

ABDConst

Academia Brasileira de Direito Constitucional

CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO

Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional

Volume 14 | Número 26 | **Jan/Jul** 2022

Publicação Oficial da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDCONST
Rua XV de novembro, 964, 2º andar, Centro, CEP: 80.060-000, Curitiba /PR
Telefone: +55 (41) 3024.1167 / Fax: +55 (41) 3027.1167
E-mail: abdconst@abdconst.com.br

*Solicita-se permuta.
We ask for exchange.
Se pide canje.
On demande l'échange.
Wir bitten um austausch.
Oni petas intersangam.
Si richiede lo scambio.*

Constituição, Economia e Desenvolvimento
Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional.
Programa de Pós-graduação em Direito.
Vol. 14, n. 26 (jan./jul. 2022) - Curitiba:
2022 Publicação semestral
ISSN 2177-8256
1. Direito 2. Academia brasileira de Direito Constitucional.

Endereço para correspondência:
CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO: REVISTA
ELETRÔNICA DA ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO
CONSTITUCIONAL

Editores Responsáveis: Ilton Norberto Robl Filho e Flávio Pansieri
Editora Adjunta: Luís Henrique Braga Madalena e Ariê Scherreier Ferneda
E-mail: ilton@abdconst.com.br; revista@abdconst.com.br;
luishenrique7@gmail.com
Editoração: Luis Henrique Braga Madalena

Publicação semestral. Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação somente será permitida após a prévia permissão escrita do autor. Os conceitos em artigos assinados são de responsabilidade de seus autores. As matérias desta revista podem ser livremente transcritas, desde que citada a fonte.

CONSELHO EDITORIAL**Editores Responsáveis****Ilton Norberto Robl Filho**

Coordenador de Pesquisa e dos Grupos de Estudos Nacionais da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Professor Adjunto da UFPR e permanente do Mestrado em Direito do IDP. Secretário Geral da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/PR. Visiting Scholar na Universidade de Toronto - Canadá. Pesquisador Visitante no Max Plank Institut em Heidelberg - Alemanha. Pós-Doutor pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC-RS. Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela UFPR.

Flávio Pansieri

Professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC-PR e Presidente do Conselho Fundador da ABDConst. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Pós-Doutor em Direito pela USP.

Luis Henrique Braga Madalena

Vice-Diretor Financeiro da ABDConst. Doutor em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Especialista em Direito Constitucional e Teoria Geral do Direito pela ABDConst. Coordenador da Especialização em Teoria do Direito, Dogmática Crítica e Hermenêutica da ABDConst.

Ariê Scherreier Ferneda

Mestranda pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Editora Adjunta.

Membros do Conselho Editorial**Alexandre Walmott Borges**

Professor de mestrado em Direito e Gestão Organizacional da UFU - Universidade Federal de Uberlândia. Professor visitante do mestrado em Direito pela UNESP - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita F. Doutor em Direito pela UFSC - Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em História pela UFU - Universidade Federal de Uberlândia.

Antonio Carlos Wolkmer

Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu UNESC.

Antônio José Avelãs Nunes

Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, Doutor Honoris Causa da UFPR e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra.

Cristiano Celone

Professor associado de Direito Administrativo do Departamento de Direito da Universidade de Palermo e sócio fundador da Associação ítalo-brasileira dos Professores de Direito Administrativo e Constitucional (AIBDAC).

Eroulths Cortiano Junior

Professor do Programa de Pós-Graduação e da Graduação em Direito da UFPR e Doutor em Direito pela UFPR.

Ingo Wolfgang Sarlet

Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Doutor em Direito pela Ludwig-Maximilians-Universität, LMU, Alemanha.

Luís Fernando Sgarbossa

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR.

Lenio Luiz Streck

Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da UNISINOS e da UNESA. Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa e Doutor pela UFSC.

Marco Aurélio Marrafon

Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Direito pela UFPR.

Marcus Firmino Santiago da Silva

Professor do Curso de Direito da UDF - Brasília e Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho.

Mario Antonio Roque Midón

Ex-Presidente da Associação Argentina de Direito Constitucional. Prof. Titular de Direito Constitucional da UNNE – Argentina.

Mariana Mota Prado

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Toronto e Doutora em Direito pela Universidade de Yale.

