ordinária Federal”, ou seja, norma infraconstitucional. Cabe o questionamento: Como um tratado que protege o direito à vida pode estar hierarquicamente abaixo da Constituição? Os doutrinadores supracitados compõem a corrente doutrinária que sempre reconheceu *status* constitucional a todos os tratados internacionais de direitos humanos em virtude da matéria veiculada em tais tratados<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Importante a lição do Ministro Luiz Edson Fachin, em seu voto-vogal no julgamento do *Habeas Corpus* 141.949/DF: “A leitura conjunta de ambos os diplomas normativos é indispensável para que se leve a sério o disposto no art. 5º, §2º, da CRFB, também conhecido por “cláusula de abertura”. Não deve o intérprete partir do pressuposto de que há eventual incompatibilidade entre a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica, como se, por meio de uma simples referência à hierarquia normativa, a *ratio decidendi* das decisões dos órgãos de direitos humanos pudesse simplesmente ser olvidada.

É desnecessário, pois, falar-se em controle de convencionalidade no direito brasileiro, porquanto a cláusula constitucional de abertura, art. 5º, §2º, da CRFB, incorpora no bloco de constitucionalidade os tratados de direitos humanos de que faz parte a República Federativa do Brasil.

<sup>7</sup> O processo de alargamento do rol dos direitos humanos explicita a sua não tipicidade e evidencia uma herança do jusnaturalismo, na medida em que se protege um direito pelo seu *conteúdo* e não por constar em um rol de um instrumento constitucional ou internacional. Esse conteúdo consagra uma intenção de proteger um princípio maior que é a dignidade da pessoa humana, de um ponto de vista ético-valorativo. Com isso, verifica-se a existência de uma *cláusula aberta* ou mesmo de um *princípio de não tipicidade* dos direitos humanos. (RAMOS, 2013, p. 212).

<sup>8</sup> Ora, ao prescrever que “direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais”, a *contrario sensu*, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos. (PIOVESAN, 2010, p. 52).

<sup>9</sup> O *telos* dos tratados internacionais de direitos humanos também é, em tudo, diverso dos chamados tratados comuns, uma vez que não visam a salvaguarda dos direitos *dos Estados* em suas relações recíprocas, mas a proteção dos direitos *das pessoas* pertencentes aos seus Estados-partes. As obrigações contidas nos tratados internacionais de direitos humanos extrapolam os limites físicos sobre os quais se assenta a soberania estatal, para ir além das fronteiras estatais e atingir toda a sociedade internacional de maneira *erga omnes*, aproximando-se daquilo que Kant já desenvolvera no seu *Projeto de Paz Perpétua*: a violação de um direito em qualquer lugar e a qualquer pessoa se faz sentir em todos os lugares e a todas as pessoas. (MAZZUOLI, 2010, p. 31)

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, mesmo com contundentes críticas, manteve firme o posicionamento no sentido de que tratados internacionais – independente da matéria versada, incluindo os de direitos humanos – ingressavam no ordenamento jurídico brasileiro com status de Lei Ordinária Federal (RAMOS, 2013, p. 260).

Aliás, observa-se na jurisprudência da Corte Constitucional brasileira que este entendimento perdurou<sup>10</sup> desde o julgamento do Recurso Extraordinário 80.004, de 1977, até a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal que ocorreu no julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários (RE 349.703) e (RE 466.343) e *Habeas Corpus* (HC 87.585) em dezembro de 2008, conforme se verá no próximo tópico.

Esse entendimento foi amplamente criticado pelos defensores do direito internacional dos direitos humanos<sup>11</sup>. Isso porque, ao ratificar um tratado, o Estado assume um compromisso internacional que deve ser regido pelos princípios da boa-fé e do *pacta sunt servanda*. Assim, caso o compromisso internacional permaneça em posição hierarquicamente inferior à Constituição, em eventual antinomia, prevaleceria a norma constitucional, o que é repudiado pela doutrina internacionalista e, também, parcela da doutrina constitucionalista<sup>12</sup>.

Para tentar pacificar o entrave, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional nº 45/2004, que além de outras importantes alterações

---

<sup>10</sup> Nesse sentido, HC 72.131, *DJ* de 1º-8-2003, Rel. para o acórdão Min. Moreira Alves; ADI-MC 1.480, *DJ* de 18-5-2001, Rel. Min. Celso de Mello; HC 75.925-1, *DJ* de 12-12-1997, Rel. Min. Maurício Corrêa; RE 254.544, *DJ* de 26-5-2000, Rel. Min. Celso de Mello; HC 79.785, *DJ* de 22-11-2002, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. (MENDES, BRANCO, 2019, p. 129)

<sup>11</sup> Acredita-se que o entendimento firmado a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004 enseja, de fato, um aspecto crítico, que é a sua indiferença diante das consequências do descumprimento do tratado no plano internacional, na medida em que autoriza o Estado-parte a violar dispositivos da ordem internacional – os quais se comprometeu a cumprir de boa-fé. Essa posição afronta, ademais, o disposto pelo art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que determina não poder o Estado-parte invocar posteriormente disposições de direito interno como justificativa para o não cumprimento de um tratado. Tal dispositivo reitera a importância, na esfera internacional, do princípio da boa-fé, pelo qual cabe ao Estado conferir cumprimento às disposições de tratado, com o qual livremente consentiu. Ora, se o Estado, no livre e pleno exercício de sua soberania, ratifica um tratado, não pode posteriormente obstar seu cumprimento. Além disso, o término de um tratado está submetido à disciplina da denúncia, ato unilateral do Estado pelo qual manifesta seu desejo de deixar de ser parte de um tratado internacional. Assim, na hipótese de inexistência do ato da denúncia, persiste a responsabilidade do Estado na ordem internacional. (PIOVESAN, 2010, p. 62-63)

<sup>12</sup> Assim, a luz dos argumentos sumariamente esgrimidos e de acordo com prevalente orientação doutrinária, verifica-se que a tese da equiparação (por força do disposto no art. 5º, §2º, da CF) entre os direitos humanos localizados em tratados internacionais, uma vez ratificados, e os direitos fundamentais sediados na Constituição formal é a que mais se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional, constituindo, ademais, pressuposto indispensável à construção e consolidação de um autêntico direito constitucional internacional dos direitos humanos, resultado da interpenetração cada vez maior entre os direitos fundamentais constitucionais e os direitos humanos dos instrumentos jurídicos internacionais. Reafirme-se, neste particular, que a abertura propiciada pelo art. 5º, §2º, da CF aponta para a expansividade do catálogo dos direitos fundamentais, sendo no mínimo questionável o fato de se poder cogitar de direitos fundamentais de menor estatura normativa, por não estarem, no plano da hierarquia das normas, ao mesmo nível dos direitos fundamentais positivados no texto constitucional ou mesmo dos direitos implicitamente positivados ou decorrentes do regime e dos princípios da Constituição Federal. (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2019, p. 349)

no texto constitucional, inseriu o §3º no art. 5º da Constituição, para disciplinar, especificamente, o *status* normativo dos tratados internacionais de direitos humanos.

Determina o art. 5º, §3º: “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”. Verifica-se que o legislador constituinte reformador adotou critério objetivo para atribuir *status* jurídico equivalente à emenda constitucional aos tratados de direitos humanos, qual seja: tais tratados devem ser aprovados com o mesmo procedimento e quórum qualificado de aprovação de emendas constitucionais (arts. 60, §2º e 5º, §3º, CF).

Embora louvável a iniciativa de tentar proporcionar segurança jurídica aos jurisdicionados oferecendo solução para o *status* normativo dos tratados internacionais de direitos humanos, a redação do §3º do artigo 5º foi duramente criticada. Tais críticas merecem uma reflexão mais detalhada.

## 2.2. Críticas ao art. 5º, §3º, da Constituição da República Federativa do Brasil

Após a edição da emenda constitucional, grande parte da doutrina apontou a desnecessidade de um dispositivo específico para tratar a matéria, haja vista que o art. 5º, §2º, CRFB, já seria cláusula de abertura suficiente para oportunizar a formação de um “bloco de constitucionalidade<sup>13</sup>”.

André de Carvalho Ramos esclarece que “o bloco de constitucionalidade consiste no reconhecimento, ao lado da Constituição, de outros diplomas normativos de estatura constitucional” (2013, p. 277), fazendo com que os tratados internacionais de Direitos Humanos, em virtude da relevância de seu conteúdo inequivocamente constitucional, sejam consideradas normas materialmente constitucionais, estando na mesma estatura jurídica da Constituição.

Antônio Augusto Cançado Trindade, à época ocupando o cargo de Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao proferir seu Voto Separado no

---

<sup>13</sup> Sobre o *bloco de constitucionalidade* leciona André de Carvalho Ramos: No direito comparado, o marco do reconhecimento da existência do bloco de constitucionalidade foi a decisão n. 71-44 DC, de 16.07.71, do Conselho Constitucional francês, relativa à liberdade de associação, que consagrou o valor constitucional do preâmbulo da Constituição francesa de 1958, que por sua vez, faz remissão ao preâmbulo da Constituição de 1946 e à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Em 2005, houve alteração do preâmbulo da Constituição francesa e foi agregada remissão à Carta do Meio Ambiente (*Charte de l'environnement*), todos agora fazendo parte do bloco de constitucionalidade.

No Supremo Tribunal Federal em 2002, Celso de Mello constatou a existência do debate sobre o bloco de constitucionalidade, que amplia o parâmetro do controle de constitucionalidade, devendo abarcar os dispositivos do bloco como paradigma de confronto das leis e atos normativos infraconstitucionais.

No texto constitucional, o art. 5º, §2º, permite, ao dispor sobre os “direitos decorrentes” do regime, princípios e tratados de direitos humanos, o reconhecimento de um bloco de constitucionalidade amplo, que alberga os direitos previstos nos tratados internacionais de direitos humanos.

Contudo, até a edição da EC n. 45/2004, o estatuto desses tratados, na visão do STF, era equivalente à mera lei ordinária, como visto acima. (RAMOS, 2013, p. 277)

*Caso Damião Ximenes Lopes vs. Brasil*, proferiu uma das mais contundentes críticas a redação do art. 5º, §3º, ao considera-lo “mal concebido, mal redigido e mal formulado, representa um lamentável retrocesso em relação ao modelo aberto consagrado pelo parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988” (2006, p. 10).

Nota-se no voto uma intensa crítica ao fato de que muitos juristas “só conseguem vislumbrar o sistema jurídico internacional através da ótica da Constituição nacional”, o que representa mais que um atraso, mas, verdadeiro “retrocesso provinciano” (TRINDADE, 2006, p. 10).

Ademais, em que pese a intenção do constituinte reformador de solucionar o empasse jurídico, ao invés de resolver a questão, o legislador constituinte reformador criou ao menos mais dois problemas, veja-se: (a) Qual *status* normativo dos tratados de direitos humanos que foram ratificados antes de 2004? (b) E se um tratado de direitos humanos for ratificado após o ano de 2004, mas for aprovado por maioria simples, ao invés do quórum qualificado?

Esta conjuntura foi levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários (RE 349.703) e (RE 466.343) e *Habeas Corpus* (HC 87.585), em dezembro de 2008. O objeto do questionamento era a possibilidade jurídica de prisão civil do depositário infiel.

Embora exista permissão constitucional para a prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LXVII, CRFB), ao menos dois tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil proíbem esta modalidade de prisão: (a) A Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto nº 678/92), em seu art. 7º, §7º dispõe que: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. (b) O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Decreto nº 592/92) determina em seu art. 11: “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”.

Constata-se, assim, que existe verdadeiro conflito entre a norma constitucional (que admite a prisão) e as normas internacionais (que a proíbem). Nesse contexto, considerando que ambos os tratados foram ratificados em 1992, portanto, antes da promulgação da EC 45/2004, subsistia a dúvida sobre o *status* normativo de tais tratados, uma vez que não foram aprovados pelo quórum qualificado do art. 5º, §3º, CRFB, vez que à época (1992), tal dispositivo sequer existia no texto constitucional.

O caso da possibilidade ou impossibilidade jurídica da prisão civil do depositário infiel, portanto, se apresentou como um exemplo de colisão entre a norma constitucional originária (Art. 5º, LXVII, CRFB) e normas internacionais incorporadas ao Direito brasileiro pelo processo de ratificação de tratados internacionais. Assim, no caso concreto deveria prevalecer a Constituição da República ou os tratados internacionais de direitos humanos?

No julgamento debateu-se quatro teses jurídicas sobre o *status* normativo que deveria ser conferido aos tratados de direitos humanos anteriores à EC. 45/2004: (a) natureza supraconstitucional; (b) caráter constitucional; (c) *status* de lei ordinária federal; (d) caráter supralegal.

Ao final, o voto condutor da tese vencedora foi de autoria do Ministro Gilmar Mendes – que buscou raciocínio desenvolvido pelo Ministro Sepúlveda Pertence em sessão de 29 de março de 2000, no julgamento do RHC nº 79.785/RJ – no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro, mas que não tenham sido aprovados com o quórum qualificado (art. 5º, §3º, CRFB), terão *status* normativo de normas supralegais. Isso implica situar tais tratados hierarquicamente acima das leis infraconstitucionais, porém, abaixo da Constituição da República.

Assim, pelo entendimento firmado pelo STF, embora não sejam parâmetro de validade para a Constituição, os tratados internacionais entendidos como normas supralegais têm o condão de revogar a legislação infraconstitucional que esteja em contrariedade com os seus dispositivos. Em síntese: normas supralegais podem revogar normas infraconstitucionais, mas não poderão revogar normas constitucionais.

Depreende-se da análise do supracitado acórdão que a suprema corte brasileira teve a oportunidade de definir o *status* jurídico dos tratados internacionais anteriores à EC nº 45/2004 – ou posteriores, mas aprovados sem a observância do procedimento e quórum qualificado – e, ao fazê-lo, decidiu que apenas os tratados de direitos humanos aprovados nos termos do art. 5º, §3º, CRFB serão equivalentes a emendas constitucionais. Todos os demais tratados de direitos humanos são considerados supralegais.

O entendimento causa indesejável tratamento diferenciado para tratados internacionais da mesma matéria, haja vista que teremos tratados de direitos humanos com *status* normativos diferentes: (a) equivalentes a emendas constitucionais (art. 5º, §3º, CRFB); ou (b) supralegais. Diante disso, é de se indagar: (a) Como justificar que tratados internacionais sobre a mesma matéria recebam *status* normativo diferentes? (b) Um tratado de direitos humanos pode ser considerado inconstitucional e, por consequência, inválido, se conflitar com a Constituição?

Registre-se, ainda, que o art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (Decreto nº 7.030/2009) determina que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Percebe-se, assim, que o entendimento firmado pelo STF está em desacordo com o Direito Internacional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o que compromete, significativamente, o controle de convencionalidade no Brasil.

Conclui-se, assim, que um dos desafios para o controle de convencionalidade no Brasil é a revisão do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, para se admitir que todos os tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro sejam considerados materialmente constitucionais.

### 3. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

O controle de convencionalidade<sup>14</sup> consiste no exercício de verificação da compatibilidade entre o Direito interno de um Estado (e atos jurídicos comissivos ou omissos de seus agentes) e um determinado tratado internacional ratificado por aquele país. Assim, se no controle de constitucionalidade o parâmetro de validade do sistema é a Constituição, no controle de convencionalidade é o tratado internacional que passa a ser a norma paradigma. Significa dizer que se algum dispositivo legal ou constitucional contrariar o tratado internacional, deverá ser declarado inconvencional e, por consequência, não terá aplicação e efeitos jurídicos.

Importante ponderar que o controle de convencionalidade pode ser feito por: (a) Tribunais Internacionais; ou (b) Poder Judiciário nacional<sup>15</sup>. Embora se espere que os juízes e tribunais do Estado que ratificou o tratado exerçam, efetivamente, este controle, adotamos a corrente doutrinária que reconhece como autêntico o controle de convencionalidade realizado pelos tribunais internacionais (RAMOS, 2013, p. 281). Isso porque o controle de convencionalidade exercido pelo Poder Judiciário interno não vincula os tribunais internacionais, mas, o controle realizado pelos tribunais internacionais vincula todos os Estados que estejam sob sua jurisdição.

Contudo, o controle de convencionalidade não deve ser objeto de análise apenas dos juízes e tribunais nacionais. Isso porque, quando um país, enquanto sujeito de direito internacional, ratifica um tratado, esse compromisso vincula todo o Estado e suas instituições públicas e agentes públicos. Por consequência,

---

<sup>14</sup> O controle de convencionalidade consiste na análise da compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organizações internacionais). Há duas subcategorias: (i) o controle de convencionalidade de matriz internacional, também denominado controle de convencionalidade autêntico ou definitivo; e o (ii) controle de convencionalidade de matriz nacional, também denominado provisório ou preliminar. (RAMOS, 2013, p. 280)

<sup>15</sup> Nesse sentido, entende-se que o controle de convencionalidade (ou de suprallegalidade) deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional relativamente aos tratados aos quais o país se encontra vinculado. Trata-se de adaptar ou conformar os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para estes deveres no plano internacional com reflexos práticos no plano do seu direito interno. Doravante, não somente os tribunais internacionais (ou supranacionais) devem realizar esse tipo de controle, mas também os tribunais internos. O fato de serem os tratados internacionais (notadamente os de direitos humanos) imediatamente aplicáveis no âmbito do direito doméstico, garante a legitimidade dos controles de convencionalidade e de suprallegalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público. (MAZZUOLI, 2013, p. 208-209)

ressalte-se que os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo não poderão agir em dissonância ao compromisso internacional firmado.

Evidente que o controle de convencionalidade encontra certa resistência por exigir uma releitura de certos conceitos do Direito Constitucional e Teoria do Estado, a exemplo da supremacia da Constituição e também da própria soberania<sup>16</sup>. Contudo, a partir do momento que o Estado, por livre e espontânea vontade, decide firmar um compromisso internacional, não se pode usar conceitos clássicos para justificar o descumprimento do compromisso assumido<sup>17</sup>.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, tribunal internacional criado pela Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), tem colaborado, em suas funções consultiva<sup>18</sup> e contenciosa<sup>19</sup>, com a construção do instituto do controle de convencionalidade.

O primeiro caso em que a Corte Interamericana abordou, expressamente, a teoria do controle de convencionalidade é o *Caso Almonacid Arrelano y outros vs. Chile* (sentença de 26 de setembro de 2006). Neste histórico precedente entendeu o Tribunal de Direitos Humanos que “quando o Legislativo falha em sua tarefa de suprimir ou não adotar leis contrárias a Convenção Americana,

---

<sup>16</sup> O reconhecimento de que os seres humanos têm direitos sob o plano internacional implica a noção de que a negação desses mesmos direitos impõe, como resposta, a responsabilização internacional do Estado violador. Isto é, emerge a necessidade de delinear limites à noção tradicional de soberania estatal, introduzindo formas de responsabilização do Estado na arena internacional, quando as instituições nacionais se mostram omissas ou falhas na tarefa de proteger os direitos humanos internacionalmente consagrados. (PIOVESAN, 2010, p. 08)

<sup>17</sup> Em relação à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cite-se o *Caso Cesti Hurtado* (Comissão vs. Peru). O Estado réu (Peru) alegou que o processo movido pela Comissão “*desestabilizaria instituições constitucionalmente vigentes como o foro privativo militar e o foro comum*”, o que se chocaria com a *Carta da OEA*. Aduziu ainda o Estado que um organismo integrado por pessoas estranhas à sociedade peruana não poderia questionar o *ordenamento jurídico interno*, reestruturado a partir de 1992. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, laconicamente, limitou-se a afirmar que tais argumentos não eram compatíveis com as obrigações internacionais contraídas pelo Peru, mostrando que as normas internas são fatos, que se ofensivos às obrigações internacionais, ensejam pronta reparação dos danos causados. (RAMOS, 2009, p. 254)

<sup>18</sup> A Corte também poderá emitir pareceres e recomendações aos Estados-membros da Organização sobre a interpretação de dispositivos da Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos Direitos Humanos nos Estados Americanos e sobre a compatibilidade entre qualquer das suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais. (MENEZES, 2013, p. 191)

<sup>19</sup> É importante desde já esclarecer que, no Continente Americano, a obrigação de controlar a convencionalidade das leis remonta à entrada em vigor da Convenção Americana (em 18 de julho de 1978, nos termos do seu art. 74, 2). Assim, deve-se atentar que desde sempre (ou seja, desde o início de suas atividades) a Corte Interamericana tem controlado a convencionalidade das leis dos Estados-parte À Convenção Americana, pois esta é exatamente a função de um tribunal internacional de direitos humanos. Ocorre que mais de vinte anos depois é que veio o termo “controle de convencionalidade” efetivamente “aparecer” no âmbito da Corte Interamericana. Ademais, foi tão somente a partir de 2006 que a Corte Interamericana passou a entender ser obrigação dos juízes e tribunais internos proceder ao exame da compatibilidade das leis domésticas com a Convenção Americana, levando em conta não somente a Convenção, mas também a interpretação que dela faz a Corte Interamericana, intérprete última e mais autorizada do Pacto de San José. Assim, a partir desse momento (2006) a Corte Interamericana transportou a obrigatoriedade de controle de convencionalidade dessas mesmas leis, de forma prioritária, para o Poder Judiciário dos Estados-partes (o que não havia feito expressamente até então). (MAZZUOLI, 2013, p. 94-95)

o Judiciário permanece vinculado ao dever estabelecido no art. 1.1, e consequentemente deve abster-se de aplicar qualquer normativa contrária a Convenção”.

O *Caso Almonacid Arrelano y outros vs. Chile* é emblemático por fixar as primeiras bases teóricas acerca do controle de convencionalidade:

A Corte tem consciência que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar os dispositivos vigentes no ordenamento jurídico. Mas, quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão vinculados a ela, que os obriga a velar pelos efeitos das disposições da Convenção, que não se inibem pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e finalidade e que desde o início carecem de efeitos jurídicos.

Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas que aplicam em seus casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação do mesmo feita pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção. (2006)

A jurisprudência<sup>20</sup> da Corte Interamericana foi gradativamente firmando parâmetros teóricos sobre o controle de convencionalidade. No *Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso vs. Perú* o tribunal reforçou o entendimento de que os juízes e tribunais devem realizar o controle de convencionalidade de ofício, ou seja, independente de provocação das partes envolvidas no processo judicial.

No *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, o tribunal interamericano reconheceu que decretos-leis peruanos que tipificavam crimes como “traição da pátria” e “terrorismo” eram incompatíveis com a Convenção Americana e, por consequência, determinou a reforma legislativa com a consequente revogação de tais leis.

Outro precedente importante na jurisprudência da Corte Interamericana é o *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Neste caso, tratou-se de um massacre com homicídios praticados por policiais peruanos que não foram penalizados em virtude de uma lei de anistia editada naquele país. O tribunal determinou a revogação da lei de anistia ou que o Poder Judiciário peruano tornasse tais leis sem efeito.

Indubitavelmente, deve-se dar ênfase ao paradigmático precedente firmado pela Corte Interamericana no julgamento do *Caso “La última tentación de Cristo” vs. Chile*. Isso porque, o tribunal determinou a modificação da própria constituição<sup>21</sup> chilena para reformar o texto constitucional no sentido de excluir

---

<sup>20</sup> Importante observar que quando a Corte Interamericana decide um caso concreto existe uma preocupação de firmar parâmetros objetivos que devem ser seguidos por todos os países que estejam sob sua jurisdição. Nesse sentido Raquel da Cruz Lima Assim: estudar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos é olhar para um conjunto de sentenças inscritas em uma história de proteção dos direitos humanos que não enxerga cada violação como um problema pontual. Ao invés disso, as violações são encaradas como sintomas de falhas estruturais que, nesta condição, devem ser tratadas. (LIMA, 2018, p. 23)

<sup>21</sup> Samuel Sales Fonteles leciona que: “Diferentemente, no controle de convencionalidade de matriz internacional, a norma paramétrica pode ser considerada até mesmo superior à própria Constituição Federal.

dispositivos que tratavam sobre a possibilidade de censura prévia (instituto proibido pelo art. 13, CADH). Observa-se que no conflito entre o texto constitucional do Chile e a Convenção Americana de Direitos Humanos, prevaleceu o tratado internacional.

Observa-se, assim, que a Corte Interamericana sinaliza aos países signatários da CADH como o controle de convencionalidade deve ser realizado e seus precedentes constituem verdadeira fonte do Direito e devem ser invocados na jurisdição doméstica dos Estados.

#### **4. DESAFIOS DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO**

A análise da recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal demonstra um posicionamento conservador no sentido de preservar a autoridade máxima da Suprema Corte brasileira, mantendo a supremacia da Constituição mesmo diante de compromissos internacionais firmados pelo Estado brasileiro.

Tanto é assim que, embora o STF tenha acatado a orientação internacional de proibir a prisão civil por dívida contratual, como justificar que um tratado infraconstitucional (CADH) tenha conseguido bloquear a Constituição, que autoriza a prisão civil do depositário infiel? A súmula vinculante nº 25 proíbe uma modalidade de prisão que a Constituição autoriza? A prisão civil do depositário infiel seria um exemplo de um instituto inconveniente, embora constitucional? Pode algo ser ilícito, mas constitucional? Tais questionamentos bem demonstram ser nítida a incongruência do entendimento adotado pela suprema corte brasileira.