Milena Petters Melo

Professora da Universidade de Blumenau – FURB e Doutora em Direito pela Università degli Studi di Lecce, UNISALENTO.

Nicola Gullo

Professor Associado de Direito Administrativo da Universidade de Palermo, Itália.

Priscila Machado Martins

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Valparaíso. Professora de Direito Processual Constitucional, Universidade de los Andes, Chile.

Roberto Gargarella

Professor da Universidade Torcuato Di Tella e da Universidade de Buenos Aires, Argentina.

Sabina Grabowska

Professora de Direito na Universidade de Rzeszow, Polônia. Doutora pela universidade de Rzeszow e Pós-doutora pela Universidade de Dublin.

CONSELHO DE PARECERISTAS DA REVISTA DA ABDCONST

Abraão Soares Dias dos Santos Gracco	Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira
Aldo Muro Júnior	Cristiane Helena de Paula Lima Cabral
Alexandre Coutinho Pagliarini	Daniel Francisco Nagao Menezes
Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia	Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis
Alexandre Hamilton Oliveira Santos	Daniela Rezende Oliveira
Alexandre Moraes da Rosa	Delmo Mattos da Silva
Alexandre Walmott Borges	Demetrius Nichele Macei
Alfredo Copetti	Diana Carolina dos Santos Júnior
Álvaro Borges de Oliveira	Eduardo Antônio Klausner
Álvaro de Oliveira Azevedo Neto	Eduardo Biacchi Gomes
Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci	Eduardo Molan Gaban
Ana Paula de Barcellos	Eleonora Mesquita Ceia
André Luiz Costa-Corrêa	Eliana Franco Neme
Andrea Boari Caraciola	Eloi Martins Senhoras
Ângela Issa Haonat	Emerson Gabardo
Ângela Maria	Emilio Peluso Neder Meyer
Antonio Baptista Gonçalves	Eneas De Oliveira Matos
Antonio Celso Baeta Minhoto	Érico Hack
Antonio Gomes Moreira Maués	Erivaldo Cavalcanti E Silva Filho
Antonio Veloso Peleja Junior	Eroulths Cortiano Júnior
Balmant Emerique	Everton das Neves Gonçalves
Beclaute Oliveira Silva	Ezilda Claudia de Melo F. M. Maciel
Brandão Soares	Fábio Lima Quintas
Bráulio de Magalhães Santos	Fabício de Assis Campos Vieir
Caio Augusto Souza Lara	Fabício Ricardo de Limas Tomio
Carla Izolda Fiuza Costa Marshall	Fausto Santos de Moraes
Carlos Bolonha	Fauzi Hassan Choukr
Carlos Victor Nascimento dos Santos	Felipe Chiarello
Carolina Alves Vestena	Fernando Hoffmam
Cátia Rejane Liczbinski Sarreta	Fernando Nagib
Cavalcanti Ramalho	Flávia Danielle Santiago Lima
Célia Barbosa Abreu	Francisco de Assis do Rego M. Rocha Jr.
Christiane De Holanda Camilo	Germano André Doederlein Schwartz
Cláudia Luiz Lourenço Claudio Gonçalves	Geziela Iensue
Munhoz	Giovani da Silva Corralo
Claudio Smirne Diniz Clodoaldo Moreira	Gisele Mascarelli Salgado

Guilherme Camargos Quintela
Gustavo Almeida Paolinelli de Castro
Gustavo Silveira
Hamilton da Cunha Iribure Júnior
Heder Carlos de Oliveira
Heitor de Carvalho Pagliaro
Henrique Napoleão Alves
Henry Atique
Ingo Wolfgang Sarlet
Isaac Newton Belota Sabbá Guimarães
Jackeline Fraga Pessanha
Jacqueline de Souza Gomes
Janaína Machado Sturza
Jean Carlos Dias
João Paulo Capelotti
Jorge Jose Lawand
José Carlos Buzanello
José de Magalhães Campos Abrósio
Jose Everton da Silva
José Francisco de Assis Dias
José Luiz Ragazzi
José Renato Martins
Josemar Sidinei Soares
Josias Jacintho Bittencourt
Juliana Cordeiro Schneider
Julio Pinheiro Faro
Jussara Maria Leal de Meirelles
Katiucia Boina
Leilah Luahnda Gomes De Almeida
Leonam Liziero
Leonardo Vieira Wandelli
Lilian Márcia Balmant
Livia Gaigher Bósio Campello
Luana de Carvalho Silva Gusso
Lucas Abreu Barroso
Lucas Catib de Laurentiis

Lucas Gonçalves da Silva
Luciana Costa Poli
Luciana Fernandes Berlini
Luciana Souza de Araujo
Luciene Dal Ri
Luis Fernando Sgarbossa
Luis Gustavo G. Castanho de Carvalho
Luis Renato Vedovato
Luiz Claudio Araújo Coelho
Luiz Eduardo Anesclar
Luiz Ricardo Guimaraes
Maraluce Maria Custodio
Marcelo Henrique Nogueira Diana
Marcelo Labanca C. de Araújo
Marcelo Lamy
Marcelo Sant'Anna Vieira Gomes
Márcia Jucá Teixeira Diniz
Márcio Pugliesi
Marco Antônio Ribeiro Tura
Marco Aurélio Marrafon
Marco Felix Jobim
Marcos Alves da Silva
Marcos Augusto Maliska
Marcos Catalan
Marcos Coelho
Marcus Firmino Santiago
Margareth Anne Leister
Margareth Vetis Zaganelli
Maria da Graça de Moraes Bittencourt
Campagnolo
Mário Ferreira Neto
Martinho Martins Botelho
Mateus de Oliveira Fornasier
Micheli Pereira
Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas
Milena Petters Melo Monica Bonetti Couto

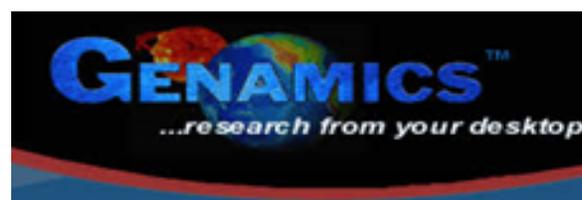
Mônica Helena Harrich Silva Goulart
Murilo Melo Vale
Nelci Lurdes Gayeski Meneguzzi
Nina Tricia Disconzi Rodrigues
Pablo Malheiros da Cunha Frota
Paula Pessoa Pereira
Paulo Ricardo Schier
Paulo Sérgio da Silva
Phillip Gil França
Rafael de Oliveira Costa
Rafael Silveira e Silva
Rafael Tomaz De Oliveira
Ribeiro Guedes
Ricardo Aronne
Ricardo Carneiro Neves Júnior
Ricardo Serrano Osorio
Rodrigo Fortunato Goulart
Ronaldo Lindimar José Marton
Samantha Ribeiro Meyer Pflug
Sandra Sereide Ferreira da Silva
Sandro Luís Tomás Ballande Romanelli
Sandro Marcelo Kozikoski
Sandro Rogério Monteiro de Oliveira
Saulo Bichara Mendonça
Sebastião Neto
Simone Tassinari Cardoso
Sonia Barroso
Sulamita Crespo Carrilho Machado
Sylvio Alarcon
Tiago Resende Botelho
Túlio Lima Vianna
Valencia Tello
Valéria Cristina Pereira Furlan
Valéria Silva Galdino Cardin
Vanessa Oliveira Batista Berner

Vânia Beatriz Rey Paz
Wagner Silveira Feloniuk
Walter Guandalini Junior
William Soares Pugliese

PARECERISTAS QUE PARTICIPARAM DESTA EDIÇÃO

ALEXANDRE MORAIS DA ROSA
ALEXANDRE WALMOTT BORGES
ANTONIO CELSO BAETA MINHOTO
ANTONIO VELOSO PELEJA JUNIOR
BECLAUTE OLIVEIRA SILVA
BRUNO BASTOS DE OLIVEIRA
CAMILA SALGUEIRO DA PURIFICAÇÃO MARQUES
FLÁVIA DANIELLE SANTIAGO LIMA
FLAVIA DE CAMPOS PINHEIRO
FLÁVIO PANSIERI
GEZIELA IENSUE
GIOVANI CORRALO
JACSON BACIN VICENTE
JANAINA LIMA PENALVA DA SILVA
JULIA HELIODORO SOUZA GITIRANA
LUIS HENRIQUE BRAGA MADALENA
MARCELO LABANCA CORRÊA DE ARAÚJO
PABLO MALHEIROS DA CUNHA FROTA
PHILIPP GIL FRANÇA
SANDRO MANSUR GIBRAN
SÉRGIO CABRAL DOS REIS
THIAGO MIRANDA MINAGÉ
WILLIAM SOARES PUGLIESE