Conforme se destacou, deveríamos aprender com países como o Chile que aceitou, inclusive, modificar o texto constitucional para se adequar à Convenção Americana e à jurisprudência da Corte Interamericana, em estrita consonância com o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Assim, neste tópico analisar-se-á alguns desafios que persistem no Direito Brasileiro contemporâneo e algumas perspectivas que se espera que se tornem a regra na interpretação e aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

##### **4.1. Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79) – ADPF 153 x *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil***

---

Isso porque o controle realizado pelas Cortes Internacionais é permeado pela ideia de poder constituinte supranacional, cuja autoridade subjugava até mesmo o poder constituinte originário das cartas nacionais. Com isso, em tese, até mesmo a redação das constituições nacionais poderia ser ajustada para observar os pactos de direitos humanos. (2019, p. 308)

O Supremo Tribunal Federal julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 153, que teve por objeto a análise constitucional se a Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79) foi recepcionada ou não pela Constituição de 1988. O STF julgou a Lei de Anistia como constitucional em 29 de abril de 2010.

Praticamente sete meses depois, em 24 de novembro de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Estado brasileiro no *Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, em que o tribunal interamericano firmou o entendimento de que a mesma Lei de Anistia brasileira (Lei nº 6.683/79) carece de efeitos jurídicos – entendimento firmado em outros precedentes do Tribunal Internacional sobre a mesma matéria.

Ocorre que, após a decisão internacional, até o presente momento (agosto de 2020) o STF mantém inalterado o entendimento firmado sobre a Lei de Anistia, praticamente ignorando a posição da Corte Interamericana. A propósito, o PSOL (Partido Socialismo e Liberdade) ajuizou a ADPF 320/DF, em maio de 2014, em que requer que o STF reconheça a autoridade da sentença internacional da Corte Interamericana proferida contra o Estado brasileiro e, por consequência, declare a inconvenção da referida Lei de Anistia.

#### **4.2. Crime de desacato**

O crime de desacato é tipificado no art. 331 do Código Penal brasileiro e art. 299 do Código Penal Militar. Contudo, existe corrente doutrinária e jurisprudencial que tem defendido que o mencionado crime é incompatível com o art. 13 (*Direito a Liberdade de Pensamento e de Expressão*) da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Assim, o debate tem alcançado os tribunais superiores no Brasil e no julgamento do Recurso Especial nº 1.640.084/SP (julgado em dezembro de 2016), a 5ª Turma do STJ, por unanimidade, reconheceu que deve prevalecer a Convenção Americana sobre o Código Penal, haja vista o *status* normativo supralegal do referido tratado. Depreende-se do voto do Ministro Ribeiro Dantas que o STJ realizou o controle de convenção que resultou no provimento do recurso especial para “afastar a condenação do recorrente pelo delito de desacato”. Isso porque, o crime de desacato estaria anacrônico ao ressaltar “a preponderância do Estado – personificado em seus agentes – sobre o indivíduo”. Também ponderou que a descriminalização do desacato em nada impede a responsabilização dos indivíduos por outros tipos penais, a exemplo da calúnia, injúria, difamação, além de eventual responsabilização civil e administrativa.

Contudo, poucos meses depois (maio de 2017), a 3ª Turma do STJ, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 379.269, Relator Ministro Reynaldo Soares da

Fonseca decidiu manter o crime de desacato como tipo penal existente, válido e, por consequência, apto a incriminar a conduta descrita na norma. Ademias, examinando-se o voto do Ministro Rogério Schietti Cruz observa-se que se ignorou o precedente firmado no julgamento do RESP 1.640.084/SP, uma vez que reconhece o próprio ministro que “eu não iria tão longe para afirmar que o crime de desacato não mais integra o ordenamento jurídico brasileiro”.

Essa divergência jurisprudencial – haja vista que em menos de seis meses o superior tribunal mudou de posicionamento – alcançou o Supremo Tribunal Federal e, em 2018, o STF também enfrentou a matéria e decidiu manter o crime de desacato como ilícito penal no julgamento do *Habeas Corpus* 141.949/DF. Dos cinco ministros que votaram, o único a divergir foi o Ministro Luiz Edson Fachin, que destacou que tanto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, quanto a Corte Interamericana, repudiam a tipificação penal do crime de desacato – exceto em algumas circunstâncias extremas – veja-se:

No Informe sobre *la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (OEA/serL/V/II.88, Doc. 9 ver (1995), a Comissão Interamericana assentou que “a penalização de qualquer tipo de expressão só pode aplicar-se em circunstâncias excepcionais nas quais exista uma ameaça evidente e direta de violência anárquica” e que, por isso, “a proteção especial que as leis de desacato dão aos funcionários públicos contra uma linguagem insultante ou ofensiva é incongruente com o objetivo de uma sociedade democrática de fomentar o debate público”. A Corte Interamericana, no caso *Palamara Iribarne v. Chile* (sentença de 22 de novembro de 2005) afirmou que a “legislação sobre desacato aplicada ao senhor Palamara Iribarne estabelecia sanções desproporcionais por realizar críticas sobre o funcionamento das instituições estatais de seus membros, suprimindo o debate essencial para o funcionamento das instituições estatais” (par. 88). (STF, 2018, *Habeas Corpus* 141.949/DF, online)

Em que pese o do Ministro Luiz Edson Fachin, sua tese constitui voto vencido, e a 2ª Turma do STF firmou o entendimento de que o crime de desacato é compatível com o Estado Democrático de Direito brasileiro.

A matéria voltou a apreciação do STF em junho de 2020, agora no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, no julgamento da ADPF nº 496, ajuizada pela OAB – Ordem dos Advogados do Brasil. Nota-se que foi levado ao plenário do supremo tribunal o mesmo argumento de que “o tipo penal violaria o art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos”, requerendo-se a realização do controle concentrado de convencionalidade – além do controle concentrado de constitucionalidade.

Em 22 de junho de 2020, a corte constitucional, em sessão virtual, por maioria, julgou improcedente a ADPF firmando a seguinte tese: “Foi recepcionada pela Constituição de 1988 a norma do art. 331 do Código Penal, que tipifica o crime de

desacato”. Restaram vencidos os votos dos ministros Rosa Weber e Luiz Edson Fachin, que defendiam a inconvenção do referido crime de desacato.

### 4.3. Duplo grau de jurisdição em matéria penal

A Convenção Americana de Direitos Humanos assegura em seu art. 8º, item 2, alínea “h”, o direito de toda pessoa que está respondendo a um processo criminal ter acesso ao duplo grau de jurisdição:

Art. 8. Garantias judiciais

(...)

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

(...)

h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

Entretanto, ao analisar a competência originária do Supremo Tribunal Federal (Art. 102, I, “c”, CRFB), verifica-se que autoridades que possuem foro por prerrogativa de função são julgadas no Brasil em instância única. A Ação Penal nº 470/MG – popularmente conhecida como Caso do Mensalão – bem demonstra a ausência do duplo grau de jurisdição para os réus deste processo, que foram julgados, unicamente, pelo STF.

O voto do Ministro Celso de Mello admitindo o recurso de embargos infringentes na Ação Penal 470/MG reconhece que a Constituição Federal brasileira está em desacordo com a Convenção Americana de Direitos Humanos, uma vez que autoridades com foro por prerrogativa de função não têm acesso ao direito ao duplo grau de jurisdição:

Esse direito ao duplo grau de jurisdição, consoante adverte a Corte Interamericana de Direitos Humanos, é também invocável mesmo nas hipóteses de condenações penais em decorrência de prerrogativa de foro, decretadas, em sede originária, por Cortes Supremas de Justiça estruturadas no âmbito dos Estados integrantes do sistema interamericano que hajam formalmente reconhecido como obrigatória, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação do Pacto de São José da Costa Rica.

Nota-se que há evidente conflito entre a Constituição brasileira e a Convenção Americana, sendo que o julgamento de processos criminais em instância única para autoridades que ostentem foro por prerrogativa de função contraria frontalmente o direito ao duplo grau de jurisdição em matéria penal que não comporta exceções na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Aliás, é emblemático o julgamento do *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela* em que a Corte Interamericana firmou entendimento de que tal direito vale, inclusive, para réus que sejam julgados por tribunais supremos.

A questão é tormentosa uma vez que o STF já decidiu que, embora não seja garantia constitucional, o duplo grau de jurisdição integra o ordenamento jurídico brasileiro, em virtude da ratificação da Convenção Americana. Aliás, reconhece o STF que a CADH tem o condão de modificar as regras do CPP, legislação ordinária que está hierarquicamente abaixo da norma suprallegal, veja-se:

Direitos fundamentais. Duplo grau de jurisdição. Convenção Interamericana de Direitos Humanos. O acesso à instância recursal superior consubstancia direito que se encontra incorporado ao sistema pátrio de direitos e garantias fundamentais. *Ainda que não se empreste dignidade constitucional ao duplo grau de jurisdição, trata-se de garantia prevista na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, cuja ratificação pelo Brasil deu-se em 1992, data posterior à promulgação CPP. A incorporação posterior ao ordenamento brasileiro de regra prevista em tratado internacional tem o condão de modificar a legislação ordinária que lhe é anterior.* (STF, HC 88.420-PR, 1ª T., j. 17.04.2007)

Pondere-se que antes de ratificar o tratado internacional, o país tem a possibilidade de fazer reserva<sup>22</sup>, caso não queira cumprir algum dispositivo do tratado. No mesmo raciocínio, o artigo 2<sup>23</sup> da Convenção Americana determina ao Estado signatário o Dever de adotar disposições de direito interno para assegurar o cumprimento da Convenção Americana.

Nesta conjuntura, o que não se pode admitir é o comportamento contraditório do Estado de não fazer nenhuma reserva ao tratado, firmar o compromisso de adequar o seu direito interno aos dispositivos da Convenção, e, mesmo assim, a descumprir. Isso traduz um desprestígio perante a comunidade internacional e demonstra a falta de maturidade institucional ao descumprir compromissos internacionais firmados espontaneamente, resultando no descrédito político e desconfiança no Estado signatário.

## **5. PERSPECTIVAS PARA O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO**

Embora os exemplos supracitados demonstrem uma certa resistência em realizar o controle de convencionalidade, temos exemplos de julgamentos com a aplicação correta do instituto – incluindo STJ e STF.

Deve-se ponderar que na prática forense a invocação de tratados internacionais não ocorria com tanta frequência e era mais comum encontrar na

---

<sup>22</sup> O instituto do direito internacional da “reserva” está disciplinado no art. 2º, 1., letra “d”, na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados: “reserva” significa uma declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado;

<sup>23</sup> Artigo 2. CADH: Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

fundamentação dos votos dos ministros do STF a citação ao direito comparado e sentenças estrangeiras, como da Suprema Corte dos EUA ou do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Gradativamente foram surgindo citações da Corte Europeia de Direitos Humanos e, como a partir de 1998 o Brasil reconheceu, expressamente (Decreto Legislativo nº 89/98 e Decreto nº 4.463/2002), a competência obrigatória da Corte Interamericana, precedentes do tribunal internacional passaram a influenciar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Necessário pontuar que o conceito e as bases teóricas sobre o instituto do controle de convencionalidade estão bem assimilados pelos julgadores nacionais. Nesse sentido, cite-se, a título de exemplo, fragmento do voto do Ministro Teori Zavascki no julgamento da ADI 5.240:

Senhor Presidente, a questão da natureza do Pacto de São José da Costa Rica surge, na verdade, porque a convenção trata de direitos humanos. Se tratasse de outros temas, penso que não haveria dúvida a respeito da sua natureza equivalente à lei ordinária, e há afirmação do Supremo Tribunal Federal (STF), desde muito tempo, nesse sentido. A questão surgiu com a Emenda 45, que veio a conferir certas características especiais às convenções sobre direitos humanos. Essa convenção foi anterior à Emenda 45, por isso que se gerou debate. Mas, mesmo que seja considerada, como reza a jurisprudência do Supremo, uma norma de hierarquia supralegal (e não constitucional), penso que o controle – que se poderia encartar no sistema de controle da convencionalidade – deve ser exercido para aferir a compatibilidade da relação entre uma norma supralegal e uma norma legal. E o exercício desse controle só pode ser da competência do STF. De modo que não vejo nenhuma dificuldade em exercer esse controle de convencionalidade no caso concreto. [STF. ADI 5.240, rel. min. Luiz Fux, voto do min. Teori Zavascki, P, j. 20-8-2015, DJE de 1º-2-2016.]

No mesmo sentido, irretocável o desenvolvimento do conceito de controle de convencionalidade feito pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 379.269/MS:

(...) o controle de convencionalidade obriga todo e qualquer magistrado ou órgão que integra o respectivo Poder Judiciário a seguir, além das normas dos tratados internacionais, notadamente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a jurisprudência da Corte que os interpreta e, acima de tudo, as decisões da Corte Interamericana relativas aos processos dos quais o Estado faça parte. Em recente julgado (Cabrera García y Montiel Flores vs. México, sentença de 26 de novembro de 2020) – ali salientei -, assentou a Corte que, para exercer tal controle de convencionalidade, “os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça devem ter em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que lhe tenha dado a Corte Interamericana, intérprete último da Convenção Americana” (No mesmo sentido: Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam; Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana)

Como no tópico anterior apresentamos três desafios que persistem na Jurisdição Constitucional brasileira, citemos agora três perspectivas em que o Poder Judiciário nacional aplicou corretamente o controle de convencionalidade.

### **5.1. Caso João Batista Franco Drumond**

Interessante julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP) bem demonstra a correta aplicação do controle difuso de convencionalidade. No processo judicial nº 0059583-24.2011.8.26.0100, que tramitou pela 2ª Vara de Registros Públicos da Comarca de São Paulo, Capital, o juiz Guilherme Madeira Dezem proferiu sentença de procedência, deferindo o pedido formulado na ação de retificação ou suprimento ou restauração de registro civil. A ação foi ajuizada pela Srª Maria Ester Cristelli Drumond, viúva do Sr. João Batista Franco Drumond, em que a obteve decisão judicial para:

“determinar a retificação da certidão de óbito de fls. 21 para que onde se lê ‘falecido no dia 16 de dezembro de 1976 na Av. 9 de julho c/R: Paim’ conste ‘falecido no dia 16 de dezembro de 1976 nas dependências do DOI/CODI II Exército, em São Paulo’ e onde se lê causa da morte ‘traumatismo craniano encefálico’ leia-se ‘decorrente de torturas físicas’”.

A sentença que foi integralmente confirmada pelo TJ/SP invocou como precedente o *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, aplicando, assim, a interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, uma vez que a referida sentença “determina que o Brasil efetive medidas para o reconhecimento do Direito à Memória e à Verdade”.

### **5.2. Direito a retificação de prenome e sexo para pessoas transexuais sem a necessidade de cirurgia: A ADI 4275/DF, STF e a Opinião Consultiva 24/17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4275/DF foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República questionando o art. 58 da Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos). A ADI defendia o direito dos transexuais à mudança de prenome e sexo no registro civil, independente de realização de cirurgia de transgenitalização.

Depreende-se da leitura do acórdão que o STF “julgu procedente a ação para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil”.

Interessante notar que o STF fundamentou a decisão no entendimento firmado pela Corte Interamericana na Opinião Consultiva nº 24/17 que trata sobre identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo. Merece destaque fragmento do voto da Ministra Rosa Weber ao reforçar a importância do controle de convencionalidade:

11. Nessa perspectiva de análise do problema jurídico no direito comparado e internacional público, imprescindível identificar e demonstrar a interpretação jurídica firmada pela Corte Interamericana de Direitos humanos, uma vez que o Brasil se submete à jurisdição desta Corte Regional, devendo sempre observar (e exercer) o controle jurisdicional de convencionalidade.

A interpretação desenvolvida no presente caso é digna de aplausos por estar em perfeita consonância com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, realizando o controle de convencionalidade tendo por base tanto a CADH, quanto a jurisprudência e as opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, inclusive, foi citada na *ratio decidendi* do acórdão.

### **5.3. Audiência de custódia como direito público subjetivo reconhecido pela Convenção Americana de Direitos Humanos – Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**

A Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF reconheceu que tratados internacionais ratificados pelo Estado Brasileiro, notadamente o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ONU) e Convenção Americana de Direitos Humanos (OEA), por serem normas supralegais tem o condão de modificar o Código de Processo Penal brasileiro. Por essa ótica, introduziu-se em nosso ordenamento jurídico o instituto da audiência de custódia no processo penal.

Depreende-se do voto do Ministro Marco Aurélio que o STF aplicou os artigos 9.3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos exigindo a adequação do Código de Processo Penal aos referidos tratados internacionais:

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

O entendimento firmado no julgamento da ADPF 347 MC/DF de 09/09/2015 foi reiterado pelo julgamento da Medida Cautelar no *Habeas Corpus*

nº 186.421/SC, decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello em 17 de julho de 2020.

O caso concreto se refere a conversão, de ofício, de prisão em flagrante em prisão preventiva do paciente Tiago dos Santos, sem a realização da audiência de custódia – decisão prolatada pelo Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Joinville/SC. Provocou-se o Supremo Tribunal Federal após o indeferimento liminar do HC 582.501/SC (STJ). Contra esta decisão do Presidente do STJ o Ministro Celso de Mello, do STF, deferiu a Medida Cautelar em Habeas Corpus nº 186.421 ora analisada.

Embora a decisão do Ministro Celso de Mello esteja revestida de vários fundamentos – a exemplo da reforma legislativa provocada pela Lei 13.964/2019 (Lei Anticrime) que alterou os artigos 282, §2º e 311, do Código de Processo Penal, retirando a possibilidade do magistrado impor a prisão preventiva, de ofício – merece destaque um fator essencial para o exercício do controle de convencionalidade, qual seja: o cumprimento de tratados internacionais ratificados pelo Brasil é obrigatório:

Reconhecimento jurisdicional, pelo Supremo Tribunal Federal (ADPF 347-MC/DF), Rel. Min. MARCO AURÉLIO) da imprescindibilidade da audiência de custódia (ou de apresentação) como expressão do dever do Estado brasileiro de cumprir, fielmente, os compromissos assumidos na ordem internacional. '*Pacta sunt servanda*': cláusula geral de observância e execução dos tratados internacionais (Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, Artigo 26). (...)

Nota-se, assim, que tanto no julgamento da ADPF 347-MC/DF, quanto no julgamento da Medida Cautelar em *Habeas Corpus* nº 186.421, foi realizado, corretamente, o controle de convencionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a ratificação de tratados internacionais de direitos humanos, especialmente a partir da década de 1990, o Estado brasileiro estabeleceu um verdadeiro diálogo de fontes entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, e, ao se submeter à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, também se espera um diálogo de cortes entre o tribunal internacional e o Poder Judiciário brasileiro, especialmente, o STF.

O primeiro grande desafio destacado neste estudo é a antiga, mas ainda atual, discussão sobre o *status* normativo dos tratados internacionais de Direitos Humanos. Além de criticar o desacerto ou deficiência técnica na redação do parágrafo 3º do art. 5º, CRFB, demonstrou-se que o legislador constituinte reformador deixou dúvidas sobre a matéria que tiveram que ser sanadas pelo Supremo Tribunal Federal, a exemplo do *status* normativo dos tratados de direitos

humanos ratificados em período anterior à Emenda Constitucional nº 45/2004, ou mesmo posterior, mas sem o procedimento e o quórum qualificado estabelecido pelo Art. 5º, §3º.

O Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de resolver, em definitivo, essa problemática no julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários (RE 349.703) e (RE 466.343) e *Habeas Corpus* 87.585, em dezembro de 2008. Porém, firmou-se o entendimento de que, no Brasil, tratados internacionais de direitos humanos poderão ter *status* normativos diferentes: (a) aqueles que forem aprovados nos termos do art. 5º, §3º, CRFB serão equivalentes às emendas constitucionais (formando o bloco de constitucionalidade brasileiro); (b) os demais tratados de direitos humanos (anteriores à 2004 ou posteriores, mas aprovados com quórum de maioria simples, por exemplo) serão considerados normas supralegais (sendo posicionados hierarquicamente acima das leis infraconstitucionais, mas abaixo da Constituição).

Ocorre que o próprio julgamento do caso do depositário infiel já demonstrou as incongruências desse entendimento, vez que definiu o referido instituto como ilegal (Súmula Vinculante nº 25), mas, constitucional. Fato este que é incompreensível.

Também se evidenciou que ainda existe uma significativa resistência de parte do Judiciário brasileiro em exercer o controle de convencionalidade, apresentando-se julgamentos em que este instituto foi desrespeitado ou praticamente ignorado. O mais emblemático se refere ao julgamento da ADPF 153, em que o STF considerou constitucional a Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79) e, sete meses depois, a Corte Interamericana firmou precedente em sentido diametralmente oposto, no julgamento do *Caso Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* ao decidir que a mesma lei carece de efeitos jurídicos.

Cabe pontuar que além da necessidade de reformas legislativas – que incluem, inclusive reforma constitucional, como bem se expôs no caso do foro por prerrogativa de função previsto no art. 102, I, “c”, CRFB que colide com o art. 8º, item 2, alínea “h”, CADH – também se apresenta uma necessidade de reforma de mentalidade, de compreensão, não só do Judiciário, mas também do Executivo e do Legislativo, para que nosso país respeite os compromissos internacionalmente firmados.

Inaceitável que nosso Estado continue desrespeitando tratados de Direitos Humanos, e se revela urgente a revisão e releitura de conceitos clássicos como supremacia constitucional e soberania, que não podem impedir a correta aplicação de tratados internacionais. O controle de convencionalidade é mecanismo protetivo da dignidade da pessoa humana e, se bem exercido, se revela fundamental para uma proteção integral dos direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O constitucionalismo democrático ou neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX*. Revista *Publicum*, Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, p. 14-36, 2018.

FONTELES, Samuel Sales. *Direitos fundamentais: teoria geral dos direitos fundamentais e comentários ao artigo 5º da CF, inciso por inciso, à luz da jurisprudência do STF e do STJ*. 3ª Edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2019.

LIMA, Raquel da Cruz. *O direito penal dos direitos humanos: paradoxos no discurso punitivo da corte interamericana de direitos humanos*. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 14ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

MENEZES, Wagner. *Tribunais internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo tribunal federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 241-286, jan./dez. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo 4 (2) | P. 441-464 | JUL - DEZ 2008, disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>.



# A IMPRESCINDIBILIDADE DO JUIZ DAS GARANTIAS PARA A REDUÇÃO DE DANOS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.

IGOR PAULATTI PIZARRO VIEIRA<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao contrário dos textos constitucionais que o precederam, instituiu preceitos calçados nos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, enaltecendo, por sua vez, a separação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, os direitos fundamentais dos indivíduos e as garantias específicas à validade dos processos judiciais. Para além disso, a Carta Política de 1988 proporcionou a elevação da dignidade da pessoa humana ao grau de maior magnitude no ordenamento jurídico nacional, passando a requerer, em virtude disso, que o processo jurisdicional fosse interpretado como um instrumento de garantia do acusado frente ao poder punitivo estatal.

No entanto, sob a seara criminal, o Código de Processo Penal de 1941, vigente no território brasileiro, diverge do texto constitucional e propaga uma “concepção juspublicística do processo”<sup>2</sup>, em que há uma primazia das exigências sociais e midiáticas sobre o direito fundamental do réu, fazendo com que a ação penal seja considerada uma ferramenta a serviço do direito de punir do Estado.

Assim, apesar da Constituição Federal de 1988 assegurar o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CRFB/88), o tratamento igualitário às partes (art. 5º, *caput* e inciso I, da CRFB/88), a publicidade dos atos processuais (art. 93, IX, da CRFB/88), a motivação dos atos decisórios (art. 93, IX, da CRFB/88), a presunção de inocência do acusado (art. 5º, LVII, da CRFB/88), o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB/88),<sup>3</sup> pode-se dizer, seguindo as lições de Agamben, que o Estado de Direito ainda reproduz a violência do passado, à medida que o

---

<sup>1</sup> Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD. E-mail: igorpi-zarrovieira@gmail.com

<sup>2</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 347.

<sup>3</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Planalto, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2020.

autoritarismo reside remodelado no seio estatal,<sup>4</sup> sendo representado, no ordenamento processual penal brasileiro, pela matriz inquisitória do CPP e a sua consequente incompatibilidade com as diretrizes acusatórias estabelecidas pela CRFB/88.

Devido a esse descompasso entre a ordem constitucional vigente e a norma processual penal, foi elaborado, por iniciativa do Ministério da Justiça, o Projeto de Lei nº 882/2019,<sup>5</sup> o qual foi convertido, após inúmeras modificações durante a tramitação na Câmara dos Deputados, na Lei nº 13.964/2019.<sup>6</sup> Sem adentrar no extenso conteúdo disposto na lei mencionada, cumpre sublinhar que o famigerado *Projeto Anticrime* – denominação que foi comumente utilizada para citar o Projeto de Lei nº 882/2019 – promoveu significativas mudanças no processo penal, no direito penal e na execução da pena no âmbito jurídico brasileiro.

Além de consagrar expressamente a adoção do sistema acusatório como modelo de justiça criminal (art. 3º-A do CPP), a lei em comento dispôs sobre a criação da figura do juiz das garantias (art. 3º-A até o art. 3º-F do CPP). Segundo a norma jurídica, o instituto referido atuará na fase da investigação preliminar e no juízo de admissibilidade da acusação, com o objetivo precípuo de resguardar os direitos individuais do acusado e de preservar a originalidade cognitiva do magistrado sentenciante.

A partir disso, a fim de examinar se a implementação do sistema do *double juez* potencializa a redução de danos no âmbito do processo penal e se, ao mesmo tempo, maximiza o direito de ser julgado por um magistrado imparcial, a pesquisa analisa a proposta respaldada pela epistemologia garantista de Ferrajoli, a qual enfatiza a importância de um sistema garantidor para proporcionar a parte hipossuficiente uma proteção mínima em face da hostilidade do poder punitivo estatal.<sup>7</sup>

Portanto, com base na doutrina exteriorizada, a pesquisa levanta o debate sobre quais danos podem ser potencialmente reduzidos com a inserção do juiz das garantias no sistema processual penal brasileiro. Para a realização de tal estudo, aplicou-se a metodologia da revisão bibliográfica e documental, tendo como pilar a legislação específica, as doutrinas jurídicas, os artigos científicos e as jurisprudências dos Tribunais Superiores do Brasil.

---

<sup>4</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Trad. Henrique Burigo, Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p.182.

<sup>5</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 882, de 19 de fevereiro de 2019. Câmara dos Deputados, Brasília, 19 fev. 2019. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=253A0AAC5E4CF9D949116121114AFBD7.proposicoesWebExterno2?codteor=&filename=PL+882/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=253A0AAC5E4CF9D949116121114AFBD7.proposicoesWebExterno2?codteor=&filename=PL+882/2019)>. Acesso em: 12 fev. 2020.

<sup>6</sup> BRASIL. Lei nº 13.694, de 24 de dezembro de 2019. Planalto, Brasília, 24 dez. 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 12 fev. 2020.

<sup>7</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 269 e ss.

A partir dessa abordagem, demonstra-se que a implementação do juiz garante constitui um passo essencial para a intensificação da transformação cultural, institucional e normativa das práticas inquisitórias conservadas no judiciário brasileiro.

## 2. O PERFIL INQUISITÓRIO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A norma processual penal brasileira, concebida em 1941 sob a perspectiva autoritária do Estado Novo, teve uma forte influência do Código Rocco italiano, o qual, por sua vez, pregava o emprego do poder punitivo estatal para a *proteção da sociedade diante dos sujeitos que apresentavam perigo ao Estado*.<sup>8</sup> Assim, entendendo que os réus e acusados eram inimigos manifestos do Poder Público, o então Ministro da Justiça Francisco Campos, ao instituir o Código de Processo Penal brasileiro, afastou a interpretação valorativa e social da norma, abolindo a “primazia do interesse indivíduo sobre o da tutela social”.<sup>9</sup>

Por efeito disso, desenvolveu-se profusos institutos que ratificaram o código processual penal de 1941 como o elemento máximo de segurança do Estado na punição dos investigados. Esse discurso de defesa social, por seu turno, implicou na solidificação de um perfil essencialmente inquisitório do CPP, o qual passou a prever em seu texto, a título de exemplo, a prisão antecipada do acusado, a busca da *verdade real dos fatos*<sup>10</sup> e a atuação do juiz como protagonista no campo processual.

Contudo, destoando da base principiológica do CPP e assegurando a adoção do Estado Democrático de Direito (sistema institucional contemplado pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos), a Constituição Federal de 1988 proporcionou uma abertura democrática e garantista dos mecanismos processuais brasileiros, estampando – ainda que tacitamente – um sistema acusatório, marcado pela separação das funções jurisdicionais e respeito ao devido processo legal, envolvendo todos os seus princípios decorrentes, como, por exemplo, a ampla e plena defesa, o contraditório, a publicidade dos atos, a presunção de inocência, o silêncio não *autoincriminatório*, a prisão como *extrema ratio* e o monopólio da ação penal pública ao Ministério Público.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> CAMPOS, Francisco. O Estado nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. p. 164.

<sup>9</sup> BRASIL. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Decreto Lei nº. 3.689 de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp\\_processo\\_penal.pdf](http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf)>. Acesso em: 13 fev. 2020.

<sup>10</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. A cultura Inquisitória vigente e a Origem Autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro. Revista. Emerj, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, 2015 p. 264-275. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista67/revista67\\_264.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_264.pdf)>. Acesso em: 03 mai. 2020.

<sup>11</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. E-Book. ISBN

Em princípio, a abertura democrática promovida pela CRFB/88 sublinhou, no âmbito criminal, a insofismável importância da equidistância do juiz em relação aos interesses das partes compreendidas no julgamento. Para além disso, a previsão constitucional referida gerou uma redistribuição das funções dos sujeitos processuais penais sob a ótica acusatória, demarcando ao juiz a posição de terceiro imparcial, enquanto que às partes restou designado o desempenho da gestão probatória.

Todavia, a adoção de diretrizes acusatórias pelo constituinte originário de 1988 não acarretou a implantação do modelo de justiça criminal regido pelo princípio dispositivo, dado que as regras processuais penais são delineadas pelo CPP. E aqui vale lembrar que a norma processual penal brasileira, elaborada sob o viés da ditadura de 1941, permanece com sua matriz inquisitória e totalitária,<sup>12</sup> à medida que ainda assegura a gestão probatória nas mãos do julgador e a atuação do mesmo magistrado da fase processual na etapa preliminar investigatória.

Neste ponto, ao analisar a norma, verifica-se que o juiz continua sendo o protagonista no procedimento penal, já que ele tem o poder de ordenar a produção antecipada de provas (art. 156, inciso I, do CPP), demandar novas diligências (art. 156, inciso II, do CPP), determinar a busca e apreensão de ofício (art. 242 do CPP), ouvir outras testemunhas além das indicadas pelas partes (art. 209 do CPP) e proferir sentença condenatória, nos crimes de ação pública, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição (art. 385 do CPP).<sup>13</sup>

Não bastasse isso, o julgador ainda possui a preeminente prerrogativa de julgar o acusado na fase final de mérito. Isso significa dizer que o próprio magistrado que verificou a admissibilidade da denúncia, que presidiu a colheita de provas e que determinou as medidas cautelares, julgará o acusado que foi examinado na etapa preliminar investigatória e na fase processual pelo próprio juiz sentenciante.

É exatamente nesse contexto que o instituto do juiz das garantias adquire notável magnitude no processo penal brasileiro. Assim., como ponto de partida para o aprofundamento da presente questão, evoca-se a epistemologia garantista de Ferrajoli, a qual, por sua vez, conceitua o processo penal como um sistema de enunciados normativos que objetivam preservar os direitos fundamentais dos cidadãos.

Conciliando com os princípios-chave provenientes do pensamento jusnaturalista, Ferrajoli organiza o modelo de processo penal pautado na limitação

---

9788597008845. p. 91. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

<sup>12</sup> Ibid., p. 92.

<sup>13</sup> BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Planalto, Rio de Janeiro, 3 out. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art810](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art810)>. Acesso em: 13 jun. 2020.

do exercício da *potestad punitiva* do Estado, atribuindo, além do aspecto garantista à persecução penal, a posição do magistrado como a de um terceiro independente e imparcial, alheio aos objetivos das partes e ao objeto discutido na contenda.<sup>14</sup>

Com base na referida epistemologia, Lopes Jr. assevera que a função do magistrado está vinculada à garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal,<sup>15</sup> à medida que Fauzi Choukr destaca que a atuação do julgador, dentro da matriz constitucional, deve observar a própria concepção de garantismo.<sup>16</sup> Seguindo essa linha referencial e já adentrando na problemática da atuação do magistrado na etapa pré-processual, Fernandes aduz que a tendência da legislação europeia remete a atribuição da supervisão da atividade investigatória policial ao órgão acusador, afastando, assim, o julgador da atividade da colheita dos elementos que embasam a propositura da ação penal, com o que fica corroborado a “busca por um sistema acusatório mais apurado”.<sup>17</sup>

Em harmonia com o exposto, Geraldo Prado observa que esse sistema acusatório real depende diretamente da efetiva imparcialidade do juiz, a qual não se apresenta simplesmente pela separação das funções jurisdicionais, mas, especialmente, pela compreensão de que a tarefa de decidir “é fruto de uma consciente e meditada opção entre duas alternativas”, em relação as quais o julgador conservou, durante todo o tempo, a posição de equidistante.<sup>18</sup> Nos dizeres do autor supracitado, considerando a opção democrática da Constituição Federal de 1988, “o processo como instrumento da jurisdição representa uma primeira garantia, em razão de que outras não de operar, especialmente a imparcialidade e independência do juiz”.<sup>19</sup>

A par disso, resta hialino que a função elementar da atividade jurisdicional penal, sob a égide da ordem constitucional, é a de garantia dos direitos fundamentais da parte hipossuficiente,<sup>20</sup> concernindo ao juiz, no decorrer da tramitação processual e no curso das investigações introdutórias, atuar como protetor das liberdades individuais. Nessa linha, a inclusão de garantias constitucionais já no início das investigações preliminares desponta um progresso na edificação de

---

<sup>14</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 33-37 e 579-580.

<sup>15</sup> LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-Book. ISBN 9786555592313. p. 105 e ss. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555592313/>>. Acesso em: 08 jul. 2020.

<sup>16</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 3. ed. Ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 94.

<sup>17</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 24-25.

<sup>18</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 108.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>20</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 269.

um processo penal garantidor, de modo a prescrever um novo comportamento ético do Estado.<sup>21</sup>

No entanto, a incongruência reside no fato de que é precisamente o exercício dessa função de zelador dos direitos fundamentais do acusado, no decorrer da investigação preliminar, é que extrai do julgador a imparcialidade devida para a posterior gerência do processo e emissão da sentença de mérito. De acordo com Maya:

Não há como, de fato, verificar a existência de provas do crime, de indícios veementes da procedência ilícita de bens, de fundadas razões que indiquem a necessidade da interceptação telefônica, ou mesmo a sua imprescindibilidade, ou, ainda, se convencer da certeza da infração, sem se contaminar subjetivamente com os argumentos formulados pela autoridade policial ou pelo Ministério Público e com os próprios elementos indiciários que dão suporte às medidas cautelares postuladas.<sup>22</sup>

A imposição de que o magistrado examine pormenorizadamente os elementos do inquérito policial e da peça acusatória, a fim de decidir sobre a viabilidade das medidas solicitadas, demonstra, à sombra da perspectiva democrática constitucional brasileira, a incompatibilidade da preservação da imparcialidade com a participação do mesmo juiz do processo na etapa preliminar investigatória. A escolha dos fundamentos que alicerçam as decisões proferidas na etapa pré-processual já desnuda a aproximação do julgador por uma das duas teses apresentadas, a qual, na maioria das vezes, é a de ordem acusatória.

Em virtude disso, Cappelletti declara que a influência do ânimo do julgador na motivação da sua decisão é um fato indiscutível, sendo constatado em não raras vezes que a fundamentação da sentença está alicerçada, de maneira camuflada, nas inclinações do julgador perante uma das partes ou em face de alguma testemunha.<sup>23</sup> Extrai-se, desse contexto, a compreensão de que o exercício de uma atividade decisória no âmbito pré-processual remove a imparcialidade necessária para o prosseguimento do desempenho da função jurisdicional relacionada ao mesmo caso penal.<sup>24</sup>

Daí a importância da adoção da figura do juiz das garantias, tendo em vista que esse instituto prevê a atribuição exclusiva, a um órgão jurisdicional específico, da competência para o desempenho da função de garantidor dos

---

<sup>21</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 3. ed. Ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 11.

<sup>22</sup> MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. E-Book. ISBN 9788522492145. p. 196. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522492145/>>. Acesso em: 08 jul. 2020.

<sup>23</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *A ideologia no processo civil*. Trad. Athos Gusmão Carneiro. Revista da Ajuris, Porto Alegre, v. 23, p. 17, nov. 1981. p. 17.

<sup>24</sup> MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. E-Book. ISBN 9788522492145. p. 196. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522492145/>>. Acesso em: 08 jul. 2020.

direitos fundamentais na fase preliminar investigatória, excluindo, após o recebimento da peça acusatória, a competência desse magistrado para o desenvolvimento da persecução penal.

Em outras palavras, ao juiz das garantias compete o cumprimento da legalidade da investigação criminal e da integral observância dos direitos fundamentais do acusado, sendo indispensável a sua autorização para que se execute as medidas cautelares e a busca de provas que envolvam – ou possam envolver – a cessação de direitos fundamentais. Essa competência mencionada finda quando a investigação preliminar termina e, por conta disso, outro órgão jurisdicional, que não teve contato com a investigação, fica competente para a instrução criminal em juízo.

É, pois, com base nessa breve contextualização que se examinará, no presente artigo, a figura do juiz das garantias como uma forma de enrijecer a escolha do constituinte originário de 1988 no tocante à adoção do princípio dispositivo no modelo de justiça criminal brasileiro. Faz-necessário, para tanto, compreender as funções e atribuições do instituto, consoante disposição na Lei n. 13.964/2019.<sup>25</sup>

### **3. A FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS, CONFORME PREVISTO NA LEI Nº 13.964/2019**

De início, é de se enaltecer que incontáveis debates vieram à tona após a introdução do Juiz das Garantias, instituto inserido ao ordenamento processual penal brasileiro pela Lei nº 13.964/2019, decorrente do questionável *Pacote Anticrime*.<sup>26</sup> Em que pese as inúmeras polêmicas advindas da temática em questão, sendo inclusive objeto das ADIs 6.298 e 6.300 e de nota de repúdio organizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB),<sup>27</sup> calha salientar que o assunto já foi examinado em outros momentos da conjuntura brasileira.

Pontualmente, o primeiro texto legislativo que previu a implementação do juiz de garantias no ordenamento jurídico brasileiro foi o atual projeto do Novo Código de Processo Penal, o qual originou, posteriormente, o Projeto de Lei 156/2009 do Senado Federal, distribuído na Câmara dos Deputados sob o número 8.045/2010.<sup>28</sup> Todavia, por uma opção legislativa que privilegiou o estudo

---

<sup>25</sup> BRASIL. Lei nº 13.694, de 24 de dezembro de 2019. Planalto, Brasília, 24 dez. 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 12 fev. 2020.

<sup>26</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 882, de 19 de fevereiro de 2019. Câmara dos Deputados, Brasília, 19 fev. 2019. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=253A0AAC5E4CF9D949116121114AFBD7.proposicoesWebExterno2?codteor=1712088&filename=PL+882/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=253A0AAC5E4CF9D949116121114AFBD7.proposicoesWebExterno2?codteor=1712088&filename=PL+882/2019)>. Acesso em: 12 fev. 2020.

<sup>27</sup> GIL, Renata. Nota Pública – Juiz de Garantias. Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Brasília, 27 dez. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/2T1gQ4y>>. Acesso em: 05 jan. 2020.

<sup>28</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 8.045, de 22 de dezembro de 2010. Câmara dos Deputados, Brasília, 22 dez. 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/>>

dos Códigos de Processo Civil e Comercial, o conteúdo constante na proposta do novo códex processual penal permaneceu esquecido por um tempo significativo.

Daí então foi elaborado no ano de 2019, por iniciativa do Ministério da Justiça, o denominado *Projeto Anticrime*<sup>29</sup>, um pacote de medidas que abordou inúmeras alterações nas leis penais brasileiras e que foi, após numerosas alterações durante a tramitação na Câmara dos Deputados, convertido na Lei 13.964/2019.

Ainda que controversas as inovações propostas na mencionada lei, é acertado dizer que ela disciplinou os artigos 3-A a 3-F do Código de Processo Penal, os quais incluíram ao ordenamento brasileiro a figura do juiz “*responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais*”. Assim, por mais que a figura do juiz das garantias tenha ocasionado um alarde midiático considerável, não se pode ignorar a sua importância para adequação democrática do processo penal à ordem constitucional.<sup>30</sup> No entanto, para sustentar tal assertiva é imprescindível compreender a atuação e a competência de tal instituto.

De maneira sucinta, a figura do Juiz das Garantias se traduz na designação de um julgador provido de competência para a atuação reservada na etapa pré-processual, adotando, para tanto, uma postura distinta do magistrado responsável pelo processo e o julgamento da ação.

Com taburno na leitura do artigo 3º B, inciso XIV, do CPP, percebe-se que o juiz de garantias atuará na fase da investigação preliminar e no juízo de admissibilidade da acusação, cessando sua competência com o recebimento da denúncia ou queixa, conforme previsto no artigo 3º-C do códex processual penal.

De acordo com a legislação ordinária referida, ao juiz da fase embrionária caberá decidir, a título exemplificativo, sobre: a) a conveniência de medidas cautelares investigativas, como, por exemplo, a determinação de buscas e apreensões e interceptações telefônicas; b) a homologação ou não da prisão em flagrante delito, e a eventual conversão em prisão preventiva ou temporária; c) a inspeção de excessos da autoridade policial; e d) o recebimento da denúncia ou queixa, entre outras funções dispostas no artigo 3-B do CPP.

Alicerçado nessa sistemática, cumpre observar que as funções de investigação e controle continuam sendo desempenhadas, respectivamente, pela autoridade policial e pelo órgão acusador, concernindo ao juiz de garantias o controle da legalidade dos atos investigatórios e a tutela dos direitos fundamentais

---

prop\_mostrarintegra;jsessionid=A469244AD810046625925F4835FEF1AA.proposicoesWebExterno2?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010>. Acesso em: 10 jul. 2020.

<sup>29</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 6.341, de 2019. Senado Federal, Brasília. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=8052836&ts=1578319198569&disposition=in-line>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

<sup>30</sup> TAFARELLO, R. F. Juiz das garantias: um notável (e atrasado) avanço democrático para o Brasil. Estado, São Paulo. Disponível em: <<https://bit.ly/2ZQT2BS>> Acesso em: 05 jun. 2020.

da pessoa investigada. Em outras palavras, a implementação do instituto em questão não altera a condução da investigação criminal, já que ela permanece sendo dirigida ou pela autoridade policial, que preside o inquérito policial (art.144, §1º, I e § 4º da CF e art. 4º e s. do CPP), ou pelo Ministério Público, nos procedimentos de investigação instaurados no âmbito da própria instituição (STF. Rext. 593727, julgado em 14.05.15).

Exatamente nesse ponto, os veículos de informação nacional, muitas vezes por desconhecimento jurídico, têm abordado a figura do juiz de instrução e do juiz de garantias como sinônimos,<sup>31</sup> sendo que esses institutos apresentam demasiadas distinções. Em tempo, sublinha-se que o juiz de instrução, detectado em sistemas jurídicos de países como Espanha e França, possui a característica de centralizar as atividades investigativas nas mãos do julgador, a quem incumbe a colheita dos elementos informativos, além da gerência das atividades do Ministério Público e da Polícia, os quais, por sua vez, são auxiliares e complementares à atuação do magistrado. Noutra norte, o Juiz das Garantias é uma figura que se assemelha mais do sistema italiano (*giudice per le indagini preliminari*)<sup>32</sup>, no qual o magistrado não concentra os poderes investigatórios, mas atua quando solicitado, sendo encarregado pela defesa dos direitos do investigado, garantindo que não sejam desrespeitados pelos órgãos de persecução penal.

Outrossim, pode-se declarar que a Lei 13.964/2019 apenas estabeleceu uma separação de atribuições dos sujeitos processuais, fazendo com que o magistrado que atuou na investigação preliminar – denominado de juiz de garantias – fique impedido de presidir a instrução e julgar o mesmo feito, sob pena de nulidade. Com isso, pretende-se otimizar as funções jurisdicionais específicas da etapa pré-processual, garantindo um maior distanciamento do juiz sentenciante dos elementos informativos angariados no inquérito policial.

E aqui cabe frisar que a atuação do magistrado sentenciante na fase investigatória macula o princípio da imparcialidade, tendo em vista que o desempenho jurisdicional na etapa preliminar exige que o julgador mantenha uma proximidade com os atores encarregados da persecução penal, sendo frequentemente informado dos direcionamentos da investigação. A propósito, não se pode ignorar que o objetivo principal da investigação é de apurar e descobrir a prática do delito, indicando o seu respectivo ator. E é justamente nesse contexto que o juiz se filia aos órgãos de persecução penal, a fim de cumprir, em um empenho mútuo, o escopo da investigação.

Ademais, quando o magistrado defere a admissão de medidas investigatórias e assecuratórias em face do investigado, ele expõe um juízo (mesmo que

---

<sup>31</sup> PEREIRA, Merval. Juiz das garantias. O Globo, Rio de Janeiro, 14 jun. 2019. Disponível em: <<https://glo.bo/2SVqo0Y>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

<sup>32</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2011. p. 68.

não definitivo) sobre a ocorrência do delito e de sua autoria. Portanto, a atuação do julgador nessa etapa o obriga a emitir uma opinião, ainda que provisória, em relação ao rumo investigatório escolhido e aos fatos e sujeitos envolvidos na persecução. Constatação semelhante é exibida por Frías, o qual expõe que:

[...] quien conoció de los autos y registros en la etapa preliminar, decretando muchas veces medidas restrictivas de derechos fundamentales no está en condiciones de actuar como juez imparcial en el juicio. Supongamos que un juez en la etapa de investigación decretó una prisión preventiva, un levantamiento del sigilo bancario, interceptaciones de comunicaciones privadas, leyó informes policiales para adoptar decisiones, conoció las circunstancias de una detención flagrante, etc. ¿Cómo puede ese mismo juez después sacar todo eso de su cabeza y por arte de magia, en una especie de “auto lobotomía epistémica”, decidir en un juicio oral donde se supone que solo se debe resolver en base a las pruebas producidas por las partes en esa audiencia? [...] La negación de este problema esencial y que subyace al núcleo del rol del juez de garantía, solo puede sostenerse en una suerte de fe casi religiosa en la superioridad epistémica del juez profesional, o sea, en una adscripción consciente o inconsciente al modo de ser, actuar y pensar del sistema inquisitivo.<sup>33</sup>

Nessa linha argumentativa, Raul Abramo Ariano e Livia Yuen Ngan Moscatelli certificam que o magistrado que conduziu toda a investigação criminal tenderá a acolher a tese apresentada pela acusação, sendo que tal explicação não está apenas associada ao plano racional do juiz.<sup>34</sup> A psicologia deslinda que a primeira impressão negativa sobre determinada situação pode submeter o comportamento do sujeito à corroborar a imagem construída inicialmente. Aplicando esse plano da psicologia no campo processual penal, pode-se dizer que o julgador, ao decidir, por exemplo, sobre a conversão da prisão em flagrante em preventiva, tenderá a aderir à imagem de culpabilidade já idealizada e, provavelmente, procurará confirmá-la durante a instrução e o julgamento criminal.

Em outras palavras, isso é *il primato dell'ipotesi sui fatti*<sup>35</sup>. Segundo Cordero, esse fenômeno é uma característica do sistema inquisitório, no qual o julgador passa, inconscientemente, a orientar o processo de modo a confirmar suas hipóteses inicialmente produzidas:

La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi al lavoro poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoidi. Chiamiamoli 'primato dell'ipotesi sui fatti': chi indaga ne segue una, talvolta a occhi chiusi; niente la garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, né questo mestiere stimola cautela

---

<sup>33</sup> FRÍAS, Eduardo Gallardo. La reforma al proceso penal chileno y el juez de garantía. Boletim IBCCRIM. São Paulo, ano 28, nº 330, maio 2020, p. 7-10. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/40>>. Acesso em: 05 jul. 2020.

<sup>34</sup> ARIANO, Raul Abramo; MOSCATELLI, Livia Yuen Ngan. Juiz das garantias: A onda democrática em meio à maré do punitivismo rasteiro. Boletim IBCCRIM. São Paulo, ano 28, nº 330, maio 2020, p. 17-19. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/40>>. Acesso em: 05 jul. 2020.

<sup>35</sup> CORDERO, Franco. Guida alla procedura penale. Torino: UTET, 1986. p. 51.

autocritica; siccome tutte le carte del gioco sono in mano sua ed è lui che l'ha intavolato, punta sulla 'sua' ipotesi. Sappiamo su quali mezzi persuasivi conti (alcuni irresistibili: ad esempio, la tortura del sonno, caldamente raccomandata dal pio penalista Ippolito Marsili; usandoli orienta l'esito dove vuole. Nelle cause milanesi de peste manufatta, giugno-luglio 1630, vediamo come giudici nient'affatto disonesti, anzi inclini a inconsueto garantismo, fabbrichino delitto e delinquenti: l'inquisito risponde docilmente; l'inquisitore gli scova in testa i fantasmi che vi ha proiettato.<sup>36</sup>

Coutinho esclarece que esse processo ocorre em razão da existência de determinadas crenças intrínsecas a cada indivíduo, que acabam gerando inconscientemente a tendência de se interpretar o quadro de informações de acordo com o conjunto de preferências pessoais.<sup>37</sup> A exposição à informação que contradiz as crenças pessoais do sujeito gera a inconsistência cognitiva, que, por seu turno, frutifica sentimentos de dissonância. Contudo, de maneira diametral, a exposição à informação que se filia às crenças subjetivas acarreta uma espécie de comportamento que procura evitar o sentimento de aversão causado pela informação dissonante e, simultaneamente, dar alicerce para justificar as suas atitudes.

Justamente nesse cenário é que se apresenta, como um mecanismo para atenuar esse efeito de enviesamento da originalidade cognitiva do magistrado que atua na etapa preliminar investigatória, a figura do Juiz das Garantias. Diante de um novo julgador, o qual atuará apenas na fase processual, haverá uma maior probabilidade de que alguns erros judiciais sejam reconhecidos, uma vez que este magistrado não está subordinado aos atos praticados na etapa pré-processual.