INDEXAÇÃO



Google Acadêmico

OJS
OPEN JOURNAL SYSTEMS

EDITORIAL

Com grande honra apresentamos o número 26 (2022, v. 14, n. 26, jan./jul.) da Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Essa nova edição publica pesquisas e ensaios de excelência, relevância e atualidade, encontrando-se também atenta à internalização contando com a veiculação de textos de pesquisadores e professores de instituições de ensino portuguesas e peruanas.

O primeiro eixo temático versa sobre **Estado Social, Políticas Públicas e Intervenção**.

O artigo intitulado “Solicitação de abertura de base de dados perante a Administração Pública municipal: uma análise a partir dos seus parâmetros técnicos e fundamentos normativos constitucionais e infraconstitucionais”, dos autores André Afonso Tavares, Caroline Müller Bitencourt e José Sérgio da Silva Cristóvam, investiga se à luz do ordenamento jurídico brasileiro é possível a solicitação de abertura de base de dados públicos perante os municípios.

Em seguida, o texto intitulado “A função social da terra e o enfrentamento da questão agrária”, dos autores Elenice Silverio de Souza e Emiliano Lobo de Godoi, aborda a atuação do Estado quanto à efetivação da função social da terra, no contexto da questão agrária brasileira.

Por sua vez, o trabalho “Liberdade de imprensa em risco no Brasil: a instrumentalização de crimes de opinião contra jornalistas”, dos autores Glauco Salomão Leite e Natalia Bezerra Valença, analisa a instrumentalização de legislações que criminalizam opiniões, como previsões do Código Penal Brasileiro de 1940 e da Lei de Segurança Nacional de 1983, contra jornalistas críticos e opositores do Governo do Presidente Jair Bolsonaro, a partir de 2019, no contexto de recessão das democracias e autocratização do Brasil.

A pesquisa intitulada “Discurso do ódio: um estudo a partir da garantia à liberdade de expressão e seus limites”, dos autores Lucas Catib de Laurentiis e Thaís Marie Sueno Toda, aborda, através de um estudo comparado do direito norte-americano e brasileiro, a polêmica dos discursos do ódio e o seu tratamento diante da necessidade de se garantir a

liberdade de expressão, ao lado da dignidade humana dos diferentes grupos sociais

Já o artigo intitulado “Dever fundamental da função social da empresa e o auxílio solidário em circunstâncias excepcionais de pandemia: uma análise diante do paradigma do lucro”, de autoria de Rubens Laranja Musiello e Daury Cesar Fabríz, investiga, à luz do fundamento de solidariedade, se seria a função social da empresa um dever fundamental reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, o trabalho “A obrigação de resguardo dos direitos humanos no Brasil e o poder potestativo do presidente da República de firmar tratados internacionais: antinomia no sistema constitucional brasileiro”, dos autores Marcos Roberto Funari e Motauri Ciocchetti de Souza, analisa o alcance da vinculação do Chefe do Executivo quanto à assecuração da plena efetividade dos direitos previstos em convenções e tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

O segundo eixo temático abrange as pesquisas acerca da **Jurisdição Constitucional entre Teoria e Prática**.

A pesquisa “Foro especial por prerrogativa de função: análise interpretativa à luz do princípio constitucional da igualdade”, de autoria de Aloísio Bolwerk e Daniel Guedes dos Santos, tem como objetivo a reflexão se o foro especial resistiria a uma análise de adequação tendo como fundamento de validade a igualdade sob suas duas acepções: formal e material.

O texto intitulado “Pela estabilidade dos precedentes: análise da presunção de inocência pelo Supremo Tribunal Federal”, de autoria de Andressa de Liz Sampaio, João Rafael de Oliveira e William Soares Pugliese, busca analisar a doutrina brasileira dos precedentes à luz da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADCs 44, 45 e 54.