Além do mais, o juiz sentenciante terá mais condições de se dedicar à efetiva apuração da legalidade dos elementos probatórios constantes no processo, evitando, com isso, que a ação criminal seja conduzida para corroborar a tese acusatória apresentada na etapa investigatória. Em outras palavras, com a implementação do juiz garante, o magistrado será dotado de maior potencial de imparcialidade, à medida que o processo penal garantirá uma efetividade superior do exercício do direito de defesa na etapa pré-processual.

Acrescenta-se a isso o fato de que os elementos colhidos durante a investigação criminal permanecerão, por força do disposto no artigo 3º-C, § 3º, do CPP, acautelados na secretaria do Juiz das Garantias e à disposição do Ministério Público e da defesa, não sendo apensados aos autos do processo encaminhado ao juiz da instrução e julgamento, a fim de privilegiar a prova produzida em contraditório e dificultar que o julgador sentenciante tenha contato com a “primeira impressão” negativa do acusado.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 51-52.

<sup>37</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-115, set. 2009.

<sup>38</sup> RITTER, Ruiz. *Imparcialidade no Processo Penal. Reflexões a partir da Teoria da Dissonância Cognitiva*. 2016. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS, Porto Alegre, 2016. p. 153.

Desse modo, na prática, a implementação do Juiz das Garantias representa a superação da regra da prevenção como causa de fixação da competência, estabelecida no artigo 83 da norma processual penal,<sup>39</sup> tendo em vista que, a partir da vigência dos artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F do CPP, o magistrado que atuar na fase investigatória estará impedido de presidir a instrução e sentenciar a ação penal. Assim, a prevenção se torna um causa de exclusão da competência, fazendo com que o juiz de garantias seja preventivo e, graças a isso, fique impedido de julgar o processo no qual atuou na fase preliminar.

Em função de todos esses pontos elucidados, pode-se dizer que o sistema do *doble juez* consolida a condição de acusado como a de um sujeito processual, detentor de direitos e garantias que devem ser resguardados pelo Judiciário, assentando, de outro lado, a função do magistrado garante, circunscrito à observância da legalidade da atividade preliminar investigatória, o que denota um progresso vultoso para o estabelecimento do modelo acusatório no Brasil.

Todavia, como resultado do clamor público e das considerações em relação ao prazo previsto na Reforma de 2019/2020 para implantação das alterações legislativas, o Ministro Dias Toffoli, na condição de Presidente do Supremo Tribunal Federal, acolheu as medidas cautelares postuladas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.298, 6.299, 6.300, suspendendo a eficácia dos artigos 3º-D, parágrafo único, e 157, § 5º, do Código de Processo Penal, bem como adiando a vigência dos artigos 3º-B, 3º-C, 3º-D, caput, 3º-E, 3º-F, do CPP; até a efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, o que deveria ocorrer no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar da data de publicação daquela decisão.<sup>40</sup>

Porém, em questão de dias, o Ministro Luiz Fux, substituindo Dias Toffoli na presidência do STF, revogou a liminar proferida por seu colega de Corte e concedeu uma liminar na Medida Cautelar postulada nas ADIs nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, suspendendo por prazo indeterminado a eficácia dos artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, 28, caput, 157, §5º e 310, §4º, do CPP. De acordo com o ministro da Suprema Corte, a fundamentação da decisão encontra-se na necessidade de um estudo pormenorizado que indique as estimativas do impacto financeiro e dotação orçamentária para a execução das mudanças promovidas

---

<sup>39</sup> Vale mencionar o texto do art. 83 do CPP: Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3º, 71, 72, § 2º, e 78, II, c).

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 6.298, Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 15 jan. 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Juizdasgarantias.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

legislativamente, uma vez que a justiça criminal brasileira precisará se reorganizar para implementar todos os institutos previstos na Lei nº 13.964/2019.<sup>41</sup>

Frisa-se que a decisão do Ministro Luiz Fux não albergou todos os artigos da Lei n. 13.964/2019, restringindo-se em suspender: a) a implantação do juiz das garantias; b) o sistema de exclusão física dos autos do inquérito policial; c) a definição da prevenção como causa de exclusão da competência; d) a nova forma do procedimento de arquivamento do inquérito; e) a determinação de soltura pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 (vinte e quatro) horas; e f) a expressa recepção do sistema acusatório pelo CPP.

Portanto, enquanto a decisão citada estiver valendo, os dispositivos legais referidos estarão suspensos, vigorando o texto inquisitório da norma processual penal brasileira.<sup>42</sup> Diante dessa realidade, torna-se basilar examinar os pontos que embasam as ADIs nº 6.298, 6.299, 6.300, 6.305 e a liminar do Ministro Luiz Fux, analisando, para além disso, as críticas à implantação do juiz das garantias no ordenamento processual penal brasileiro.

#### **4. CRÍTICAS À IMPLANTAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO**

Em caráter inicial, insta ressaltar que as ações diretas de inconstitucionalidade nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, ajuizadas no Supremo Tribunal Federal com o objetivo de impugnar a eficácia do instituto dos juiz das garantias e os seus dispositivos correlatos, estão alicerçadas em duas ordens de alegação, a saber: I) a inconstitucionalidade formal dos artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F do CPP; e II) a inconstitucionalidade material da figura do juiz das garantias.

A fim de analisar os pontos incongruentes dessas duas premissas levantadas nas ADIs, mostra-se imperioso esmiuçar cada uma delas. Pois bem. Em relação à primeira premissa sustentada, as associações autoras das ADIs afirmam que a inconstitucionalidade formal decorre da Lei nº 13.964/2019 prever, simultaneamente, *normas gerais* e *normas de procedimento em matéria processual*. Segundo as autoras da ação, houve violação ao artigo 24, § 1º, da Constituição Federal de 1988, uma vez que, na esfera da legislação concorrente, a União deveria ter se restringido a estabelecer normas gerais. De acordo com esse enunciado, o regramento da etapa preliminar investigatória, atinente ao inquérito policial, não constitui uma matéria processual penal, mas sim uma matéria procedimental.

Ademais, a parte autora das ADIs defende que a implementação do juiz das garantias presume lei de iniciativa dos tribunais (art. 96, I, 'a', 'd' e II, 'd', da

---

<sup>41</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 6.298, Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 22 jan. 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

<sup>42</sup> LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 34.

CF), já que exige a modificação das leis de organização judiciária e a criação de cargos jurídicos. Afirmam, desse modo, que a Lei nº 13.964/2019 possui eficácia contida, pois sujeita-se a vigência de normas suplementares para se tornar eficaz, e, por força da previsão da *vacatio legis* de 30 (trinta) dias para a vigência da legislação referida, seria inconstitucional.

Assim, para legitimar a ideia que o regramento da fase pré-processual não se consubstancia em matéria processual, as autoras das ações diretas de inconstitucionalidade em comento colacionaram alguns precedentes em que a Suprema Corte brasileira consolidou o entendimento de que a legislação que regula o inquérito policial está introduzida no âmbito da competência legislativa concorrente, conforme prenunciado no artigo 24, XI, da CF. Nos julgados apresentados, o STF examinou a constitucionalidade de leis estaduais que moderavam as atividades das polícias judiciárias dos estados-membros.

Adentrando no conteúdo da jurisprudência citada, constata-se que o Supremo Tribunal Federal admite a competência legislativa dos estados-membros para conduzir questões administrativas referentes ao trabalho de suas polícias judiciárias, contanto que não transgrida a legislação federal no tocante à investigação criminal. E aqui vale mencionar que nos precedentes aludidos não há nenhuma ocorrência de supressão da legislação federal por adentrar na competência legislativa estadual em matéria de investigação preliminar.

Logo, essa alegação levantada nas ADIs não merece admissão, atentando-se ao fato de que a norma processual penal brasileira sempre tratou da instauração e processamento do inquérito policial. Nas palavras de Simone Schreiber, inúmeras alterações no CPP, relativas à investigação criminal, foram aprovadas após a promulgação da Constituição Federal de 1988 sem que fosse arguida a inconstitucionalidades dessas mudanças pela suposta violação da competência concorrentes dos estados.<sup>43</sup>

A título exemplificativo, cabe mencionar a Lei nº 8.862/94 que alterou os artigos 6º, incisos I e II, 159, 160, 164 e 181, do CPP, modificando, após a sua vigência, o desenvolvimento do exame pericial na fase investigatória. Não se pode ignorar também a Lei nº 13.344/16, a qual dispôs sobre as atribuições investigatórias do Ministério Público e da Autoridade Policial na prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas.

Para além dessas já indicadas, há outras normas federais pertinentes à investigação criminal que foram aprovadas após a promulgação da Carta Magna de 1988, sendo elas: i) a Lei nº 9.034/95, a qual abordava, antes da revogação, os meios operacionais para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas; ii) a Lei nº 12.830/13, que dispõe sobre a investigação

---

<sup>43</sup> SCHREIBER, Simone. Em defesa da constitucionalidade do juiz de garantias. Consultor Jurídico, 25 abril 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/juiz-garantias.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2020.

criminal conduzida pelo delegado de polícia; e, iii) a Lei nº 12.850/13, a qual expõe, dentre outros temas, a investigação criminal de organizações criminosas.

Portanto, o fato da investigação preliminar ocorrer antes do estabelecimento do processo judicial não representa que uma lei federal não possa orientar tal etapa. É hialino, nesse panorama, que as leis estaduais podem tratar de pontos da investigação criminal, concernentes à atividade dos seus órgãos de segurança pública, de maneira adicional à legislação federal e considerando as peculiaridades regionais.

E mesmo que assim não fosse, os dispositivos inseridos à norma processual penal brasileira, relacionados ao instituto do juiz das garantias, cingem-se essencialmente à competência judicial, isto é, os artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3ª-E e 3º-F do CPP estabelecem as atribuições do magistrado na etapa pré-processual, fixando regras de competência e de impedimento, as quais, por seu turno, têm natureza processual. Posto isso, conclui-se que essa alegação de inconstitucionalidade formal dos artigos 3º-A a 3º-F do CPP não merece prosperar.

Elucidado tal quesito, passa-se a analisar o segundo argumento de inconstitucionalidade formal arguido nas ADIs nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, o qual foi acolhido na decisão do Ministro Luiz Fux no dia 22 de janeiro de 2020. Segundo os autores das ações, as regras veiculadas na Lei 13.964/2019 são referentes à organização judiciária, o que implica dizer que a implementação da figura do juiz das garantias requer uma ampla reestruturação do funcionamento das unidades judiciárias, a constituição de novos cargos e a estimativa de fontes orçamentárias. Por esse ângulo, a lei supracitada teria violado os dispositivos constitucionais que proporcionam aos tribunais a iniciativa legislativa para a criação e extinção de cargos no plano judiciário, bem como conferem iniciativa legislativa para a modificação de leis de organização judiciária, conforme previsto nos artigos 96, I, 'd', II, 'b', da Constituição Federal de 1988.

No entanto, ainda que o instituto do juiz das garantias ocasione uma transformação expressiva no modelo de justiça criminal brasileiro, essa mudança é, antes de mais nada, principiológica e ideológica do que estruturalmente vinculada à organização judiciária. Nos dizeres de Schreiber, a alteração de paradigma está no fato de que:

[...] a instituição do juiz de garantias significa um importante passo na consolidação do sistema acusatório, na medida em que retira o juiz que vai atuar no processo da fase investigatória, preservando sua imparcialidade. Mas apesar de tal aspecto inovador, os dispositivos legais impugnados, ao contrário do que se alega, não criam cargos públicos, não invadem a autonomia organizacional dos tribunais, e não geram imediatamente aumento de despesas. Não foram atribuídas, como já registrado, novas funções aos juízes na fase do inquérito policial que imponham aumento significativo da estrutura hoje existente. Não será necessário dobrar o número de juízes e de varas. É intuitivo que o juiz criminal que hoje deve se dividir entre as decisões pertinentes à fase de investigação e à condução dos processos criminais vai reduzir sua carga de trabalho,

aplicando-se o mesmo raciocínio à secretaria da vara. Tal redistribuição de funções permite que se convertam varas criminais em varas de garantia nas comarcas maiores.<sup>44</sup>

Em concordância com o ostentado no subtópico passado, a instituição do juiz das garantias não vai promover um aumento vultuoso na estrutura judiciária existente hoje, pois não foram concedidas novas funções aos julgadores na etapa preliminar investigatória. O que vai ocorrer com a implementação do mecanismo aludido é a redistribuição de funções dos juízes criminais, haja vista que apenas um magistrado cuida das decisões atinentes à fase pré-processual e ao controle da instrução e sentença dos processos criminais hodiernamente.

Já no tocante à conversão de varas criminais em varas de garantia, há de se enfatizar, em tempo, que o próprio STF permitiu que os Tribunais alterassem a competência de órgãos jurisdicionais existentes, viabilizando a especialização de varas, até mesmo por atos administrativos, sob a condição de não gerar impacto orçamentário. Nessa linha, menciona-se o julgamento do Habeas Corpus 91024/RN, de 2008, no qual a Ministra Ellen Gracie, relatora do caso, autorizou a alteração da competência dos órgãos do Poder Judiciário por deliberação do Tribunal de Justiça:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. POSTULADO DO JUIZ NATURAL. ESPECIALIZAÇÃO DE COMPETÊNCIA (RATIONE MATERIAE). RESOLUÇÃO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. [...] 4. O mérito envolve a interpretação da norma constitucional que atribui aos tribunais de justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, em consonância com os limites orçamentários, a alteração da organização e divisão judiciárias (CF, arts. 96, II, d, e 169). 5. O Poder Judiciário tem competência para dispor sobre especialização de varas, porque é matéria que se insere no âmbito da organização judiciária dos Tribunais. O tema referente à organização judiciária não se encontra restrito ao campo de incidência exclusiva da lei, eis que depende da integração dos critérios preestabelecidos na Constituição, nas leis e nos regimentos internos dos tribunais. 6. A leitura interpretativa do disposto nos arts. 96, I, a e d, II, d, da Constituição Federal, admite que haja alteração da competência dos órgãos do Poder Judiciário por deliberação do tribunal de justiça, desde que não haja impacto orçamentário, eis que houve simples alteração promovida administrativamente, constitucionalmente admitida, visando a uma melhor prestação da tutela jurisdicional, de natureza especializada. 7. Habeas corpus denegado.<sup>45</sup>

E aqui não se pode obliterar que o próprio art. 3º-E do CPP, atualmente suspenso, dispõe sobre a indispensabilidade de leis de organização judiciária para a concretização do juiz de garantias. Sem embargo, não há nada que impeça

---

<sup>44</sup> SCHREIBER, Simone. Em defesa da constitucionalidade do juiz de garantias. Consultor Jurídico, 25 abril 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/juiz-garantias.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2020.

<sup>45</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 91024/RN, Relatora Ellen Gracie, Data de Julgamento: 05 agosto 2008. JusBrasil, 2008. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2916925/habeas-corporus-hc-91024-rn>>. Acesso em: 07 jun. 2020.

que, até que sejam publicadas tais leis, os Tribunais de Justiça, no desempenho de sua competência administrativa, estabeleçam varas com a especialização que atenda o quanto previsto na Lei 13.964/2019, respeitando a vedação de aumento das despesas.

É de se destacar também, conforme feito por Schreiber, que o Conselho Nacional de Justiça possui uma ação estratégica para instaurar o processo judicial eletrônico em todos os tribunais brasileiros,<sup>46</sup> “não se fazendo necessário o deslocamento de magistrados das comarcas em que estão lotados para outras em que devam atuar como juízes de garantias.”<sup>47</sup>

Diante de todo o conteúdo exposto, a arguição de inconstitucionalidade formal dos artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3ª-E e 3º-F do CPP mostra-se infundada, sendo preciso, como consequência disso, o exame do segundo argumento presente nas ADIs, ora a inconstitucionalidade material do instituto do juiz das garantias.

Em relação a essa alegação, o ministro Luiz Fux, na decisão que concedeu a liminar na Medida Cautelar postulada nas ADIs nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, concentrou o fundamento da inconstitucionalidade material sob duas premissas; a primeira delas cinge-se à carência de verba orçamentária e estudos preexistentes para a inserção do mecanismo em comento, enquanto que a segunda envolve os efeitos da implementação do juiz das garantias no combate à criminalidade brasileira.<sup>48</sup>

No tocante à falta de dotação orçamentária, vale repisar que a Lei nº 13.964/2019 não gera novos cargos no plano do Judiciário, isto é, ela não cria um órgão novo. Na verdade, a legislação em questão, ao tratar do juiz das garantias, reivindica uma divisão funcional da competência jurisdicional, uma “reorganização da estrutura” atual, nas palavras do Ministro Dias Toffoli.<sup>49</sup>

Nesse contexto, é oportuno citar outras leis federais que exigiram uma reorganização estrutural do Poder Judiciário e que, de maneira semelhante a Lei nº 13.964/2019, não previram o impacto financeiro para a efetivação legislativa, como, por exemplo, a Lei nº 9.099/95<sup>50</sup>, a qual dispôs sobre os juizados especiais,

---

<sup>46</sup> Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/processo-judicial-eletronico-pje/diretrizes-estrategicas/>>. Acesso em: 18 jul. 2020.

<sup>47</sup> SCHREIBER, Simone. Em defesa da constitucionalidade do juiz de garantias. Consultor Jurídico, 25 abril 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/juiz-garantias.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2020.

<sup>48</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 6.298, Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 22 jan. 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

<sup>49</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 6.298, Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 15 jan. 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Juizdasgarantias.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

<sup>50</sup> BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Planalto, Brasília, 26 set. 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2020.

a Lei nº 10.259/01<sup>51</sup>, que regulou os juizados especiais federais, e a Lei nº 11.340/06<sup>52</sup>, a qual criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar em desfavor da mulher.<sup>53</sup>

Além de tudo, a alegação fundada na ausência de dotação orçamentária e na carência de um estudo prévio para a implementação do juiz das garantias esbarra em um axioma fundante do Estado Democrático de Direito, o qual adverte que a eficácia das garantias fundamentais individuais não deve se sujeitar a argumentos financeiros e orçamentários. Urge reiterar, nessa perspectiva, que a figura do juiz das garantias representa a consagração do princípio da imparcialidade jurisdicional, o qual, por sua vez, é o princípio supremo do processo<sup>54</sup> e uma garantia fundamental do acusado e de toda a sociedade. Em função do exposto, não é admissível empregar a justificativa da reserva do possível para tolher a implementação do sistema do *doblo juez*, levando em consideração que isso denota a supressão de direitos do réu.

Refutada, portanto, a primeira premissa que embasa a alegação de inconstitucionalidade material do instituto do juiz das garantias, passa-se a perquirir a arguição de ineficácia do mecanismo em questão no combate à criminalidade brasileira. Em caráter introdutório, é de se destacar que a análise da constitucionalidade de uma norma não deve ser pautada pelo enfrentamento à impunidade criminal, visto que o Supremo Tribunal Federal não possui competência para emitir um juízo eminentemente político, ao contrário do Poder Legislativo e do Poder Executivo.<sup>55</sup>

Nas palavras de Schreiber, a “[...] jurisdição constitucional não se presta à eleição de modelos mais ou menos eficientes de justiça penal, pois tal matéria insere-se no exercício de liberdade de conformação do legislador.”<sup>56</sup> Pode-se dizer, desse modo, que a Suprema Corte brasileira deve declarar o que é constitucional – e o que não é – seguindo os parâmetros estabelecidos na Constituição Federal de 1988.

Em segundo lugar, a argumentação de que a implementação da figura do juiz das garantias elevará a morosidade da justiça criminal é simplesmente especulativa, dado que inexistente um estudo empírico que comprove tal afirmação.

---

<sup>51</sup> BRASIL. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Planalto, Brasília, 12 jul. 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10259.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2020.

<sup>52</sup> BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Planalto, Brasília, 7 ago. 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2020.

<sup>53</sup> SCHREIBER, Simone. Em defesa da constitucionalidade do juiz de garantias. Consultor Jurídico, 25 abril 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/juiz-garantias.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2020.

<sup>54</sup> ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y derecho procesal (introduccion)*. 2. Ed. Madrid: Edersa 1997. p. 127.

<sup>55</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 6.298, Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 22 jan. 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

<sup>56</sup> SCHREIBER, Simone. Em defesa da constitucionalidade do juiz de garantias. Consultor Jurídico, 25 abril 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/juiz-garantias.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2020.

Ademais, o princípio da razoável duração do processo, previsto no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, não pode ser interpretado em prol da *potestad* punitiva estatal, posto que, por escolha constitucional, é uma garantia democrática e deve ser tratado como tal. Por conta disso, não cabe citar tal princípio como pretexto para a não efetivação do sistema do duplo juiz.

À face de todo o conteúdo apresentado, resulta-se clarividente que as alegações de inconstitucionalidade formal e material do instituto do juiz das garantias apenas representam a resistência ao fortalecimento do sistema acusatório no Brasil, tendo em vista que nesse modelo de justiça criminal o julgador não ostenta o posto de protagonista no campo do processo penal, não interferindo, por exemplo, na gestão das provas. Pode-se sustentar, com isso, que os argumentos presentes nas ADIs nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 são insubsistentes, a ponto de não fundamentarem a não implementação do juiz das garantias no ordenamento processual penal brasileiro.

Logo, demonstrada a fragilidade dos argumentos que fundam as críticas à inserção do sistema do duplo juiz, faz-se mandatário observar a perspectiva de redução da crise da imparcialidade do julgador penal e a consolidação do princípio dispositivo no campo processual penal brasileiro por meio da implementação da figura do juiz das garantias.

## **5. A PERSPECTIVA DE FORTALECIMENTO DO SISTEMA ACUSATÓRIO NO BRASIL COM A IMPLEMENTAÇÃO DO INSTITUTO DO JUIZ DAS GARANTIAS**

A princípio, cumpre sublinhar que a partir da década de 1990 todos os países latino-americanos, com exceção do Brasil, promoveram a reestruturação de seus sistemas processuais penais,<sup>57</sup> envolvendo reformas legislativas e constitucionais inerentes à redemocratização desses países.

Desta forma, enquanto o Brasil fomentava os poderes investigatórios e instrutórios do magistrado e, conseqüentemente, fortalecia o caráter inquisitório de seu modelo de justiça criminal, os demais países latino-americanos buscavam, com a estruturação dos novos Códigos de Processo Penal, a efetividade de um sistema de persecução penal acusatório,<sup>58</sup> que estabelecesse estruturas principiológicas demarcadas pela oralidade<sup>59</sup> e pela viabilidade de todos os atos decisórios serem proferidos nas audiências, de maneira a prestigiar o contraditório.

---

<sup>57</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. Permanências inquisitivas e refundação do processo penal: a gestão administrativa da persecução penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Orgs.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*. V. 1-2. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.

<sup>58</sup> BINDER, Alberto. ¿Que significa implementar un nuevo sistema de justicia penal? In: BINDER, Alberto. *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012. p. 143 e ss.

<sup>59</sup> BINDER, Alberto. *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos*. Monterrey: Poder Judicial del Estado de Nuevo León, 2014. p. 29 e ss.

Ainda que o Código de Processo Penal brasileiro não tenha passado por uma integral refundação democrática, conforme ocorreu nos outros países latino-americanos, é de se reconhecer que a Lei nº 13.964/2019 promoveu um progresso significativo na redução do atraso civilizatório e constitucional presente no CPP.<sup>60</sup>

Conforme destacado ao longo da pesquisa, alguns dispositivos previstos na Reforma de 2019/2020 fortaleceram o modelo de justiça criminal acusatório, aperfeiçoando o princípio dispositivo no Brasil. No entanto, esses artigos mencionados não constituem a salvaguarda de todos os problemas do processo penal brasileiro.<sup>61</sup> O que se verifica, na verdade, é que alguns mecanismos dispostos na Lei nº 13.964/2019 potencializam a transformação normativa das práticas inquisitórias propagadas no – e pelo – Poder Judiciário.

É justamente nesse cenário que a figura do juiz das garantias assume especial relevância no ordenamento processual penal brasileiro. Com efeito, o instituto preceituado no art. 3º-B do CPP minimiza a crise da imparcialidade do julgador penal, à medida que preserva o distanciamento do magistrado sentenciante dos elementos colhidos na fase preliminar investigatória.

Nessa mesma linha, André Maya destaca que a concentração das atividades de analisar e decidir as medidas restritivas das liberdades individuais em um órgão jurisdicional específico, o qual será competente exclusivamente para tutelar a legalidade da etapa investigatória, promove, de um lado, a intensificação no resguardo do princípio da imparcialidade, enquanto que, noutro norte, invalida a tese da prevenção como regra de exclusão da competência no ordenamento processual penal brasileiro.<sup>62</sup> Por conta disso, o autor aludido declara que a figura do juiz das garantias exterioriza-se como “um instrumento de conformidade constitucional da atuação jurisdicional na fase pré-processual.”<sup>63</sup>

Na prática, a consequência gerada pela implementação do instituto em questão é o da integral divisão entre as atividades jurisdicionais desempenhadas antes e depois do início do processo, já que o ato de recebimento da peça acusatória opera como o elo entre a etapa preliminar investigatória e a fase processual instrutória. Desse modo, com a efetivação de tal proposição, previne-se – ou ao menos reduz o risco – de que o juiz sentenciante seja influenciado pelos elementos informativos colhidos no inquérito policial, ou que, antes mesmo da produção

---

<sup>60</sup> FRÍAS, Eduardo Gallardo. La reforma al proceso penal chileno y el juez de garantía. Boletim IBCCRIM. São Paulo, ano 28, nº 330, maio 2020, p. 7-10. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/40>>. Acesso em: 05 jul. 2020.

<sup>61</sup> ARIANO, Raul Abramo; MOSCATELLI, Livia Yuen Ngan. Juiz das garantias: A onda democrática em meio à maré do punitivismo rasteiro. Boletim IBCCRIM. São Paulo, ano 28, nº 330, maio 2020, p. 17-19. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/40>>. Acesso em: 05 jul. 2020.

<sup>62</sup> MAYA, André Machado. Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. E-Book. ISBN 9788522492145. p. 196. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522492145/>>. Acesso em: 08 jul. 2020.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 196.

probatória sob o contraditório e a ampla defesa, o magistrado já tenha adotado uma das teses apresentadas, fazendo com que o processo seja prescindível, pois a questão de mérito já está decidida “independentemente das atividades probatórias das partes.”<sup>64</sup>

A propósito, o instituto em comento não é um figura inédita a ser regulamentada pela Lei nº 13.964/2019, já que sob a perspectiva do Direito Comparado pode-se identificar outros países que consolidaram a entidade do juiz garante, como, por exemplo, Argentina, Chile, Colômbia, Itália, México, Paraguai, Portugal etc. O que se constata, diante disso, é um movimento internacional na esfera do processo penal que reconhece a necessidade de um magistrado diverso do juiz de mérito para decidir sobre as situações que restringem direitos do indivíduo durante a investigação preliminar, haja vista que “de nada valeria o desenvolvimento do processo se o resultado do jogo já estiver definido.”<sup>65</sup>

Assim, por mais que o ordenamento jurídico brasileiro apresente uma certa resistência quanto a implementação do instituto em comento, é preciso advertir que o sistema do *double juez* é consolidado em países que adotam o sistema acusatório como o modelo de justiça criminal ideal, utilizando-se, para tanto, do paradigma humanitário para nortear o poder punitivo estatal.

Daí se extrai a importância da figura do juiz das garantias como condição à adequação democrática do processo penal brasileiro à ordem constitucional, uma vez que o mecanismo mencionado proporciona a conservação da originalidade cognitiva do juiz sentenciante e, conseqüentemente, a segurança de uma jurisdição imparcial. E aqui não se pode esquecer que a “[...] imparcialidade judicial é uma garantia tão essencial a função jurisdicional que condiciona a sua própria existência: Sem juiz imparcial, não há propriamente processo judicial.”<sup>66</sup> Inserido nesse contexto, André Maya proclama que:

[...] o juiz de garantias parece ser, de fato, senão um passo para a solução relativa à incompatibilidade entre a regra da prevenção e a garantia da imparcialidade no processo penal, por certo uma medida compatível com a imperiosa necessidade de se otimizar ações que, conquanto não neutralizadoras, sejam ao menos redutoras de potenciais danos aos direitos fundamentais.<sup>67</sup>

É essa interpretação, pois, que dá ensejo à compreensão de que o juiz das garantias consolida a condição do acusado como a de um sujeito detentor de

---

<sup>64</sup> PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 109.

<sup>65</sup> ARIANO, Raul Abramo; MOSCATELLI, Livia Yuen Ngan. Juiz das garantias: A onda democrática em meio à maré do punitivismo rasteiro. Boletim IBCCRIM. São Paulo, ano 28, nº 330, maio 2020, p. 17-19. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/40>>. Acesso em: 05 jul. 2020.

<sup>66</sup> CORDÓN MORENO, Faustino. Las garantías constitucionales del proceso penal. 2. ed. Navarra: Aranzandi, SA, 2002. p. 109.

<sup>67</sup> MAYA, André Machado. Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. E-Book. ISBN 9788522492145. p. 207. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522492145/>>. Acesso em: 08 jul. 2020.

direitos e garantias que devem ser amparados pelo Poder Judiciário, o que simboliza, por seu turno, um progresso considerável para o fortalecimento do modelo de justiça criminal adotado tacitamente pelo constituinte originário de 1988.

Neste ponto, merece destaque o posicionamento de Afrânio Silva Jardim, o qual observa que a tendência da legislação brasileira é de purificar ao máximo o modelo acusatório, atribuindo aos atores processuais “funções não apenas precípuas, mas absolutamente exclusivas, o que dá ao réu a segurança de um processo penal mais democrático, na medida em que o órgão julgador tem a sua neutralidade integralmente preservada.”<sup>68</sup>

Resta clarividente, à face de tudo isso, que o instituto previsto no art. 3º-B do CPP potencializa a redução de danos no âmbito do processo penal, atenuando, p. ex., as práticas autoritárias de desvio de funções e atribuições dos sujeitos do sistema criminal, ao passo que, de um outro lado, maximiza o direito de ser julgado por um magistrado imparcial.

Portanto, com assente na lição de Giacomolli, pode-se sustentar que:

O processo penal brasileiro, embora de forma gradual e paulatina, passa a desvencilhar-se dos grilhões limitadores da legislação ordinária, da fé inabalável na codificação, na crença do imparcial pelo juramento ou pela toga e ingressa na complexidade do ordenamento jurídico (importância da Constituição) e da comunidade universal (importância dos diplomas internacionais protetivos dos direitos humanos e dos Tribunais Internacionais).<sup>69</sup>

Nessa esteira, mostra-se fundamental que o plenário do Supremo Tribunal Federal revise a decisão do Ministro Luiz Fux nas ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, a ponto de reestabelecer a vigência dos artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, 28, *caput*, 157, §5º e 310, §4º, todos do CPP. Somente com a revogação da medida cautelar proferida nas ADIs mencionadas é que a figura no juiz das garantias poderá amenizar os danos no âmbito do processo penal.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem a pretensão de esgotar as discussões acerca do objeto do presente estudo, ou mesmo de apresentar a solução à problemática do perfil inquisitório do processo penal brasileiro, é possível indicar, com alicerce na epistemologia garantista de Ferrajoli, que o instituto do juiz das garantias constitui uma medida de redução de danos no âmbito do processo penal e de maximização do direito de ser julgado por um magistrado imparcial.

---

<sup>68</sup> JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2003. p. 312.

<sup>69</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. E-Book. ISBN 9788597008845. p. 281. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

Tem-se, pois, que o sistema do *doble juez* simboliza um progresso vultuoso para o fortalecimento do modelo de justiça criminal adotado constitucionalmente, tendo em vista que o instituto aludido se manifesta como um método de preservação da imparcialidade jurisdicional e efetivação dos direitos individuais da parte hipossuficiente.

Desse modo, ainda que exista diversas críticas quanto a implementação do sistema do *doble juez*, envolvendo, por exemplo, a reestruturação da organização judiciária, a ausência de dotação orçamentária e a carência de um estudo prévio para a inserção do mecanismo, é fato que a instituição do juiz das garantias representa um importante movimento para a intensificação da mudança cultural, institucional e normativa dos costumes inquisitórios perpetuados no judiciário brasileiro.

Todavia, é imperioso destacar que a figura do juiz das garantias não representa a superação de todos os traços autoritários do processo penal brasileiro, posto que, enquanto o Código de Processo Penal de 1941 prever a possibilidade do juiz ter iniciativa probatória, o modelo de justiça criminal continuará com uma matriz inquisitória, já que não se pode ter um sistema acusatório sem preservar a imparcialidade do órgão julgador.

## REFERÊNCIAS

ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y derecho procesal (introduccion)*. 2. Ed. Madrid: Edersa 1997.

ARIANO, Raul Abramo; MOSCATELLI, Livia Yuen Ngan. Juiz das garantias: A onda democrática em meio à maré do punitivismo rasteiro. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 28, nº 330, maio 2020, p. 17-19. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/40>>. Acesso em: 05 jul. 2020.

BINDER, Alberto. ¿Que significa implementar un nuevo sistema de justicia penal? In: BINDER, Alberto. *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012.

\_\_\_\_\_. *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos*. Monterrey: Poder Judicial del Estado de Nuevo León, 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 8.045, de 22 de dezembro de 2010. Câmara dos Deputados, Brasília, 22 dez. 2020. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=A469244AD8100%2046625925F4835FEF1AA.proposicoesWebExterno2?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A469244AD8100%2046625925F4835FEF1AA.proposicoesWebExterno2?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010)>. Acesso em: 10 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 882, de 19 de fevereiro de 2019. Câmara dos Deputados, Brasília, 19 fev. 2019. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=253A0AAC5E4CF9D949116121114AFBD7.proposicoesWebExterno2?codteor=1712088&filename=PL+882/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=253A0AAC5E4CF9D949116121114AFBD7.proposicoesWebExterno2?codteor=1712088&filename=PL+882/2019)>. Acesso em: 12 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal**. Decreto Lei nº. 3.689 de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp\\_processo\\_penal.pdf](http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf)>. Acesso em: 13 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. **Planalto**, Brasília, 12 jul. 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10259.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Planalto**, Brasília, 7 ago. 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.694, de 24 de dezembro de 2019. **Planalto**, Brasília, 24 dez. 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 12 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Planalto**, Brasília, 26 set. 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Projeto de Lei nº 6.341, de 2019. **Senado Federal**, Brasília. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=8052836&ts=1578319198569&disposition=inline>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 91024/RN, Relatora Ellen Gracie, Data de Julgamento: 05 agosto 2008. **JusBrasil**, 2008. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2916925/habeas-corporus-hc-91024-rn>>. Acesso em: 07 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 6.298, Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 22 jan. 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

CAMPOS, Francisco. **O Estado nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. A ideologia no processo civil. Trad. Athos Gusmão Carneiro. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 23, p. 17, nov. 1981.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 3. ed. Ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. Permanências inquisitivas e refundação do processo penal: a gestão administrativa da persecução penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Orgs.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**. V. 1-2. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-115, set. 2009.

CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986.

CORDÓN MORENO, Faustino. **Las garantías constitucionales del proceso penal**. 2. ed. Navarra: Arazandi, SA, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRÍAS, Eduardo Gallardo. La reforma al proceso penal chileno y el juez de garantía. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 28, nº 330, maio 2020, p. 7-10. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/40>>. Acesso em: 05 jul. 2020.

GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. E-Book. ISBN 9788597008845. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

GIL, Renata. Nota Pública – Juiz de Garantias. **Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB)**, Brasília, 27 dez. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/2T1gQ4y>>. Acesso em: 05 jan. 2020.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2003.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos do Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020. E-Book. ISBN 9786555592313. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555592313/>>. Acesso em: 08 jul. 2020.

MACEDO, Fausto. A desconstrução do pacote Moro. **Estadão**, São Paulo, 7 dez. 2019. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-desconstrucao-do-pacote-moro/?fbclid=IwAR0CHACetcxPd4SzFPgAMTe-sqqiKTqNetqN9qNiRB5TeSU8kOINdGt4umg>>. Acesso em: 25 jun. 2020.

MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. E-Book. ISBN 9788522492145. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522492145/>>. Acesso em: 08 jul. 2020.

PEREIRA, Merval. Juiz das garantias. **O Globo**, Rio de Janeiro, 14 jun. 2019. Disponível em: <<https://glo.bo/2SVqo0Y>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo Penal**. Reflexões a partir da Teoria da Dissociação Cognitiva. 2016. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS, Porto Alegre, 2016. p. 153.

SCHREIBER, Simone. Em defesa da constitucionalidade do juiz de garantias. **Consultor Jurídico**, 25 abril 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/juiz-garantias.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2020.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. A cultura Inquisitória vigente e a Origem Autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro. **Revista. Emerj**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, 2015 p. 264-275. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista67/revista67\\_264.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_264.pdf)>. Acesso em: 03 maio 2020.

TAFARELLO, R. F. Juiz das garantias: um notável (e atrasado) avanço democrático para o Brasil. **Estadão**, São Paulo. Disponível em: <<https://bit.ly/2ZQT2BS>>. Acesso em: 05 jun. 2020.

# **A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O DIREITO PENAL: A PROPORCIONALIDADE NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS<sup>1</sup>.**

MICHAEL PROCOPIO RIBEIRO ALVES AVELAR<sup>2</sup>

## **1. INTRODUÇÃO**

Com o reconhecimento da força normativa da Constituição (HESSE, 1991), passou-se a entender que suas normas possuem efeitos jurídicos, o que possibilitou a compreensão de que ela deve exercer o papel de norma de maior hierarquia no ordenamento jurídico (KELSEN, 2009). A Constituição passaria a ser mais do que simplesmente a carta de organização dos poderes políticos e de estruturação do Estado, passando a conter, além disso, os mais relevantes princípios e regras do ordenamento jurídico.

A normatividade do texto constitucional torna-o parâmetro para todos os dispositivos normativos, por ser o ápice do sistema jurídico e o próprio fundamento de validade dos atos produzidos por todos os poderes. Por conseguinte, toda as leis possuem na Constituição seu fundamento de validade, razão pela qual só são válidas se estiverem em conformidade com os seus mandamentos e previsões.

Surgiu, assim, o modelo de jurisdição constitucional, seja com uma corte constitucional com o mister de interpretar as disposições constitucionais e, a partir disso, analisar a validade das normas inferiores, como proposto por Hans Kelsen, seja com a possibilidade de todos os órgãos jurisdicionais analisarem a constitucionalidade das leis, como desenvolvido no modelo estadunidense.

---

<sup>1</sup> Trabalho apresentado como requisito parcial para obtenção do título de especialista pela Università di Pisa.

<sup>2</sup> Juiz Federal. Mestrando em Direito Penal (USP). Pós-graduado em Filosofia e Teoria do Direito (PUC Minas) e em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais (Universidade de Pisa).

No âmbito da competência de se analisar quais as normas são constitucionais, surgiu o questionamento sobre os limites da atuação dos juízes em relação à análise da legislação. Contrapõem-se a necessidade de se garantir a validade das normas constitucionais e o princípio democrático, notadamente no que se refere à esfera política de decisão do Legislativo.

Uma das grandes questões a serem analisadas quanto às balizas da jurisdição constitucional, no âmbito da separação dos poderes ou funções no Estado Democrático de Direito, é a validade das leis penais e sua conformidade com a Constituição. Como critério para analisar a constitucionalidade das leis penais, há o juízo de proporcionalidade, que tem sido importante instrumento das cortes constitucionais para fundamentar suas decisões.

Como o Direito Penal constitui o ramo jurídico que leva à maior restrição aos direitos fundamentais em uma democracia, o controle de suas normas, à luz do que prevê a Constituição, é uma tarefa primordial e, ao mesmo tempo, complexa. Ainda que o texto constitucional possa prever diretamente algumas prescrições sobre a legislação criminal, é o exame da proporcionalidade que permitirá o maior controle sobre a previsão de crimes e as penas selecionadas pelo legislador.

Cumpre, então, analisar os limites do controle de constitucionalidade, os seus critérios e a sua compatibilização com o princípio democrático, com delimitação do campo que cabe ao Legislativo no exercício de sua função precípua. Ainda que não se trate de tema inédito, o assunto é de suma relevância, especialmente em uma era em que se fala de Direito Penal do Inimigo e o avanço do poder punitivo encontra ressonância em grandes setores da sociedade ocidental (ZAFFARONI, 2011).

O estudo será feito por meio de revisão bibliográfica, em que se colhem os conceitos, elementos e características da jurisdição constitucional, das leis penais e da proporcionalidade. Com essa base teórica, passa-se à análise de suas relações, ainda com base em premissas teóricas, para se produzir uma proposta de conclusão, ainda que não definitiva, mas como contributo ao tema.

## **2. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A SEPARAÇÃO DE PODERES E A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO**

O Estado é o poder soberano, que emana de um povo, sobre determinado território, com finalidades determinadas. Referida soberania comporta três funções estatais básicas, por meio das quais o poder é exercido: a executiva, a legislativa e a jurisdicional.

Nesse contexto, o princípio da separação de funções ou, em sua denominação clássica, da separação de poderes, preconiza que cada uma dessas funções deve incumbir a um centro de poder diferente. Por conseguinte, as funções

executiva, legislativa e jurisdicional devem ser exercidas, respectivamente, pelo Poder Executivo, pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário. Esse princípio associou-se ao conceito de Estado de Direito, atingindo o *status* de direito fundamental do homem (BONAVIDES, 2002).

Com a transformação desse importante princípio, tanto no direito brasileiro quanto no comparado, fala-se em flexibilização da separação de poderes. Tornou-se inadequada a separação rígida nos moldes propostos por Montesquieu e defendidos por Locke (TAVARES, 2008).

Na visão contemporânea, a divisão de funções do Estado tem sido compreendida a partir de dois pontos essenciais: a necessidade de contenção dos poderes da maioria, limitando-se o poder político para proteção da minoria, e a crise da função legislativa (VALLE, 2009). Surge, então, nessa conjuntura, o fenômeno denominado de ativismo judicial.

O ativismo judicial é a postura que o Judiciário pode assumir em relação aos Poderes Executivo e Legislativo, mormente no que tange à interpretação da Constituição, no exercício do controle de constitucionalidade. Quando adotada tal postura, os juízes, além de exigirem o cumprimento formal da lei, decidiriam com base em interpretações extraídas dos princípios do Direito, notadamente os constitucionais. Expandir-se-ia, assim, o conteúdo da Constituição, modificando-se o alcance de suas normas com vistas a atingir os objetivos que ela prevê.

Como efeito direto, referida atuação jurisdicional interfere em decisões políticas do governo, analisando-as sob a ótica dos preceitos extraídos do direito positivo. Faz-se uma releitura dos atos governamentais sob a égide dos valores advindos da Constituição, em uma leitura moral do seu texto.

Os juízes poderiam, inclusive, passar a ditar políticas públicas e retificar as existentes. Referida atuação representaria, portanto, uma atividade mais audaciosa dos juízes devido à ilação de princípios constitucionais abstratos, tais como a dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade de expressão, dentre outros (OLIVEIRA, 2011). Sobre o tema, o aclamado constitucionalista estadunidense Ronald Dworkin esclarece:

O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas (...). Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso. (DWORKIN *apud* OLIVEIRA, 2011).

O ativismo representa a avocação de funções mais amplas pelos juízes e tribunais, que passariam, com isso, a interferir nas decisões políticas fundamentais do Estado. Os programas de governo e as leis infraconstitucionais passariam, então, a ser vistas através das lentes da interpretação que o Judiciário dá aos preceitos previstos na Constituição, mesmo que abstratos ou implícitos.

A posição diametralmente oposta seria a defendida pelo modelo da autorrestrrição ou da moderação judicial. Segundo referida concepção, o Judiciário deve se abster de avaliar a posição do Legislativo e do Executivo quando se deparar com questões controversas do ponto de vista moral ou político.

Consoante a ideologia da autorrestrrição, a avaliação jurisdicional é feita no âmbito formal, analisando-se, por exemplo, a observância do processo legislativo, e no material, mas de modo estrito. Confrontam-se as leis com aquilo que está expresso na Constituição, como a repartição de competências aos órgãos jurisdicionais. Entretanto, não se deveria analisar, na jurisdição constitucional, a decisão política contida em determinada lei. Os magistrados, sob esse ponto de vista, tenderiam a proferir decisões sobre atos do governo com base em regras objetivas.

Feitas as distinções entre autorrestrrição e ativismo, cumpre, então, ressaltar que o este último modelo está intrinsecamente ligado à judicialização, que consiste na crescente atribuição de competência ao Judiciário para a tomada de decisões de alta relevância, do ponto de vista político-social. Com a judicialização, a competência para resolver assuntos que repercutem amplamente na sociedade vai sendo deixada sob a responsabilidade dos juízes, ao invés de serem decididos pela Administração Pública ou regulados pela legislação ordinária, o que favorece que eles tenham uma postura mais ativista.

Analisando este fenômeno no Brasil, o professor e juiz da corte constitucional Luis Roberto Barroso enumera como suas causas o processo de redemocratização por que passou o país na sua história recente, a constitucionalização abrangente e o sistema judicial de controle de constitucionalidade (BARROSO, 2009). Também com base nos apontamentos feitos por Barroso, insta salientar que, apesar da conexão entre a judicialização e o ativismo, são situações diversas.

A judicialização não consiste em uma forma de atuação dos juízes nem decorre de sua própria decisão, tendo em vista que a sua competência não é por eles definida, mas pela legislação. O ativismo, por sua vez, é uma postura que eles podem ou não adotar, conforme decidem os casos que lhes são apresentados.

Como ponto de contato, podemos concluir que o ativismo tem na judicialização seu catalisador. À medida em que se aumenta o leque de assuntos sob a tutela jurisdicional, como no caso de promulgação de uma constituição prolixa ou muito abrangente, mais fácil se torna a intervenção do Judiciário nos rumos políticos do país, exercendo um papel de protagonista no cenário político.

A crítica aponta que o ativismo judicial abalaria o equilíbrio entre os poderes, por representar uma ingerência do Judiciário em tarefas originariamente afetas ao Legislativo e ao Executivo, tirando dos centros de comando democraticamente eleitos as decisões que mais afetam o corpo social. Tal postura tornaria os juízes mais poderosos, entregando-lhes grande parcela da gestão do Estado, sem que tenham recebido essa legitimidade por meio do sufrágio.

O ativismo representaria, consoante a visão de Oscar Vilhena Vieira, uma ruptura do postulado da separação dos poderes que exporia o próprio Judiciário e o fragilizaria ante a responsabilização pelas suas opções políticas (VIEIRA, 2008). Isto porque, quanto mais o Poder Judiciário toma para si responsabilidades, mais se torna responsável pelos rumos do país.

Traz-se à colação, como contraponto a tais críticas, a posição defendida por Tiago Neiva Santos, que vislumbra na postura ativista “um movimento que, advindo de um efetivo pluralismo democrático de acesso ao judiciário e de uma crescente judicialização das questões postas na sociedades, veio para reforçar as bases democráticas da formação da vontade social expressa pelo Estado” (SANTOS, 2007).

Há a posição de Sílvio Dobrowolski, que defende mais veementemente o modelo, ao descrevê-lo como indispensável no Estado contemporâneo, em virtude da coletivização dos direitos e da dispersão de interesses. Ressalva, no entanto, que devem sempre ser respeitadas “as normas legisladas e a separação dos poderes” (DOBROWOLSKI, 1995).

Analisado, brevemente, o pressuposto teórico da separação dos poderes ou das funções no Estado de Direito, pode-se passar ao enfoque mais específico da função estatal de jurisdição constitucional. Cuida-se de importante função do Estado e, portanto, exercício de poder, que envolve tanto a questão da harmonia e balanceamento entre os poderes do Estado e os órgãos que os exercem, quanto o seu controle pelo povo, titular originário e inafastável do poder estatal, especialmente em uma concepção política baseada nas declarações de direitos humanos em âmbito global.

Como já mencionado, a jurisdição constitucional constitui-se do controle de toda a legislação infraconstitucional com base na Constituição, considerada, nos termos da teoria pura do direito kelseniana, a norma fundamental de todo o ordenamento jurídico. As normas constitucionais, por sua posição de ápice do sistema, servem de fundamento de validade para todos os demais dispositivos normativos.

As constituições modernas tendem a ser rígidas, por preverem um procedimento específico e mais rigoroso para alteração do seu texto. Como consequência, não podem ser alteradas pela legislação que lhes sobrevinha. Pelo contrário, como complemento da supremacia constitucional, a legislação ordinária e complementar é que deve obedecer ao conteúdo da constituição, sujeitando-se a ela, sob pena de invalidade.

Vale frisar que o texto constitucional não é imutável, nem as normas que se extraem dele. Costuma-se prever um procedimento de alteração, que, como dito, é mais difícil que o da legislação infraconstitucional. Além disso, a própria interpretação da constituição pode se alterar com o tempo, com o fenômeno denominado de mutação constitucional. A mutação seria o fenômeno em que as

normas extraídas se alteram sem que o texto tenha sido modificado, em razão da interpretação que evolui com as mudanças e a evolução social.

Referido fenômeno é explicado pelo ilustre Paulo Gustavo Gonet Branco, que entende que ele ocorre quando há evolução na situação de fato sobre o qual incide a norma ou pelo predomínio de uma nova visão na sociedade. O texto continua o mesmo, mas há uma nova atribuição de sentido, da qual se extrai uma norma nova (MENDES ET AL., 2009). É interessante anotar esse fenômeno porque ele também demonstra o grau de alcance da jurisdição constitucional, que lida inclusive com a modificação da norma extraída do texto dos dispositivos constitucionais.

Nesta toada, o reconhecimento da supremacia e normatividade da Constituição não se opõe à ideia de que ela não seja dotada de completude, mas que possua a flexibilidade necessária para a sua evolução no tempo, em conjunto com a sociedade. O jurista Gilmar Ferreira Mendes, juiz no Supremo Tribunal Federal Brasileiro, concebe a Constituição em um âmbito material, como as regras que estruturam o exercício do poder e as normas do procedimento legislativo, e formal, como conjunto de normas aprovadas sob um rito específico e sujeitas a uma forma específica de revisão. Ademais, citando Konrad Hesse, ensina que:

Na tentativa de consagrar um conceito que contemple, a um só tempo, o conteúdo material e a realidade normativa da Constituição, define-a Hesse como ordem jurídica fundamental da coletividade, (*Die Verfassung ist die rechtliche Grundordnung Gemeinwesens*). Considera que, enquanto ordem jurídica fundamental, a Constituição contém as linhas básicas do Estado e estabelece diretrizes e limites ao conteúdo da legislação vindoura. Todavia, não há de se confundir a Constituição com uma regulamentação precisa e completa. A Constituição, ensina Hesse, não codifica, mas regula apenas – frequentemente as linhas essenciais – aquilo que se afigura relevante e carecedor de uma definição. (MENDES ET AL., 2009)

Tornou-se imprescindível, a partir de referido pressuposto da supremacia constitucional, que se concebesse uma forma de se garantir a supremacia da Constituição e de que as normas infraconstitucionais lhes sejam compatíveis. De nada adiantaria o reconhecimento de que as normas inferiores em hierarquia devem guardar conformidade com as regras e princípios constitucionais, se não houvesse um mecanismo que permitisse a realização de tal controle.