Por sua vez, o artigo intitulado “A teoria do desvio de poder e sua aplicação na função legislativa à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, dos autores Hamilton Gomes de Santana Neto e Rafael da Silva Menezes, tem por objetivo a análise da teoria do desvio de poder e sua possibilidade de aplicação à Função Legislativa.

A pesquisa “Ativismo judicial na perspectiva do princípio da separação de poderes”, das autoras Melissa Demari e Mariana Machado Tessari, tem como propósito analisar o fenômeno do ativismo judicial e a eventual incompatibilidade de sua prática em relação aos

fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Por fim, o trabalho “A ação direta de inconstitucionalidade n. 4.650 e a ‘democracia guardiana’ de Robert Dahl”, de autoria de Thiago Aguiar de Pádua, Luís Carlos Martins Alves Jr. e Fábio Luiz Bragança Ferreira, analisa o julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.650 à luz do conceito de “Guardiania”, desenvolvido por Robert Dahl.

O terceiro eixo temático, por fim, enfrenta a relação entre **Sujeitos e Direitos: potencial de construções críticas ao constitucionalismo pelo diálogo comparado e interdisciplinar.**

O artigo “O princípio constitucional da legalidade criminal em Portugal e UE”, de Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo Bandeira – Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra e Professor em Direitos Fundamentais e Ciências Jurídico-Criminais na Escola Superior de Gestão do IPCA-Minho-RUN-Regional University Network-EU (Portugal) –, realiza uma análise do tratamento dispensado ao princípio da legalidade em matéria criminal em Portugal e na União Europeia.

Em seguida, a pesquisa intitulada “Inconstitucionalidades paradigmáticas e o pragmatismo”, dos autores Luis Henrique Braga Madalena, Rene Erick Sampar e Vinícius Quarelli, realiza um estudo do pragmatismo filosófico e jurídico para verificar a sua compatibilidade com os pressupostos normativos subjacentes ao Constitucionalismo Contemporâneo.

Já o texto intitulado “Ética judicial na vida privada do juiz brasileiro: aonde vai sua liberdade de expressão para além do gabinete?”, dos autores Orlando Luiz Zanon Junior e Eduardo Freccia de Oliveira, tem como objetivo analisar a compatibilidade do mister profissional da magistratura com as plataformas ou ferramentas para externar opiniões e pensamentos particulares.

O artigo “A propósito de la corrupción. análisis interdisciplinar”, de Jorge Isaac Torres Manrique – Doutor em Direito pela Universidad Nacional Federico Villarreal (Lima) e Presidente de la Escuela Interdisciplinar de Derechos Fundamentales Praeeminentia Iustitia (Perú) –, realiza uma análise interdisciplinar do fenômeno da corrupção, buscando compreender suas raízes para, após, propor soluções adequadas ao seu combate.

Por fim, a pesquisa intitulada “Princípios de inteligência artificial”, de autoria de Zulmar Fachin, Jéssica Fachin e Deise Marcelino da Silva, tem por objetivo apresentar quais são os princípios inspiradores do uso da inteligência artificial, apontando para a necessidade de que o uso da ferramenta deve respeitar esses princípios.

Reiteram-se os votos de excelente leitura!

Ilton Norberto Robl Filho e Flávio Pansieri

Editores Responsáveis da Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional

Luis Henrique Braga Madalena e Ariê Scherreier Ferneda

Editores Adjuntos da Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional

SUMÁRIO**1 ESTADO SOCIAL, POLÍTICAS PÚBLICAS E INTERVENÇÃO****SOLICITAÇÃO DE ABERTURA DE BASE DE DADOS PERANTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS SEUS PARÂMETROS TÉCNICOS E FUNDAMENTOS NORMATIVOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS**

REQUEST TO OPEN A DATABASE BEFORE THE MUNICIPAL PUBLIC ADMINISTRATION: AN ANALYSIS FROM ITS TECHNICAL PARAMETERS AND CONSTITUTIONAL AND INFRACONSTITUTIONAL NORMATIVE FOUNDATION

André Afonso Tavares, Caroline Müller Bitencourt e José Sérgio da Silva Cristóvam 19

A FUNÇÃO SOCIAL DA TERRA E O ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO AGRÁRIA