Hans Kelsen concebeu, assim, o modelo concentrado, com uma corte constitucional cuja atribuição seria a de controlar a compatibilidade das normas inferiores. A necessidade de um controle sobre a compatibilidade da Constituição repousa no fato de esta ser fundamento de validade daquelas, nos termos expostos na sua conhecida Teoria Pura do Direito:

A afirmação de que uma lei válida é ‘contrária à Constituição’ (anticonstitucional) é uma *contradictio in adjecto*; pois uma lei somente pode ser válida com

fundamento na Constituição. Quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento da sua validade tem de residir na Constituição. De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível acerca dela qualquer afirmação jurídica. Se a afirmação, corrente na jurisprudência tradicional, de que uma lei é inconstitucional há de ter um sentido jurídico possível, não pode ser tomada ao pé da letra. O seu significado pode ser o de que a lei em questão, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não só pelo processo usual, quer dizer, por uma outra lei, segundo o princípio *lex posterior derogat priori*, mas também através de um processo especial, previsto pela Constituição. Enquanto, porém, não for revogada, tem de ser considerada como válida; e enquanto for válida, não pode ser inconstitucional. (KELSEN, 2009).

Posteriormente, além do sistema concentrado, desenvolve-se o sistema chamado de difuso, com a possibilidade de todos os juízes declararem a inconstitucionalidade das normas infraconstitucionais, ao analisar um caso concreto, para a entrega do provimento jurisdicional. Os juízes chamados de ordinários, por não comporem um corte constitucional, têm a função de, ao entregar a prestação jurisdicional que lhes é requerida, verificar se a legislação aplicável ao caso confronta ou não a constituição.

Desenvolve-se, ainda, um sistema misto, com a convivência de aspectos de controle concentrado e do modelo difuso, possibilitando o controle tanto por uma corte constitucional, em exame abstrato da constitucionalidade das normas, quanto por cada um dos membros do Poder Judiciário, na análise dos casos que lhe são apresentados diuturnamente, com resolução de um conflito estabelecido entre as partes de um processo.

O controle pode ser, ainda, concreto ou abstrato, sendo que o primeiro analisa a constitucionalidade das normas para resolução de uma lide, ou seja, de um conflito resistido, entre partes, levado ao Estado para ser dirimido. O controle abstrato, a seu turno, tem como enfoque a norma abstratamente considerada, confrontada com as normas constitucionais, sem um caso concreto como plano de fundo.

A organização política do Estado pode atribuir o exame de constitucionalidade ao Poder Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário. Pode, ainda, conceber uma corte constitucional com essa atribuição, sendo uma tarefa destacada daquela dos juízes ordinários. Em todas as atribuições possíveis, do Poder Judiciário, Executivo ou Legislativo, o controle pode ser preventivo, quando realizado ainda sobre um projeto de lei. Se recair sobre um ato já perfeito e acabado, teremos o chamado controle repressivo.

O controle preventivo realizado pelo Poder Legislativo ocorre com a análise da constitucionalidade do projeto de lei durante o processo legislativo, como por meio da atribuição a uma comissão de parlamentares da tarefa de deliberar sobre a compatibilidade do projeto com a constituição vigente. O Legislativo também pode realizar controle repressivo, sobre atos já acabados. No Brasil,

por exemplo, isso ocorre com o controle que exerce sobre as medidas provisórias, atos normativos editados pelo Presidente da República, com força de lei, que depois devem ser analisados pelo Congresso Nacional.

O Poder Executivo exerce o controle de constitucionalidade, de forma preventiva, ao receber um projeto de lei para sanção ou veto. Um dos fundamentos para que o Chefe do Executivo vete determinada proposição é justamente a sua inconstitucionalidade. Há, ainda, a hipótese de controle repressivo, quando o Chefe do Executivo deixa de aplicar determinada lei em virtude de considerá-la inconstitucional. Ainda que excepcional, cuida-se de hipótese veiculada por vários constitucionalistas em suas obras, devendo ser corretamente motivada e ser utilizada com bastante parcimônia, sob pena de responsabilização do mandatário.

Como o Poder do Estado que analisa conflitos já ocorridos, o Judiciário, em regra, realiza o controle *a posteriori* dos atos, verificando se respeitaram as normas constitucionais sobre o processo de sua elaboração, bem como se o seu próprio conteúdo se harmoniza com aquilo que prevê a constituição. O Judiciário, no entanto, pode também realizar o controle preventivo, no caso de um membro do Legislativo acioná-lo para garantir seu direito de participar de um processo legislativo legítimo, ou seja, para que se respeitem as regras e princípios constitucionais no procedimento de aprovação da lei.

Dito isto, cabe enfatizar que a análise de constitucionalidade, portanto, possui dois grandes enfoques: o formal e o material. No âmbito formal, faz-se o julgamento do respeito às regras e aos princípios constitucionais sobre o processo legislativo. Verifica-se o cumprimento, pelo Legislativo, do devido processo na elaboração das leis, com observância do regramento constitucional sobre o funcionamento das casas legislativas e todo o trâmite relacionado. Se uma norma não observa, por exemplo, o número mínimo de votos necessários para sua aprovação, sua eventual promulgação com este vício enseja o reconhecimento de que padece de inconstitucionalidade formal.

A inconstitucionalidade material, entretanto, é a que traz grandes discussões, por se referir ao próprio conteúdo da lei. Afere-se, no controle, a compatibilidade entre aquilo que dispõe o diploma normativo e o que determina a Constituição, por suas regras e seus princípios, expressos ou implícitos. Por envolver a deliberação política do Legislativo e a opção política do Constituinte, a análise é mais complexa e gera grandes embates.

Ao interpretar a Constituição, o órgão que exerce o controle de constitucionalidade - seja a corte constitucional ou o tribunal ou juiz ordinário - diz aquilo que se deve entender como conteúdo da Constituição. Com base nisso, o *Chief Justice* Charles Evans Hughes, da Suprema Corte dos Estados Unidos, chegou a afirmar que a constituição é o que a Suprema Corte diz que é. Isso mostra uma concepção de total controle da jurisdição constitucional sobre seus limites, dizendo aquilo que deve ser considerado constitucional e o que não deve ser considerado.

A própria afirmação do juiz constitucional estadunidense, bastante difundida, já mostra a dificuldade de se conceber o controle das decisões políticas pelo Poder Judiciário, que é um órgão técnico. Pode-se argumentar que a legitimidade dos Poderes Executivo e Legislativo vêm do sufrágio popular, enquanto os juízes se legitimam pelo seu trabalho técnico-científico, com a devida fundamentação de suas decisões. Mas de todo modo, o exercício ilimitado do poder, com controle até mesmo sobre o parâmetro de controle de constitucionalidade (o que é a constituição e o que não é), não se justifica sequer pela legitimidade técnica.

A tornar o debate mais complexo, há o reconhecimento de que os tribunais também criam o direito, o que flexibilizaria a ideia de que a criação das normas jurídicas é tarefa original e privativamente atribuída ao Poder Legislativo, em sua típica função legiferante, e de que ao Judiciário incumbiria apenas a aplicação do direito posto nos casos concretos, com vistas a obter a pacificação social.

Isto porque, como preleciona Kelsen, a produção normativa se completa com a atuação jurisdicional, de modo que ao Judiciário também compete a função criadora do direito. A decisão judicial seria, assim, a continuação do processo de criação jurídica, definindo a norma jurídica individual (KELSEN, 2009). O legislador cria a norma geral, de forma abstrata, enquanto o juiz cria a norma individual, concreta, para aquele caso que lhe foi apresentado.

Acontece que determinadas decisões de constitucionalidade envolvem temas mais complexos, os quais podem ser chamados de casos difíceis ou *hard cases*. São aqueles em que a discussão envolve valores morais de parcelas consideráveis da sociedade, contrapostos a outros interesses igualmente defensáveis. Confrontam-se diferentes visões de mundo nas salas dos tribunais, e não mais no parlamento, que seria o palco natural de tais debates, em razão da representatividade popular.

A crítica aponta que determinadas decisões exaradas a título de controle de constitucionalidade seriam políticas, termo que possui um conceito ambíguo e amplo. O que se depreende, contudo, das vozes que se levantam contra determinadas deliberações, especialmente de cortes constitucionais, é a substituição da decisão do legislador por aquela dos juízes, não sujeitos ao controle popular por meio do voto.

Existem, então, discussões sobre os limites de apreciação das normas, seja pelos juízes ordinários que compõem o Poder Judiciário, seja por uma corte constitucional. Essas celeumas são incrementadas com as questões expostas acima, como a corte constitucional dizer o que é a constituição, na visão de alguns, e em relação à função criadora do direito pelo Judiciário, de modo que este Poder do Estado poderia exercer o controle de constitucionalidade e, além disso, inovar no ordenamento jurídico, criando normas individuais.

Ainda que a discussão possa ter nuances diferenciadas quanto à estrutura do controle, que pode variar entre concentrado, difuso ou misto, pode-se

apontar como ponto em comum a limitação da decisão de controle de constitucionalidade frente às decisões políticas tomadas pelos outros poderes do Estado. É esta a tensão que sobressai, a do conflito da jurisdição constitucional com as decisões políticas controversas dos outros poderes.

O contraponto à necessidade de controle de constitucionalidade das normas é o princípio democrático, segundo o qual as decisões populares sobre as questões controversas devem priorizar a vontade popular. Na democracia representativa, a escolha da população se dá por meio da aprovação de lei pelo Poder Legislativo, composto de vários membros que recebem o apoio de diversos segmentos da sociedade.

Assim, a lei representa a escolha do povo, verdadeiro titular do poder exercido pelo Estado, sobre as diversas áreas e assuntos da sociedade. É a deliberação tomada por meio de discussões de representantes da maioria e das minorias, com o pluralismo que deve refletir aquele presente no próprio povo. Desde as cidades-estados na Grécia, não há como a população votar diretamente e decidir os rumos da sociedade. Por isso, na democracia semidireta, há representantes eleitos para a manifestação popular, que é o parlamento em um sentido amplo, ou, usando um termo mais genérico, o Poder Legislativo.

Por isso, pode-se questionar se o verdadeiro foro para as decisões políticas fundamentais sobre os destinos de determinado povo não deveria ser o próprio parlamento, dada sua função de ser constituído por aqueles que representam a população, com o reflexo de suas divergências e com o processo de deliberação caracterizado pela colegialidade. Lá, haveria discussão com diferentes concepções, que seriam a projeção dos diversos setores sociais, com a possibilidade de decisão pela vontade da maioria, como a mais alta expressão do princípio democrático.

A questão ganha contornos mais relevantes no caso de deliberações que envolvam as questões morais controversas, como o aborto, a forma de financiamento das campanhas políticas e as ações afirmativas. Em assuntos que causam grande divisão na sociedade, em que há defensores enérgicos com posições contrapostas, pode-se argumentar que o Legislativo deve ser a instituição a absorver tais controvérsias e direcionar as discussões para a tomada de uma decisão política, baseada na vontade popular.

Ocorre que, de um lado, o Poder Judiciário não pode deixar de apreciar as demandas que lhe são opostas, aguardando que o Legislativo se pronuncie sobre todas elas e esclareça o caminho que deve ser seguido. A inércia ou omissão paralisaria o exame da questão. Por outro lado, o campo de discricionariedade política é tanto menor quanto mais dispositivos tenha a Constituição, ou seja, quanto mais prolixa a Carta Fundamental, maior controle há sobre a atividade legislativa.

Em virtude disso, as cortes constitucionais e o Poder Judiciário necessitam julgar a constitucionalidade de atos e leis, ainda que se trate de tema

moralmente controvertido. Não é possível que se furtem ao controle de constitucionalidade sob o argumento de que a decisão cabe ao povo, por meio de seus representantes eleitos. Entretanto, pode-se admitir que o controle de constitucionalidade pode ter maior ou menor grau de ingerência no teor das decisões tomadas pelo Legislativo.

Pode-se denominar a postura da corte constitucional ou do juiz ordinário de autorrestrrição ou moderação e de ativismo ou protagonismo, como analisado anteriormente. É possível que o julgamento ocorra de forma a se respeitar ao máximo a decisão tomada pelo Legislativo, assim como se pode ingerir nas atribuições dos congressistas para substituir sua decisão por outra que se afigura mais compatível com a opção do constituinte, expressa nas normas constitucionais.

Referidos modelos de postura judicial podem ser claramente delimitados em alguns casos, mas totalmente dúbios em outros. Cuida-se de qualificações desprovidas de um sentido claro e delimitado, o que torna complexa a questão de se admitir que podem ter rigor científico para análise do tema. Uma decisão pode se enquadrar como exercício correto e limitado do controle de constitucionalidade para um autor ou crítico, enquanto para outro será um nítido caso de ativismo judicial. É uma questão, muitas vezes, de enfoque.

A oposição entre autorrestrrição e ativismo judicial serve, de todo modo, para demonstrar que a substituição da vontade do Legislador no controle de constitucionalidade não é imune de críticas. Além disso, a alteração de decisão de natureza política a pretexto de se cumprir o texto constitucional pode causar uma crise de legitimidade, considerando que a técnica seria o fator de legitimação no exercício de considerável e vultoso poder estatal, como é a jurisdição constitucional.

Referida classificação, conjugada com o confronto entre o princípio democrático e a necessidade de garantia da supremacia da Constituição, demonstra a necessidade de se lançar mão de balizas e critérios técnicos, ou seja, advindos da Ciência do Direito, que sejam aptos a fundamentar as decisões tomadas a respeito da constitucionalidade das leis. Com isso, legitima-se o exercício do poder, sem que represente uma ruptura com a vontade popular simplesmente por desejo daqueles que interpretam o texto constitucional.

Tal necessidade advém da constatação de que o controle de constitucionalidade não pode ficar fora das decisões polêmicas, tangenciando questões morais controversas sem tocá-las, de modo a respeitar as atribuições do parlamento. A função de controlar a constitucionalidade, notadamente sob o ponto de vista material, envolve o enfrentamento das questões morais controversas, já que a lei analisada pode versar sobre o tema e a Constituição pode ter normas que o afetem.

Torna-se inevitável e inafastável, portanto, a análise de decisões políticas que dividem as opiniões dos membros da sociedade no âmbito do exame da

constitucionalidade das leis. O que se pode defender, no entanto, é que haja critérios técnico-científicos que, ainda que não sejam capazes de eliminar, diminuam a discricionariedade do julgador, possibilitando uma fundamentação clara, com elementos de previsibilidade.

### **3. O DIREITO PENAL E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Na seara do controle de constitucionalidade, um questionamento habitual é sobre os limites da jurisdição constitucional frente ao princípio democrático quanto às decisões de política criminal. Devido à separação de funções, também chamada de separação de poderes, incumbiria ao Poder Legislativo as decisões políticas sobre as condutas a serem incriminadas e as sanções penais correlatas.

Entretanto, considerada a força normativa da Constituição e a necessidade de submissão de toda a legislação infraconstitucional às normas da Carta Política, há que se reconhecer a necessidade de controle do legislador principalmente no caso das normas penais, considerando que o Direito Penal é o ramo que representa a maior restrição possível aos direitos fundamentais.

Como resultado da supremacia da Constituição, a Teoria Constitucional preconiza que deve haver controle do Poder Judiciário sobre as leis penais, sob a ótica das normas fundamentais. O Estado Democrático de Direito exige mais do que previsão legal, devendo haver compatibilidade das leis formais com seu fundamento de validade, as normas constitucionais.

É necessário haver conteúdo de crime para que o indivíduo seja responsabilizado criminalmente. Possui relevância, neste âmbito, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que deve servir de norte para a interpretação de todas as normas infraconstitucionais, notadamente as penais. Portanto, para que se configure um delito, são necessários a subsunção formal da conduta ao tipo penal e o conteúdo material de crime.

Em razão da própria natureza das sanções penais, referido ramo do Direito é orientado pelos princípios da individualização da pena, da intervenção mínima, da estrita legalidade e da humanidade, dentre outros. São princípios que, explícita ou implicitamente, emanam das normas constitucionais para lançar luz sobre toda a normativa penal, conformando-a e limitando-a. Ainda que se tenha tomado por base o ordenamento jurídico da República Federativa do Brasil, são princípios frequentes em uma análise de Direito Comparado, por sua função de limitação do poder punitivo, no chamado Direito Penal liberal.

A individualização da pena, a título de exemplificação, é um princípio que veda a padronização da aplicação das sanções penais, preconizando que a resposta do Estado à violação das normas incriminadoras seja adequada ao caso concreto, com consideração das especificidades de cada situação. Referida

norma se volta ao legislador, na elaboração das leis; ao Judiciário, na aplicação das penas no processo de cognição; e, por fim, à própria execução das penas, como no caso da progressão de regime prisional.

O princípio da individualização da pena se traduz na exigência de se respeitar a proporção entre a conduta praticada e a pessoa do autor. Não pode haver uma pena padrão para todos aqueles que cometem homicídio, mas sim uma consideração das circunstâncias específicas de cada fato e uma pena individualizada para cada agente.

A individualização da pena abrange tanto a fixação da pena na sentença, dentro dos limites mínimo e máximo de pena, quanto seu cumprimento (execução), com análise do mérito para progressão de regime, livramento condicional, etc. O princípio deve, ainda, nortear o legislador na definição das sanções penais para os mais variados delitos, com correlação entre um e outro, e das normas penais que disciplinam a execução da pena. O legislador não pode evitar que o juiz proceda à individualização da pena, tornando-a padronizada.

O princípio da intervenção mínima, por sua vez, preconiza que só se deve criminalizar uma conduta se houver necessidade para a proteção do bem jurídico. O Direito Penal só deve atuar se os outros meios de controle social forem insuficientes, possuindo, portanto, caráter subsidiário, de *ultima ratio*. Isto é, o Direito Penal só deve ser invocado, com a criação de um tipo penal, se os demais ramos do Direito não forem suficientes para coibir a conduta indesejada. Ademais, só se deve utilizar uma norma penal para punir condutas que afrontem os bens jurídicos mais importantes para a sociedade, e não para a proteção de qualquer interesse social.

Referido princípio foi consagrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da França, de 1989: “Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

A título de observação, cabe registrar que o alemão Winfried Hassemer defende que se trabalhe com um Direito Penal Funcional para o combate da criminalidade atual. Segundo seu ponto de vista, o Direito Penal não deveria ser utilizado para a gestão dos riscos, mas sim para as graves violações aos bens jurídicos mais relevantes da sociedade. O autor observa que em casos como os dos crimes ambientais, espera-se que o Direito Penal atue como *sola ratio* ou *prima ratio*, dando uma resposta efetiva e célere para a questão.

Do princípio da intervenção mínima, decorrem os princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade. A subsidiariedade seria o enfoque na utilização de leis penais para coibir condutas mais gravosas para a sociedade apenas se os demais ramos do Direito, como o Civil e o Administrativo, não forem eficazes e suficientes para tal objetivo.

Segundo o princípio da fragmentariedade, o Direito Penal só deve criminalizar as condutas mais graves que sejam praticadas contra os bens jurídicos mais importantes. Possui, portanto, caráter fragmentário. Se imaginarmos todos os bens jurídicos da sociedade, o campo de proteção do Direito Penal representa apenas fragmentos do todo, ou seja, só parte dos bens jurídicos são tutelados pelas normas penais incriminadoras. Não se deve punir, deste modo, ações consideradas meramente imorais, por exemplo.

Pode-se, dizer, com base neste princípio, que há a exclusiva proteção de bens jurídicos pelo Direito Penal. A seleção dos bens jurídicos mais importantes para a sociedade, a serem tutelados pelas normas penais, deve ser feita por lei formal, em consonância, obviamente, com o que estabelece a Constituição da República.

Já o princípio da legalidade tem sua origem apontada na Magna Carta, da Inglaterra, de 1.215. À época, representou a revolta da nobreza contra o Rei João, conhecido como João Sem Terra. Os barões ingleses buscavam uma garantia de que não seriam punidos senão de acordo com a lei, na expressão inglesa, *law of the land*, a lei local. A lei representava, então, uma garantia contra a tirania do soberano.

Com o advento dos Estados Democráticos de Direito, as constituições ganharam grande importância, com o reconhecimento de direitos fundamentais e da separação de poderes, o que já se analisou acima. Neste âmbito, ganhou força o reconhecimento da legalidade como único meio para se limitar direitos dos cidadãos, já que a lei representa, em último caso, a vontade do povo.

O princípio da legalidade foi consagrado, por exemplo, no Pacto de São José da Costa Rica, que é o tratado base do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, em seu artigo 9º:

Artigo 9º - Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delincente deverá dela beneficiar-se.

O princípio da legalidade possui conteúdo jurídico e político. Possui conteúdo jurídico por determinar que deve haver lei formal e anterior para que um fato seja considerado crime, por impedir a retroatividade da lei penal mais grave, por não permitir que um fato típico seja previsto em uma portaria, etc. Paralelamente, a legalidade também possui um viés político, por representar uma conquista da sociedade e uma garantia do povo de que o poder será exercido segundo a sua vontade, a qual, na democracia representativa, se expressa justamente na aprovação de uma lei.

Decorrem da legalidade os seguintes princípios da anterioridade e da reserva legal. Segundo o primeiro dos subprincípios, a lei penal deve ser anterior para incidir sobre o fato. Só pode uma conduta ser considerada infração penal se estiver prevista em uma lei formal anterior. A exceção a este princípio é a lei penal mais benéfica, que pode retroagir para beneficiar o réu.

Nos termos do outro princípio corolário da legalidade, o da reserva legal, defende-se que deve haver lei formal para a previsão de crimes e contravenções penais. Isto é, não basta haver um ato normativo que preveja a conduta e lhe comine certa sanção. Para o Direito Penal, é preciso que haja lei, não bastando um decreto ou uma portaria.

Outro importante princípio do Direito Penal, o da humanidade, preconiza que haja um tratamento à pessoa que não lhe prive do mínimo necessário para que possa exercer sua capacidade de autodeterminação. Afasta qualquer tratamento degradante, impondo a um indivíduo uma privação de seus direitos maior do que aquela necessária para os fins previstos na norma.

No caso de pena, por exemplo, ela deve ser proporcional e necessária, não visando simplesmente a um tratamento cruel ou de vingança. Veda-se, portanto, que o legislador adote sanções penais violadoras da dignidade da pessoa humana, atingindo de forma desnecessária a incolumidade físico-psíquica do agente.

O breve estudo desses princípios serve para demonstrar a notória necessidade de submissão da atividade legiferante, em matéria criminal, às normas constitucionais, o que se demonstra uma matéria complexa, em razão de tratar de disciplina permeada por princípios que reclamam uma interpretação minuciosa, de seu alto grau de abstração e da necessidade de otimizá-los no confronto com outras, como a questão já exposta da separação das funções no Estado Democrático de Direito.

Por tudo que se expôs, conclui-se que o Direito Penal possui regras próprias de interpretação, sendo um ramo do Direito em que as normas constituem grave restrição aos direitos das pessoas. O grande jurista Carlos Maximiliano, estudioso da hermenêutica, consignou a respeito da interpretação das leis penais:

Só o legislador, não o juiz, pode ampliar o catálogo de crimes inserido no Código e em leis posteriores. O Direito Criminal é, como proclamam professores alemães, essencialmente *típico*: o Código concatena *tipos* de transgressões puníveis; qualquer falta que não se enquadre em algum daqueles moldes ou tipos, embora do mesmo aproximada, escapa ao alcance da justiça repressiva. (MAXIMILIANO, 2011).

De todo modo, o controle de constitucionalidade das normas penais possui o mesmo problema das leis em geral: os limites da apreciação sob o ponto de vista material, de um lado, e o princípio democrático e a esfera de decisão do legislador, do outro. A conclusão também é pela necessidade de se reforçar a legitimidade de controle da conformidade das leis com o texto constitucional por

meio de elementos que permitam a fundamentação técnica e certa previsibilidade das decisões.

Neste mesmo sentido, sobre essa complexidade do controle de constitucionalidade sobre as normas penais, há as precisas lições de Carlos Bernal Pulido, juiz da Corte Constitucional da Colômbia:

O direito penal é um dos setores do ordenamento jurídico onde mais se acentua esta tensão competencial entre o legislador e a Corte. Neste terreno, a controvérsia se coloca, sobretudo, em três teses. Por uma parte, aduz-se que atribuir a categoria de puníveis a determinados comportamentos que se consideram nocivos à vida social e fixar as sanções que devem ser impostas no caso de que se realizem esses comportamentos é um assunto de política criminal, alheio a todo tipo de certezas dedutíveis dos direitos fundamentais e que, portanto, deve-se deixar nas mãos dos consensos e das negociações parlamentares que se refletem na legislação. Do lado oposto, afirma-se que a tipificação penal de uma conduta implica sempre uma intervenção nos direitos fundamentais e que, portanto, à Corte Constitucional compete estabelecer as intervenções penais têm definitivamente o caráter de restrições válidas ou, pelo contrário, de violações a tais direitos. Em outros termos, assinala-se que toda lei penal implica uma intervenção nos direitos fundamentais e que consequentemente pode ser constitucional ou inconstitucional. Por último, aborda-se a tensão entre a legislação penal e os direitos fundamentais desde a perspectiva do titular dos bens e direitos protegidos (...). (PULIDO, 2013).

O Direito Penal, portanto, representa um tema em que é muito sensível a questão da jurisdição constitucional, dada a intrínseca relação entre os direitos fundamentais e o exercício do poder punitivo estatal. Por representar o ramo com maior intervenção possível na vida do cidadão, inclusive restringindo-lhe a liberdade e, em alguns ordenamentos jurídicos, a privação da própria vida, torna-se de irrefutável necessidade a evolução nos estudos dos limites do controle de constitucionalidade das leis penais e da carga de argumentação das decisões proferidas neste âmbito.

#### **4. O POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE**

De início, cabe perscrutar a natureza jurídica da proporcionalidade, com base nos estudos do Professor Humberto Ávila. O ordenamento jurídico é composto por normas. Ainda que de forma controversa na doutrina<sup>3</sup>, há a divisão das normas em regras e princípios. Sua diferenciação também possui muitas variações entre os juristas, sendo que as principais delas são a concepção clássica (distinção fraca) e a concepção de Ronald Dworkin e Robert Alexy (distinção forte).

---

<sup>3</sup> Por todos, o Professor da Universidade de São Paulo e da Universidade Federal de Minas Gerais, José Afonso da Silva, defende não haver na doutrina uma conceituação precisa de normas e regras, a ensejar a compreensão das últimas como espécies das primeiras. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. Pág. 92.

A concepção clássica define os princípios como as normas com elevado grau de abstração e generalidade, de modo que o jurista possui um alto grau de subjetividade ao aplicá-la. São considerados alicerces, vigas-mestras ou valores do ordenamento jurídico. As regras, nesta distinção denominada de fraca, seriam as normas com pouco ou nenhum grau de abstração e generalidade. Na sua aplicação, restaria pouca ou nenhuma influência de subjetividade ao intérprete.

A diferença entre princípios e regras, na distinção fraca, portanto, se referiria ao grau de abstração e generalidade, bem como ao campo de subjetividade reservada para o aplicador da norma.

Na distinção forte, utilizada por Ronald Dworkin e Robert Alexy, os princípios são aplicados mediante ponderação. Assim, incidindo mais de um princípio no caso concreto, deve haver a ponderação entre eles para se analisar qual deles vai incidir de forma prevalente na situação. Os princípios possuem graus de otimização, isto é, podem ser realizados em vários graus. O conflito ocorre apenas no plano concreto, quando é necessário analisar um caso e verificar a aplicação das normas sobre ele.

As regras, por sua vez, estabelecem aquilo que é obrigatório, permitido ou proibido. Sua aplicação se dá mediante subsunção, isto é, como o encaixe do fato à norma. Ou o fato se amolda à norma ou não se amolda. Não há meio termo nem ponderação. Não há graus de incidência da norma. É uma questão de tudo ou nada – *all or nothing*. O conflito ocorre no plano abstrato, bastando a comparação de uma norma e outra. Assim, sem análise de nenhum caso concreto, decide-se se uma norma revoga a outra, segundo o critério cronológico (a norma posterior revoga a anterior), por exemplo.

Diferenciam-se princípios e normas pelo plano do conflito, que é abstrato, no caso dos princípios, e concreto, no caso das regras. Ademais, o princípio comporta diferentes graus de realização ou otimização, enquanto as regras atuam conforme o adágio do “tudo ou nada”, ou se aplicam ao caso ou não se aplicam. Ademais, regras são as normas que estabelecem o que é obrigatório, permitido ou proibido, com aplicação mediante subsunção.

Há, ainda, uma terceira diferenciação entre princípios e regras, feita pelo próprio Ávila, proposta após a crítica feita por ele às distinções forte e fraca. O eminente jurista elabora uma distinção entre as espécies de normas com base em seu dever imediato, seu dever mediato, sua justificação e sua pretensão de decidibilidade.

Segundo sua concepção, os princípios possuem como dever imediato a promoção de um estado ideal de coisas, enquanto o dever mediato seria a adoção da conduta necessária para a promoção do estado ideal almejado. A justificação para sua aplicação seria a correlação entre os efeitos da conduta praticada e o estado ideal de coisas que a norma tem por finalidade.

Sobre sua pretensão de decidibilidade, ou seja, o modo como contribuem para a tomada de decisões, os princípios teriam as características de concorrência e parcialidade. Isto é, são concorrentes e parciais porque não possuem a pretensão de gerar uma solução específica e determinada, mas de auxiliar a tomada de decisão, compondo, ao lado de outros princípios e regras, a carga de argumentação para determinada decisão.

A seu turno, as regras ensejariam o dever imediato de adoção da conduta nelas descrita ou por elas prescrita. O dever mediato seria a observância da fidelidade devida aos princípios superiores, que, como visto, manifestam um escopo de alcance de um estado ideal de coisas. Quanto à justificação que exigem, as regras requereriam a correspondência entre o conceito da norma e o conceito do fato, ou seja, a subsunção do conceito dado à hipótese fática e aquele extraído da própria regra.

As regras, no tocante à pretensão de decidibilidade, teriam os atributos de exclusividade e abrangência. São exclusivas ou decisivas e abarcentes, pois possuem a pretensão de fornecer todos os aspectos necessários para a tomada de uma decisão, de modo a gerar a solução específica para o caso. A regra bastaria, assim, como carga argumentativa de determinado julgado, por ser sua pretensão a de fornecer os elementos que abrangem todas as nuances da situação fática.

Após contribuir com sua diferenciação entre princípios e regras, o professor Humberto Ávila defende, ainda, a existência de elementos de outra natureza, a que denomina de postulados. Seriam eles condições essenciais para a interpretação de qualquer objeto de cultura, dividindo-se em hermenêuticos e aplicativos. Os postulados hermenêuticos serviriam para a compreensão do Direito de forma geral, enquanto os de aplicação se voltariam a fornecer a estrutura para sua aplicação prática.

Os postulados seriam, na concepção de referido jurista brasileiro, metanormas, ou seja, normas que incidem sobre a aplicação de outras normas. Situam-se em outro nível das demais normas, e, no caso dos postulados de aplicação, determinam do seu plano a forma com que as demais normas devem ser aplicadas.

Enquanto os postulados determinam a forma da aplicação das demais normas, estas últimas são o objeto de aplicação. As regras e princípios dirigem-se aos poderes estatais e aos seus destinatários, já os postulados se destinam diretamente àquele que aplica e interpreta a norma. As normas e princípios são considerados entre si na sua aplicação, seja pelo afastamento de uma norma em relação a outra, seja pela ponderação de princípios. Os postulados determinam o modo de aplicação das regras e princípios, sem que haja necessário conflito com outros elementos.

Após enfatizar que os postulados não se enquadram como princípios nem como regras, assim conclui o professor Humberto Ávila sobre os postulados:

Seja qual for a denominação preferida, os postulados funcionam de forma diferente relativamente a outras normas do ordenamento jurídico. Esta razão é suficiente para tratá-los de forma separada. Sua função e seu conteúdo serão melhor evidenciados. Embora a sua denominação seja secundária, a exigência científica de compatibilidade sintática não abona a sua identificação como princípio, se o autor define princípios como normas imediatamente finalísticas, como normas de otimização a serem realizadas em vários graus segundo as possibilidades fáticas e normativas ou como normas fundamentais como elevado grau de abstração e generalidade. Nessas hipóteses, o problema não é de nomenclatura, é de inconsistência científica. Especialmente porque os postulados não são normas imediatamente finalísticas, mas metódicas; não são normas realizáveis em vários graus, mas estruturam a aplicação de outras normas com rígida racionalidade, e não são normas com elevado grau de abstração e generalidade, mas normas que fornecem critérios bastante precisos para aplicação do Direito (ÁVILA, 2014).

Ao final, o professor define a proporcionalidade como postulado normativo específico, isto é, uma metanorma que se constitui de um dever estrutural, estabelecendo a vinculação entre elementos e trazendo uma relação entre eles. Específico por depender da existência de determinados critérios, como a pressuposta relação entre um meio e um fim.

A corroborar tal posição, há a lição do professor e ex-ministro da Suprema Corte Brasileira, Eros Roberto Grau, o qual também defende que a proporcionalidade, assim como a razoabilidade, não constitui princípio nem regra. Para ele, cuida-se de pautas normativas de aplicação do direito, não servindo para a fase inicial da aplicação e interpretação do direito, em que ocorre a produção das normas jurídicas gerais (GRAU, 2016).

A proporcionalidade, tomada aqui como postulado, representa um importante critério a orientar o julgador na aplicação das normas ao caso concreto. Possui a vantagem de propiciar alguns elementos de maior concretude e previsibilidade, ainda que, como veremos, não tenha o mister nem o potencial de eliminar a subjetividade do julgador, que é parte inafastável da ciência jurídica.

Por proporcionalidade entende-se a necessidade de que todo ato estatal se mostre efetivamente imprescindível e adequado, ao causar alguma intervenção nos direitos dos cidadãos. Ademais, deve ser adequado para o fim que se propõe, deve visar a um fim legítimo e, além disso, deve haver uma proporção, ou um balanceamento, entre os fins e os meios.

Por vezes, referido postulado é conceituado como princípio, além de ser considerado como equivalente à razoabilidade. É o caso dos ensinamentos do jurista Inocêncio Mártires Coelho, que trata do tema nos seguintes termos:

Utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios – o princípio da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*, em essência, consubstancia um pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência,

moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico (MENDES ET AL., 2009).

Cuida-se de conceituação ampla e genérica, em que a proporcionalidade aparece como valor e vetor de interpretação, abarcando várias ideias, mas sem muito conteúdo delimitado. A se utilizar a definição do ilustre professor brasileiro, a proporcionalidade teria muito significado a ponto de, ao final, não significar muita coisa. Apesar da aparente contradição, o que se quer dizer é que a falta de delimitação do conteúdo torna o conceito muito genérico, sem conteúdo certo a lhe dar efetiva aplicabilidade.

O jurista Paulo Bonavides, por sua vez, defende que a proporcionalidade é um princípio, dizendo que seu sentido foi exposto, em suas origens, pelo jurista Pierre Muller em um evento em Zurique em 1978 (BONAVIDES, 2002). Em um sentido amplo, a proporcionalidade seria a regra fundamental a guiar os que exercem o poder. Já em uma acepção estrita, seria a relação adequada entre meios e fins, possibilitando o controle de eventual excesso.

Prosseguindo o autor, com base na obra do francês Xavier Philippe, destaca que a proporcionalidade pode ser resumida na seguinte máxima: “de dois males, faz-se mister escolher o menor”. Por isso, a necessidade, como subprincípio ou conteúdo proporcional da proporcionalidade, não questionaria a escolha feita, mas o meio empregado, que deve sofrer uma dosagem em relação ao fim pretendido.

Pode-se apontar como elementos da proporcionalidade a necessidade, a adequação, a legitimidade dos meios, a legitimidade dos fins e a proporcionalidade em sentido estrito, correspondente na comparação entre os meios e fins para cotejamento entre si. A conceituação da proporcionalidade em tais termos delimita seu conteúdo e lhe torna mais concreta, com teor apto a ensejar a sua aplicação.

Vale dizer, ainda, que alguns doutrinadores resumem referidos elementos em três: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. É o caso do professor Carlos Bernal Polido, que, ao tratar do tema na sua obra “O Direito dos Direitos”, ensina magistralmente:

- Adequação: segundo este subprincípio, toda intervenção nos direitos fundamentais deve ser idônea para contribuir e alcançar um fim constitucionalmente legítimo.
- Necessidade: segundo este subprincípio, toda intervenção nos direitos fundamentais deve ser realizada por meio da medida mais favorável para o direito restringido dentre todas as medidas que se revistam da mesma idoneidade ou adequação para alcançar o objetivo perseguido.
- Proporcionalidade em sentido estrito: segundo este subprincípio, a importância do objetivo perseguido pela intervenção no direito fundamental deve estar

em uma relação adequada com o significado do direito objeto de interferência. Noutras palavras, as vantagens obtidas mediante a intervenção no direito fundamental devem compensar os sacrifícios que ela implique para o seu titular ou para a sociedade em geral. (PULIDO, 2013).

A estruturação da proporcionalidade possibilita sua utilização como postulado, nos termos acima expostos, em que se situa no sobrenível da aplicação, orientando a forma de se interpretar as normas e os princípios. Com a sua segmentação em subelementos, fica mais nítida sua função de metanorma, de modo a justificar a aplicação das normas no ordenamento jurídico.

Neste ponto, é interessante recorrer mais uma vez às brilhantes lições do professor e advogado Humberto Ávila:

O postulado da proporcionalidade não se confunde com a ideia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens adotadas pela adoção do meio?). (ÁVILA, 2014).

Ademais, a proporcionalidade possui outra faceta. Se alguma norma constitucional determina a proteção de um bem jurídico, referido critério orienta que não se deve ultrapassar nenhum dos limites, nem o da completa desproteção, nem a proteção exacerbada, com coerção desarrazoada ou além da medida necessária para a sua proteção.

Referidos limites podem ser traduzidos na proibição da proteção deficiente, de um lado, e na vedação do excesso, de outro. O bem jurídico tutelado pela Constituição não pode ficar sem proteção pelos poderes constituídos, sob pena de o comando constitucional ser desatendido. Assim, pode ser necessária a edição de lei prevendo sanções para as lesões ou ameaças de lesões voltadas ao referido bem, considerado de relevante valor na Lei Fundamental.

Por outro lado, as sanções não podem ser excessivas, transcendendo o que seria necessário para a adequada proteção do bem jurídico. A norma constitucional também não será corretamente cumprida se as medidas para proteção do bem jurídico consistirem em graves e excessivas restrições aos direitos dos indivíduos, mormente porque, em tal caso, provoca limitação a outro bem jurídico, a liberdade.

No Estado Democrático de Direito, a liberdade é um valor central, por se referir à esfera da vida do indivíduo que está fora das restrições impostas pelo

Estado. Em uma concepção hobbesiana, seria a esfera de liberdade mantida com o indivíduo após a submissão a limitações para o convívio em sociedade.

Por conseguinte, expressa ou não no texto constitucional, há uma esfera de liberdade do indivíduo a ser preservada, sendo que somente com proporcionalidade se pode aceitar uma medida que implique em sua restrição. O Estado não pode agir de forma desmensurada para restringir os direitos dos indivíduos, retirando-lhes a liberdade sem fundamento, ou seja, sem que haja necessidade e que a medida seja adequada ao fim que se destina, devendo haver ponderação entre ambos.

## **5. A PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS PENAIS**

A supremacia da Constituição determina a submissão de todo o ordenamento jurídico aos seus comandos, servindo de seu fundamento de validade e norteando toda a sua aplicação. As normas penais se incluem, por óbvio, no controle de constitucionalidade, devendo observar as disposições sobre a sua elaboração, sob o aspecto formal, além de apresentar conteúdo compatível com as normas constitucionais, em um plano material.

Neste âmbito, o controle das disposições sobre o direito penal alcança os preceitos primário - com a previsão do tipo penal - e secundário - com a previsão das sanções das normas incriminadoras. É necessário que as leis penas incriminadoras obedeçam aos preceitos constitucionais quanto ao processo legislativo, quanto ao conteúdo dos tipos penais e, por fim, quanto às sanções que preveem.

A proporcionalidade é um importante elemento a ser utilizado para controle da atividade legislativa. Isto porque, ao se incriminar uma conduta, o legislador deve contrapor sempre, de um lado, a almejada proteção de um determinado bem jurídico e, de outro, a restrição a um direito fundamental, ou, de forma mais específica, à liberdade dos cidadãos em geral.

Isto porque toda incriminação de condutas implica diminuir o espectro de liberdade do povo, ao ponto em que determinadas ações ou omissões passam a ensejar a aplicação de certa sanção de natureza criminal. Logo, a esfera de liberdade passa a ser sensivelmente diminuída e restringida em nome da proteção dos bens jurídicos mais importantes para a sociedade, nos termos do que preconiza o princípio da fragmentariedade.

O próprio princípio da intervenção mínima, que determina a menor ingerência possível do Direito Penal na vida dos indivíduos, têm como corolários a própria fragmentariedade e a subsidiariedade. Ou seja, o Direito Penal deve tutelar apenas os bens jurídicos mais relevantes para a sociedade, com uma seleção feita a partir de sua função ético-social, conforme defendido por Hans Welzel. Ademais, deve ser

tratado como a *ultima ratio*, de modo que, se a tutela por outro ramo do Direito for suficiente para coibir a conduta indesejada, não se deve utilizar uma lei penal incriminadora, que se reserva para os casos de efetiva necessidade.

Esses pressupostos apenas reforçam a necessidade de que a atividade do legislador, na seara criminal, seja passível de controle. Um Estado Democrático de Direito não pode permitir que a maioria dos congressistas escolha punir, ao seu alvedrio, quaisquer condutas, nem que se lhe atribuam sanções extremamente graves, sob pena de se considerar que a Constituição não vincula e orienta o Direito Penal.

O postulado da proporcionalidade consiste em um instrumento de limitação da ação estatal, com base nos critérios da necessidade e da adequação, ponderando-se os meios utilizados e os fins pretendidos. No Direito Penal, a criação, pelo legislador, de tipos penais, deve atender a uma vantagem social relevante (relação de custo-benefício). Ademais, as penas devem guardar a devida proporcão quanto aos atos a que visam punir e à importância do bem jurídico tutelado.

A necessidade de vinculação do legislador às regras e princípios constitucionais permitem que o Direito Penal seja condizente com seus princípios doutrinários, devendo ser a *ultima ratio* e obedecer à intervenção mínima. O postulado da proporcionalidade, neste âmbito, representa importante instrumento a ser utilizado no controle de constitucionalidade, limitando a atuação do legislador criminal.

O jurista brasileiro Bonavides defende, com base na obra de Pierre Müller, que a proporcionalidade implica na obrigação de se utilizar dos meios adequados e, por outro lado, na vedação de uso dos meios desproporcionados. Deste modo, lançando mão dos ensinamentos de Klaus Stern, afirma haver inconstitucionalidade quando a medida é excessiva, injustificável, ou seja, quando ela não se encaixa na moldura da proporcionalidade.

Prosseguindo, o autor defende que a proporcionalidade, com raízes tradicionais no Direito Administrativo, causou uma revolução no Direito Constitucional, no período da constitucionalidade, ou seja, aquele em que o centro de gravidade do ordenamento jurídico passou a se compor dos direitos fundamentais. Com isso, a proporcionalidade seria, na visão de Bonavides, um princípio geral de direito. É o que conclui, com ênfase no relevante papel da proporcionalidade e mencionando as ideias de Ernesto Pedraz Penalva:

Aliás, o controle de proporcionalidade é de natureza mesma do controle de constitucionalidade. A revolução constitucional que deu origem ao segundo Estado de Direito principiou a partir do momento em que as declarações de direitos, ao invés de 'declarações político-filosóficas', se tornaram 'atos de legislação vinculantes', conforme demonstra um notável constitucionalista espanhol – atos, portanto, plenos de juridicidade. (BONAVIDES, 2002).

Em análise anterior, já vimos que a posição do professor Humberto Ávila é a de que a proporcionalidade é um postulado, por ser uma metanorma, situada em um plano diferente das regras e princípios. Isto porque sua função é justamente a de aplicação de referidas normas, orientando o intérprete a analisar determinado caso concreto, inclusive de eventual conflito entre princípios.

A proporcionalidade, também como visto acima, tem importante papel no caso dos princípios, porque esses, numa concepção extraída da obra de Dworkin e Alexy, podem ser otimizados em graus diferentes. Sua otimização, em determinado caso, será analisada por meio da ponderação, sendo que a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito se mostram importantes instrumentos de interpretação.

A relevância da proporcionalidade se potencializa no caso do Direito Penal, que possui importantes princípios que o orientam e limitam o direito de punir do Estado, possibilitando o controle das normas penais. Há, dentre outros, os princípios da legalidade, da humanidade, da intervenção mínima e da individualização da pena, que trazem uma importante contenção do que o legislador pode prever em matéria criminal.

Há, portanto, um elemento específico na interpretação e aplicação na área criminal, que é justamente o maior potencial de intervenção nos direitos fundamentais que as leis penais incriminadoras possuem. Por isso, a proporcionalidade tem um valor primordial para o controle das normas penais em relação à Constituição, considerando o respeito aos direitos fundamentais e a incidência dos princípios nela insculpidos.

Deste modo, a jurisdição constitucional, no que se refere às leis penais, deve exercer um controle do *ius puniendi*, de modo que a Constituição seja observada quanto às deliberações legislativas e, especialmente, o crescimento do âmbito de proibição criminal, com a imposição de sanções cada vez mais rígidas. A Constituição deve ser o limite do legislador, a medida do poder punitivo, e nunca o contrário.

Nestes termos, pode-se formular algumas hipóteses de aplicação da proporcionalidade, na jurisdição constitucional, para exame das leis penais e da sua conformidade com as normas constitucionais. A pretensão não é esgotar as formas de controle de constitucionalidade da legislação criminal, mas de demonstrar alguns exemplos de seu cabimento.

Vale lembrar que, para afastar o poder desmedido na jurisdição constitucional, é preciso que a carga argumentativa da decisão comporte critérios mais objetivos, ainda que, obviamente, a subjetividade seja atributo inafastável da ciência jurídica. Além disso, é preciso que haja certa previsibilidade nas decisões, com apontamento de fundamentos técnicos e baseados em elementos de convicção que sejam reproduzíveis.

A proporcionalidade, com seus elementos de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, representa um importante critério de técnica jurídica, de previsibilidade e de preenchimento da carga argumentativa que pode demonstrar a necessidade de garantir a supremacia da Constituição, mesmo que se contrarie a decisão do parlamento sobre um tópico controverso.

Analisaremos, então, algumas situações em que a proporcionalidade pode demonstrar, de forma técnica, a necessidade de controle da opção legislativa, ante os mandamentos constitucionais e a ilação dos princípios que informam o Direito Penal, expressos ou implícitos no texto constitucionais:

### **5.1 - Tipos penais de gravidade diversa com a mesma sanção penal**

Um dos casos de violação da proporcionalidade pelo legislador é o de inserir tipos penais de gravidade diversa com a mesma sanção penal. A gravidade no direito penal, que pode envolver tanto o desvalor da conduta quanto o desvalor do resultado, realmente não é uma questão simples para equiparação entre infrações penais diversas.

É o que preleciona o penalista brasileiro Cezar Roberto Bitencourt:

Na verdade, o ordenamento jurídico *valora* os dois aspectos: de um lado, o desvalor da ação, digamos, com uma função *seletiva*, destacando determinadas condutas como intoleráveis para o Direito Penal, e, de outro lado, os desvalor do resultado que torna relevante para o Direito Penal aquelas ações que produzem lesões aos bens jurídicos tutelados. Em realidade, o injusto penal somente estará plenamente constituído quanto ao desvalor da ação acrescentar-se o desvalor do resultado. (BITENCOURT, 2006).

Entretanto, a dificuldade acima apontada não se apresenta um óbice incontornável, mormente nos casos em que o bem jurídico tutelado é o mesmo ou que há relação umbilical entre os bens jurídicos salvaguardados pela norma penal. Deste modo, se um tipo penal representa, em relação a outro, uma violação maior do bem jurídico, o que inclusive torna uma infração penal subsidiária em relação à outra, fica evidente a comparação entre ambas as normas penais incriminadoras.

Não se mostra proporcional, *a priori*, a sanção igual para diversos graus de violação do bem jurídico, como seria o caso da exposição da saúde de alguém a perigo, de um crime de lesão corporal e, por fim, de um homicídio. Em se tratando de uma escala crescente de vulneração da incolumidade física da pessoa, chegando à vulneração da própria vida, as sanções penais devem acompanhar essa forma crescente de condutas indesejadas pela sociedade.

Caso as violações, ao bem jurídico, de diversos graus recebam a mesma resposta do poder punitivo, não haverá correta proteção do bem jurídico. Ora, se a sanção penal por uma violação leve ao bem jurídico importa na mesma sanção

penal que uma violação mais grave, a pena perde sua função de coibir aquele comportamento. Ficaria indiferente, para aquele que resolve violar a norma penal, causar uma violação maior ou menor ao bem jurídico, de forma inicial, considerando que a pena abstratamente cominada pelo legislador é a mesma para os dois casos.

Vulnera-se, portanto, a proporcionalidade quando se prevê, na lei formal incriminadora, uma sanção penal indistinguível para delitos diversos, caso eles representem violações de diferentes intensidades ao mesmo bem jurídico ou de forma a que bens jurídicos de diferente valor seja ameaçado ou sofra dano em idêntico grau. Seria o caso da supressão da vida e a do patrimônio receberem a mesma resposta do poder punitivo, embora os bens, violados em igual grau (eliminação), tenham valores diversos.

Tem-se, portanto, uma limitação ao legislador que decorre dos princípios constitucionais, como o da intervenção mínima e da liberdade, que informam o Direito Penal e lhe dão o conteúdo. Ademais, tal restrição envolve os próprios direitos fundamentais, que reclamam proteção do Estado, com a criminalização das condutas que vulneram os bens jurídicos mais relevantes para a sociedade, de modo a coibir as condutas perniciosas ao meio social.

A aplicação da sanção penal uniforme para diversos graus de violação do bem jurídico vulnera a função da pena em qualquer de suas concepções. Isto porque a retribuição, na visão mais absoluta da pena, deve corresponder ao mal causado. Do ponto de vista da prevenção, não se pode prevenir uma vulneração maior ao bem jurídico quando, se ocorrida a vulneração menor, o sujeito já estiver submetido às mesmas sanções.

Entretanto, mesmo que o bem jurídico tutelado não seja o mesmo, é possível fazer uma análise comparativa. Ainda que os parâmetros e balizas sejam menos precisos, isso não impede o enfrentamento de casos em que a distorção não seja da zona cinzenta ou dúbia em que se pode argumentar por gravidade igual ou diversa. Há os casos em que a tutela de um bem jurídico mais importante, como a vida e a liberdade, que são pressupostos dos demais, mostra-se mais débil que a tutela de interesses outros, o que pode decorrer, inclusive, de influência de setores econômicos importantes sobre os parlamentares.

Deste modo, não parece razoável que a venda de produtos cosméticos, como um creme para rejuvenescimento da pele, sem a indicação de procedência, independentemente de eventual efeito nocivo, receba uma sanção penal mais grave que a do tráfico ilícito de entorpecentes<sup>4</sup>. Tutela-se a saúde pública, mas com diferentes níveis de sua violação.

---

<sup>4</sup> No Brasil, é o caso do crime previsto no artigo 273, § 1º-B, V, do Código Penal, envolvendo, por exemplo, a conduta de expor a venda cosméticos ou saneantes de procedência ignorada, com sanção penal de 10 a 15 anos de reclusão, além de multa. O tráfico ilícito de entorpecentes, previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, tem como preceito secundário a pena de reclusão, de 5 a 15 anos, e multa. Por isso, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua Corte Especial, ao julgar o agravo de instrumento no *habeas corpus*

De igual modo, também viola a proporcionalidade que referido delito, de venda de produtos cosméticos sem indicação de procedência, tenha pena mínima maior que a do homicídio simples<sup>5</sup>, que é também um crime doloso, cuja previsão tutela a vida, o direito fundamental do qual dependem todos os outros. Ainda que não se trate de condutas que representem violações em graus diversos ao mesmo bem jurídico, a violação de bens jurídicos de valores diversos demonstra essa violação. Vale argumentar, ainda, que a venda dos produtos não representa uma violação grave da saúde pública, por se tratar de crime de perigo, com potencial dano, e não efetivo, ao passo que o homicídio consumado implica na destruição da vida, com violação gravíssima ao bem jurídico tutelado.

Sob uma argumentação analítica, a necessidade não justifica que uma violação maior ao mesmo bem jurídico receba a mesma sanção, assim como não compactua com a mesma resposta penal para violação em mesmo grau de bens jurídicos de diferente valoração. Se é necessário que haja uma sanção penal determinada para a violação grave do bem jurídico, não se pode argumentar que ela é necessária de igual modo para um dano leve ao mesmo bem jurídico. Ora, se uma sanção penal mais grave é necessária para a violação mais danosa ao bem jurídico, ela não pode ser, em igual grau, justificável para uma violação bem mais leve. No campo da necessidade, admita-se, a argumentação é menos contundente.

Utilizando mais um subelemento da proporcionalidade, a argumentação de torna mais clara. Pode-se apontar, assim, que não é adequada uma pena gravíssima para uma violação leve, nem uma pena demasiadamente leve para uma violação grave ao bem jurídico tutelado. A resposta do Estado não se adequaria àquilo que se busca coibir ou retribuir, conforme a visão que se adote sobre a função da pena, o que a tornaria desproporcional.

Entretanto, é a proporcionalidade em sentido estrito que demonstra de forma mais aparente o fundamento de controle de constitucionalidade sobre uma lei que tenha penas idênticas para violações de graus diversos do mesmo bem jurídico. Isto porque, ao se comparar o meio utilizado para se atingir a finalidade de tutela do bem jurídico em grau leve, por exemplo, com o meio utilizado com o escopo de se coibir a violação do bem jurídico em um nível grave, nota-se

---

239.363/PR, da relatoria do Min. Sebastião Reis Júnior, decidiu pela inconstitucionalidade da primeira norma no que se refere à sanção penal cominada pelo legislador, cabendo ressaltar as seguintes razões: “A ausência de relevância penal da conduta, a desproporção da pena em ponderação com o dano ou perigo de dano à saúde pública decorrente da ação e a inexistência de consequência calamitosa do agir convergem para que se conclua pela falta de razoabilidade da pena prevista na lei. A restrição da liberdade individual não pode ser excessiva, mas compatível e proporcional à ofensa causada pelo comportamento humano criminoso”.

<sup>5</sup> No Brasil, o homicídio simples, previsto no *caput* do artigo 121 do Código Penal, prevê a pena de reclusão de seis a vinte anos. Portanto, a pena mínima é menor que a do crime de venda de cosmético de procedência ignorada. Vale ressaltar que a pena mínima, da qual a maioria dos julgadores parte para a dosimetria da pena, tem uma importância prática maior que a máxima prevista pelo legislador, que dificilmente é atingida na prática.

uma distorção inaceitável. Um dos meios não pode ser aceitável, já que buscam objetivos diversos com a restrição igual dos direitos fundamentais.

Igual raciocínio é válido na comparação entre normas penais que preveem igual sanção para violação de bem jurídico de valor diversos. Se um crime com a supressão do patrimônio merece uma pena de 5 a 12 anos de privação de liberdade, por exemplo, a supressão da vida não pode ter a mesma pena, a não ser que admitamos que o patrimônio tenha o mesmo valor que a vida. Seria o mesmo que aceitar o sacrifício da vida de um terceiro inocente para a salvaguarda do patrimônio de alguém, em alegação de estado de necessidade.

Com o fim de proteção de bens jurídicos de diferente valor, em igual grau, por exemplo, não há como se defender a proporção do meio em ambos os casos, tanto de proteção do bem jurídico de menor relevância como aquele que deveria ter a primazia. Também se pode concluir que a resposta penal igual, para violação diversa de bens jurídicos de valor diverso não se apresenta compatível com a ordem constitucional, se a violação do bem jurídico de menor valor é mais leve que a violação coibida em relação ao bem de maior valor. Neste caso, a análise de proporção entre meios e fins, nos dois casos, seria conflitante entre si, por pretender que algo mais indesejado pela sociedade possa ser coibido de igual forma com uma transgressão de grau muito menos significativo.

Portanto, uma das formas de o legislador desatender a proporcionalidade como importante postulado a orientar a influência direta das normas constitucionais no Direito Penal, especialmente dos direitos fundamentais, é a cominação de sanção equivalente para tipos penais de gravidade diversa. Se verificada essa situação em uma lei penal, é necessário que haja o seu controle de constitucionalidade, seja com adequação da pena por analogia, que seria *in bonam partem*, isto é, a favor do réu, ou com a determinação de uma pena adequada para determinada infração penal, ao se analisar um caso concreto.

## 5.2 - Tipos penais de igual gravidade com sanções penais diversas

Outra situação a ser analisada é aquela de tipos penais com igual gravidade, mas com sanções penais diversas. Imaginemos que bens jurídicos iguais, violados no mesmo grau, sejam apenados de forma diferenciada. A situação seria de mais difícil ocorrência, mas de todo modo possível e, portanto, de interesse científico.

Pode-se imaginar que o roubo com violência antes da subtração e aquele com violência praticada após a subtração recebam tratamento totalmente diverso, com sanções totalmente díspares. A violação aos bens jurídicos tutelados ocorreu em igual grau, sendo que, inclusive, o que se busca proteger com a norma é a mesma coisa, a incolumidade físico-psíquica, atingida com a violência, e o patrimônio, violado com a subtração.

A proporcionalidade, mais uma vez, pode servir de orientação e parâmetro seguro para demonstrar que a argumentação, neste caso, não é desprovida

de técnica e de devida base de fundamentação, além de apresentar o festejado atributo da mínima previsibilidade. A análise deve perpassar os elementos da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito. Deixa-se de falar em legitimidade dos fins e dos meios, pois, nesta concepção comparativa, já se parte do pressuposto que a criminalização do roubo é meio legítimo para coibir a conduta, bem como que a finalidade, de se salvaguardar a incolumidade físico-psíquica e a o patrimônio das pessoas, possui raízes na própria proteção dos direitos fundamentais e, de forma mais aprofundada, dos próprios direitos humanos, tal como concebidos no Direito Internacional.

Quanto à necessidade, a sanção penal pode se mostrar um meio de que não se pode prescindir para coibir um comportamento reprovável como a subtração do patrimônio de alguém mediante violência ou grave ameaça, por exemplo. Na adequação, a sanção determinada pelo legislador pode não implicar, *a priori*, na rejeição da sua aplicação, porque, em análise isolada, os dois crimes diversos podem fundamentar, sem o procedimento comparativo, a pena abstratamente cominada em lei.

Entretanto, os tipos penais de igual gravidade com sanções diversas não passam pelo exame da proporcionalidade em sentido estrito, quando as análises de cada um são comparadas. Ora, se o tipo penal A tem a sanção X, com gravidade igual à do tipo penal B, com sanção Y, a comparação mostra a falta de razoabilidade, ou, de forma mais nítida, de proporcionalidade.

Isto porque o fim de tutelar determinado bem jurídico, coibindo uma conduta de certa gravidade, pode tonar a pena necessária e adequada. Ocorre que, em análise em que um tipo penal é tido como paradigma do outro, não se pode verificar a proporcionalidade em sentido nos dois casos, quando confrontados.

Por isso, a proporcionalidade veda a imposição de sanções penais díspares para infrações penais de igual gravidade. Não há justificativa para a resposta penal diferenciada para a conduta de igual desvalor social, razão pela qual não passam pelo filtro da proporcionalidade, quando analisados cada um dos seus elementos em relação a cada um dos crimes, paralelamente. A decisão de controle de constitucionalidade pode determinar a redução da pena do tipo penal de menor gravidade, em razão dos princípios constitucionais que iluminam o Direito Penal. Se for em caso concreto, a pena pode ser simplesmente adequada com a redução. Em julgamento abstrato, o órgão de jurisdição pode fixar parâmetros para diminuir a pena ou usar a de um caso similar, se for menor que a prevista em lei.

### **5.3 - Tipos penais com tratamento extremamente rígido**

No caso de tipos penais aos quais se comina uma sanção penal extremamente rígida, excessiva, há diretamente a violação de direitos fundamentais, já que o postulado da proporcionalidade possui a faceta da proibição do excesso.

Não se aceita, então, uma sanção penal mais gravosa que o necessário, porque isso implica restrição da liberdade do cidadão sem que haja uma razão, ou seja, uma finalidade a ser atingida com isso.

De forma mais detalhada, a pena rígida de forma extremada já pode não ser considerada aceitável por não ser necessária, sendo este o primeiro elemento da proporcionalidade. Quanto à adequação, pode-se entender que é necessária a criminalização da conduta que viola um bem fundamental, ainda que seja de um pequeno grau de gravidade.

Por sua vez, a proporcionalidade em sentido estrito já demonstra a não aceitabilidade da pena rígida demais, por implicar no sopesamento entre o fim a que destina, que é desestimular uma conduta de gravidade leve, e o meio utilizado, que é a previsão de uma infração penal com uma pena bastante gravosa.

Portanto, mesmo que o tipo penal preveja a proteção de um bem jurídico específico, sem possibilidade de comparação a outros tipos penais de forma mais nítida, é possível o controle de constitucionalidade da lei que dispõe sobre ele. Por meio do postulado de proporcionalidade, pode-se controlar a proibição do excesso na proteção do direito fundamental tutelado pela norma penal, em razão de que isso implica na restrição de outro, como a liberdade dos cidadãos, em última análise. Além disso, o uso de cada um dos elementos do mencionado postulado permite a fundamentação para se declarar a desconformidade da norma com o texto da constituição, levando à utilização de outra sanção penal de um caso mais próximo ou à aplicação da pena com redutores, para se atingir um *quantum* proporcional.

#### **5.4 - Tipos penais com sanções desprovidas de qualquer coerção**

Se uma conduta perniciosa para a sociedade recebe uma sanção penal insignificante ou nenhuma sanção, seja por técnica legislativa falha ou por motivos escusos no processo legislativo, temos a baliza da proporcionalidade consistente na vedação da proteção insuficiente do bem jurídico.

Podemos imaginar um Estado com tendências totalitárias, que deixe de prever uma reprimenda considerável para o racismo, apesar de a constituição proclamar a igualdade, ou, ainda mais, determinar a criminalização do racismo de forma gravosa<sup>6</sup>. Um exemplo seria o crime de racismo ser punível com uma pena pecuniária correspondente a um décimo do salário mínimo.

A conduta incriminada, de considerável gravidade, recebe uma sanção penal que não a desestimula. A jurisdição constitucional torna passível de controle a lei que preveja uma conduta desse modo, já que a análise da necessidade e da adequação podem ser favoráveis, mas não se poderá considerar compatível

---

<sup>6</sup> É o caso da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que determina, em seu artigo 5º, inciso XLII, que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível.

o meio utilizado (incriminação com uma sanção penal ínfima) e a finalidade (coibir uma conduta gravosa para a sociedade).

Neste caso, entretanto, não pode a decisão de constitucionalidade determinar uma sanção penal mais grave, já que o princípio da legalidade não possibilita que uma decisão judicial determine uma pena mais gravosa que a prevista em lei. Isto porque, cumpre enfatizar, da legalidade derivam o subprincípio da reserva legal, que exige lei formal para definição de infrações penais e suas sanções, e o da anterioridade, que preconiza que a lei deve ser anterior à prática do fato incriminado.

Não pode o controle de constitucionalidade, portanto, determinar uma pena mais gravosa do que aquela prevista no tipo penal. Conforme o ordenamento jurídico e as normas sobre controle de constitucionalidade, pode-se decretar a inconstitucional omissão do Legislativo quanto à tutela do bem jurídico, em razão da sanção penal prevista de forma insuficiente. Reconhece-se, entretanto, a baixa eficácia da jurisdição constitucional para esta hipótese.

Note-se que, das hipóteses analisadas, o controle de constitucionalidade não impede que o legislador faça suas opções de política criminal. Resta amplo espaço de debate e de escolha política com base na representatividade popular. Há uma margem de opção política base, sem se resvalar na proibição do excesso nem na proibição insuficiente do bem jurídico. Não é outra a conclusão do jurista Carlos Bernal Pulido:

Apesar de os direitos fundamentais limitarem a discricionariedade do legislador penal, eles lhe deixam pelo menos três margens de ação. Em primeiro lugar, aparece a margem para a eleição dos meios. É bem certo que o Congresso somente pode escolher medidas que impliquem relações de empate. Conduto, a classe dos meios que implicam estas relações – intensa/intensa, média/média e leve/leve – é sempre bastante ampla. A eleição legislativa entre um meio e outro, quando ambos cumprem esta exigência, é irrefutável e não pode ser alterada pela jurisdição constitucional. (PULIDO, 2013).

Aqui, cumpre anotar que o juiz colombiano faz referência à relação entre o grau de intervenção na liberdade e a intensidade do favorecimento do direito de proteção. Deste modo, toda vez que a intervenção e a intensidade sejam de mesmo nível, como leve/leve, média /média e intensa/intensa, teríamos uma atuação legítima do legislador, dentro do campo permitido pela colisão entre os direitos de um lado e de outro.

Legitimar-se-ia, portanto, a atuação do legislador em que houvesse um equilíbrio entre a intensidade de intervenção na liberdade individual e o favorecimento obtido em relação ao direito objeto de proteção. Portanto, as balizas seriam, de um lado, a proibição de excesso e, de outro, a proibição da proteção deficiente.

Continua o juiz constitucional a mencionar as margens restantes para o legislador:

Em segundo lugar, o legislador também dispõe de uma margem para a ponderação. Dentro de sua competência, a opção por um dos três tipos de empate: relação intensa/intensa, média/média ou leve/leve – e a decisão acerca do nível em que se quer equilibrar as relações entre os bens em conflito são, nesse sentido, inquebrantáveis. Por último, o Congresso também goza de uma margem de ação cognitiva que se relaciona com a certeza das premissas mediante as quais se estabelece a intensidade na intervenção e o grau de proteção. (PULIDO, 2013).

Quanto a este último item, o autor se refere aos casos em que não há premissas certas, a confrontarem a medida legislativa, esta última deve ser considerada compatível com as regras e princípios constitucionais. Se não houver elementos científicos a demonstrar a necessidade de criminalização de determinada conduta ou a conveniência de sua descriminalização ou atipicidade, o legislador possui a prerrogativa de decidir por uma das opções, além da eleição dos meios, se o caso, para penalizar a conduta.

Não é outra a conclusão do eminente jurista brasileiro Paulo Bonavides, que entende que, ainda que haja uma ascendência do juiz como executor da justiça material, comprimindo as atribuições do legislador de forma controvertida, não se vulnera a separação de poderes. É sua posição:

Com efeito, a limitação de poderes do legislador não vulnera o princípio da separação, de Montesquieu, porque o raio de autonomia, a faculdade política decisória e a liberdade do legislador para eleger, conformar e determinar fins e meios se mantém de certo modo plenamente resguardada. Mas tudo isso, é óbvio, sob a regência inviolável dos valores e princípios estabelecidos pela Constituição. (BONAVIDES, 2002).

## 6. CONCLUSÃO

O reconhecimento da supremacia da constituição, com sua força normativa, torna a jurisdição constitucional uma tarefa imprescindível ao Estado. Isto porque, como visto, sem o controle de constitucionalidade das leis, dizer que as normas constitucionais são o fundamento de validade das demais seria uma afirmativa vazia e inócua. Sem o controle de conformidade das leis, a prevalência das normas constitucionais no ordenamento jurídico seria uma utopia, por depender sempre da observância das normas constitucionais pelo Poder Legislativo.

No âmbito do Direito Penal, os princípios específicos e sua própria característica de *ultima ratio* tornam o controle mais complexo e necessário. As normas penais representam a maior possibilidade de intervenção do Estado nos direitos fundamentais dos indivíduos, implicando em possíveis conflitos

envolvendo a decisão política, manifestada por lei, sobre o exercício do poder punitivo, de um lado, e, de outro, os direitos e garantias reconhecidos pela Magna Carta.

A proporcionalidade, como visto, representa importante postulado a ser utilizado na aplicação das normas. Possibilita uma análise de necessidade do meio utilizado pelo Estado e que seja gravoso para os indivíduos, em relação a qualquer dos seus direitos ou mesmo de sua esfera residual de liberdade, ou seja, a liberdade que deve permanecer mesmo considerada a natural restrição em decorrência da vida em sociedade. Além disso, possibilita que o meio seja analisado sob o ponto de vista da adequação, com análise de a medida ser ou não apropriada para os fins a que se destina.

Feita tal análise, a aplicação do postulado demanda um cotejamento entre os meios e fins, que devem ser legítimos, para a verificação se há proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, se os meios são legítimos, necessários e adequados na mesma medida em que há a consecução do fim a que se destina, em determinado grau. Por fim, ainda se deve constatar se há outra forma menos gravosa de se atingir o mesmo fim e se o fim alcançado justifica a medida adotada.

Além disso, a proporcionalidade demanda que a medida não atinja os limites mínimo e máximo. Fala-se, então, em proibição da proteção deficiente e em vedação do excesso. A medida estatal, que pode se consubstanciar em uma lei penal incriminadora, deve tutelar de forma efetiva o bem jurídico que se destina a proteger, não deixando-o descoberto de qualquer proteção estatal. De outro lado, a medida não pode ser excessiva, ultrapassando o necessário para a tutela dos direitos fundamentais e restringindo a esfera dos direitos e, de todo modo, a liberdade dos cidadãos sem que haja imprescindibilidade.

Com critérios mais precisos, a utilização da proporcionalidade na fundamentação das decisões tomadas no exercício da jurisdição constitucional as torna mais legítimas, com certo grau de previsibilidade e uma maior carga argumentativa. Com isso, o necessário controle de constitucionalidade das normas penais torna-se mais técnico, com um viés mais científico-jurídico. Este caráter é importante por ser o maior fundamento de legitimidade dos julgadores, por não serem eleitos pelo povo, sejam eles membros de uma corte constitucional ou todos os componentes do Poder Judiciário.

Possibilita-se, assim, a imposição dos limites constitucionais à sanha de punir do Estado, notadamente quando o faz de forma não sistemática e proporcional, como quando prevê infrações penais de igual gravidade com sanções penais bastante díspares, quando estipula sanções penais iguais para condutas que representam violação igual ao mesmo bem jurídico ou a bens jurídicos de igual valia e, por fim, quando, sem necessária análise comparativa, comina uma sanção penal absolutamente excessiva para uma conduta cuja incriminação não representa a tutela de bem jurídico de maior relevância para a sociedade.

A realização da jurisdição constitucional de forma técnica, mesmo na controversa área criminal, não afeta o princípio democrático. Para isso, é necessária a adoção de critérios que diminuam o grau de subjetividade, que é intrínseca à Ciência do Direito, e impeçam a arbitrariedade e o decisionismo<sup>7</sup>, que trazem consigo a questão da violação da separação de funções estatais. Neste âmbito, a importância da proporcionalidade se mostra de clareza solar, por ser um postulado que enseja uma análise técnica e comparativa entre as normas penais incriminadoras e os direitos fundamentais previstos em determinado ordenamento jurídico, inclusive a liberdade, cuja esfera mínima deve ser garantida a todo cidadão em um Estado Democrático de Direito.

Com uma fundamentação robusta e feita de acordo com as prescrições constitucionais, em que haja uma argumentação compreensível e com parâmetros da ciência jurídica, o controle de constitucionalidade das normas penais se consagra como importante instrumento de defesa do cidadão frente ao Estado, impedindo o exercício ilimitado do poder punitivo. Por outro lado, não se torna o mero substituto das decisões tomadas pelo parlamento, que constitui a seara das discussões controversas na democracia representativa, ao se afastar de motivações morais ou políticas, ainda que transfiguradas em decisões de fundamentação vaga e aberta.

A jurisdição constitucional das normas penais representa, em última análise, um instrumento necessário para a limitação do poder estatal. Ainda que o princípio democrático privilegie as decisões sobre política criminal e criminalização de condutas realizadas pelo Poder Legislativo, por representar o exercício da vontade popular na democracia representativa, o exercício desmesurado do poder punitivo implicaria na tirania da vontade de uma por vezes efêmera maioria, possibilitando a criminalização de condutas meramente imorais ou de ideologias minoritárias.

Ainda que se possa fazer ressalvas ao controle de constitucionalidade, seu exercício, notadamente no âmbito penal, é um pressuposto da supremacia da constituição, da garantia dos direitos fundamentais e, por conseguinte, do próprio Estado Democrático de Direito. Onde o poder punitivo não encontra limites, pode-se concluir que os direitos fundamentais do cidadão não têm efetividade, tornando-se suscetíveis de limitação ao alvedrio de eventual maioria obtida no Parlamento.

## REFERÊNCIAS

---

<sup>7</sup> Expressão utilizada para designar a tomada de decisão sem técnica, mas por ato de pura vontade. Seria, assim, a decisão judicial com argumentos voluntaristas, sendo produto de uma escolha subjetiva, política. É bastante usada pelo jurista Lenio Luiz Streck, como, por exemplo, no seu artigo Justiça entre exegetismo e decisionismo: o que fazer? Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-mar-27/senso-incomum-justica-entre-exegetismo-decisionismo>>. Acesso em 25 de setembro de 2018.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BARROSO, Luis Roberto Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista de Direito do Estado** 13: 71, 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 14/05/2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, volume 1. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

DOBROWOLSKI, Silvio. A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 92-101, jan. 1995. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15778/14280>>. Acesso em: 24 set. 2018. <<https://doi.org/10.5007/%x>>.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 7 ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

HASSEMER, Winfried. **Características e Crises do Direito Penal Moderno**. Artigo traduzido e disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/SRC%2008\\_54.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/SRC%2008_54.pdf).

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição** (Die normative Kraft der Verfassung). Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Batista Machado. 8.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Claudio Ladeira de. Ativismo Judicial. Autorrestrrição judicial e o “Minimalismo” de Cass Sunstein. **Diritto & Diritti**, 11 dez. 2008. Disponível em: <http://www.diritto.it/pdf/27004.pdf>. Acesso em: 13 maio 2011.

PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais**; tradução Thomas da Rosa de Bustamante com a colaboração de Bruno Stiegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SANTOS, Tiago Neiva. Ativismo judicial: uma visão democrática sobre o aspecto político da jurisdição constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 44, n.173, p.271-284, jan./mar. 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Justiça entre exegetismo e decisionismo: o que fazer? **Conjur**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-mar-27/senso-incomum-justica-entre-exegetismo-decisionismo>>. Acesso em 25 de setembro de 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, 4 (2), p.441-464, jul.-dez. 2008. Disponível em: [http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5e/RD-08\\_6\\_441\\_464\\_Supremocracia\\_Oscar%20Vilhena%20Vieira.pdf](http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5e/RD-08_6_441_464_Supremocracia_Oscar%20Vilhena%20Vieira.pdf). Acesso em: 18/05/2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. 3 ed. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2011.