THE SOCIAL FUNCTION OF LAND AND FACING THE AGRICULTURAL ISSUE

Elenice Silverio de Souza e Emiliano Lobo de Godoi 39

LIBERDADE DE IMPRENSA EM RISCO NO BRASIL: A INSTRUMENTALIZAÇÃO DE CRIMES DE OPINIÃO CONTRA JORNALISTAS
PRESS FREEDOM AT RISK IN BRAZIL: THE INSTRUMENTALIZATION OF CRIMES OF OPINION AGAINST JOURNALISTS

Glauco Salomão Leite e Natalia Bezerra Valença..... 59

DISCURSO DO ÓDIO: UM ESTUDO A PARTIR DA GARANTIA À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS LIMITES

DISCOURSE OF HATE: A STUDY BASED ON THE GUARANTEE OF FREEDOM OF EXPRESSION AND ITS LIMITS

Lucas Catib de Laurentiis e Thaís Marie Sueno Toda..... 82

DEVER FUNDAMENTAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E O AUXÍLIO SOLIDÁRIO EM CIRCUNSTÂNCIAS EXCEPCIONAIS DE PANDEMIA: UMA ANÁLISE DIANTE DO PARADIGMA DO LUCRO

FUNDAMENTAL DUTY OF THE COMPANY'S SOCIAL FUNCTION AND SOLIDARITY AID IN EXCEPTIONAL PANDEMIC CIRCUMSTANCES: AN ANALYSIS BEFORE THE PROFIT PARADIGM

Rubens Laranja Musiello e Daury Cesar Fabriz..... 111

A OBRIGAÇÃO DE RESGUARDO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL E O PODER POTESTATIVO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA DE FIRMAR TRATADOS INTERNACIONAIS: ANTINONÍMIA NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

THE OBLIGATION TO RESPECT HUMAN RIGHTS IN BRAZIL AND THE POTESTATIVE POWER OF THE PRESIDENT OF THE REPUBLIC OF FIRING INTERNATIONAL TREATIES: ANTHINONYMIA IN THE BRASILIAN CONSTITUTIONAL SYSTEM

Marcos Roberto Funari e Motauri Ciocchetti de Souza 135

2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ENTRE TEORIA E PRÁTICA

FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: ANÁLISE INTERPRETATIVA À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

THE SPECIAL FORUM BY FUNCTION PREROGATIVE: INTERPRETATIVE ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF EQUALITY

Aloísio Bolwerk e Daniel Guedes dos Santos 182

PELA ESTABILIDADE DOS PRECEDENTES: ANÁLISE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

FOR THE STABILITY OF PRECEDENTS: ANALYSIS OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE BY THE FEDERAL SUPREME COURT

Andressa de Liz Sampaio, João Rafael de Oliveira e William Soares Pugliese 210

A TEORIA DO DESVIO DE PODER E SUA APLICAÇÃO NA FUNÇÃO LEGISLATIVA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE THEORY OF THE DEVIATION OF POWER AND ITS APPLICATION IN THE LEGISLATIVE FUNCTION IN LIGHT OF THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREME FEDERAL COURT

Hamilton Gomes de Santana Neto e Rafael da Silva Menezes 234

ATIVISMO JUDICIAL NA PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

JUDICIAL ACTIVITY FROM THE PERSPECTIVE OF THE PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS

Melissa Demari e Mariana Machado Tessari 234

A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4.650 E A “DEMOCRACIA GUARDIANA” DE ROBERT DAHL

THE DIRECT UNCONSTITUTIONALITY SUIT Nº 4650 AND THE “GUARDIANSHIP DEMOCRACY” OF ROBERT DAHL

Thiago Aguiar de Pádua, Luís Carlos Martins Alves Jr. e Fábio Luiz Bragança Ferreira 234

3 SUJEITOS E DIREITOS: POTENCIAL DE CONSTRUÇÕES CRÍTICAS AO CONSTITUCIONALISMO PELO DIÁLOGO COMPARADO E INTERDISCIPLINAR

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE CRIMINAL¹ EM PORTUGAL E UE

THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF CRIMINAL LEGALITY IN PORTUGAL AND THE EU

Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo Bandeira 260

INCONSTITUCIONALIDADES PARADIGMÁTICAS E O PRAGMATISMO*PARADIGMATIC UNCONSTITUTIONALITIES AND THE PRAGMATISM*

Luis Henrique Braga Madalena, Rene Erick Sampar e Vinícius Quarelli 292

ÉTICA JUDICIAL NA VIDA PRIVADA DO JUIZ BRASILEIRO: AONDE VAI SUA LIBERDADE DE EXPRESSÃO PARA ALÉM DO GABINETE?*JUDICIAL ETHICS IN THE PRIVATE LIFE OF THE BRAZILIAN JUDGE: WHERE DOES YOUR FREEDOM OF EXPRESSION GO BEYOND THE CABINET?*

Orlando Luiz Zanon Junior e Eduardo Freccia de Oliveira..... 313

A PROPÓSITO DE LA CORRUPCIÓN. ANÁLISIS INTERDISCIPLINAR*ABOUT CORRUPTION. INTERDISCIPLINARY ANALYSIS*

Jorge Isaac Torres Manrique 313

PRINCÍPIOS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL*PRINCIPLES OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE*

Zulmar Fachin, Jéssica Fachin e Deise Marcelino da Silva 334

**SOLICITAÇÃO DE ABERTURA DE BASE DE DADOS PERANTE A
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS
SEUS PARÂMETROS TÉCNICOS E FUNDAMENTOS NORMATIVOS
CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS**

*REQUEST TO OPEN A DATABASE BEFORE THE MUNICIPAL PUBLIC
ADMINISTRATION: AN ANALYSIS FROM ITS TECHNICAL PARAMETERS AND
CONSTITUTIONAL AND INFRACONSTITUTIONAL NORMATIVE FOUNDATION*

André Afonso Tavares¹

Caroline Müller Bitencourt²

José Sérgio da Silva Cristóvam³

RESUMO: A presente pesquisa centrou-se na análise da conformação jurídica da solicitação de abertura de dados feita aos municípios por qualquer interessado e se justifica pelo grande número de municípios no Brasil, atualmente em 5.570, bem como que estes têm sido refratários na questão da abertura de dados, tanto pela ausência de divulgação de ofício quanto pela resistência à abertura provocada. O problema de pesquisa foi analisar se, com base na Constituição Federal e na legislação vigente, existe base jurídica para a solicitação de abertura de base de dados à Administração Pública municipal. O objetivo geral da

¹ Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul/RS - UNISC. Mestre em Direito. Especialista em Direito Público e em Auditoria Governamental. MBA em Ciência de Dados. Graduado em Direito e em Ciências Contábeis. Graduando em Engenharia de Software. Advogado. Bolsista do Programa UNIEDU/Estado de Santa Catarina. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4796837975465187>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9549-8096> E-mail: afonsotavares.andre@gmail.com

² Professora do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil). Estágio Pós-Doutoral em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutora e Mestra em Direito pela UNISC. Especialista em Direito Público. Membro da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Membro da Rede de Direito Administrativo Social. Presidente do Comitê de Direitos Humanos da Universidade de Santa Cruz do Sul. Coordenadora do Grupo de pesquisa Controle Social e Administrativo de Políticas Públicas e Serviço Público, vinculado ao CNPq. Advogada. Chefe do Departamento de Direito da UNISC. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9275383516572588>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5911-8001>. E-mail: carolinemb@unisc.br

³ Professor Adjunto de Direito Administrativo (Graduação, Mestrado e Doutorado) da UFSC. Doutor em Direito Administrativo pela UFSC, com estágio de Doutorado Sanduiche junto à Universidade de Lisboa – Portugal. Mestre em Direito Constitucional pela UFSC. Membro fundador e Presidente do Instituto Catarinense de Direito Público (ICDP). Membro fundador e Diretor Acadêmico do Instituto de Direito Administrativo de Santa Catarina (IDASC) e membro efetivo da Asociación Internacional de Derecho Administrativo (AIDA) e da Asociación Mexicana de Derecho Administrativo (AMDA). Coordenador do Grupo de Estudos em Direito Público do CCJ/UFSC (GEDIP/CCJ/UFSC) e membro da Rede de Pesquisa em Direito Administrativo Social (REDAS) e da Red de Derecho Administrativo Contemporaneo (REDAC). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2034554027427612>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-8232-9122> E-mail: jscristovam@gmail.com

pesquisa consistiu em estudar a existência de previsão legal para a solicitação de abertura de base de dados públicos feita aos municípios brasileiros. Enquanto objetivos específicos, os quais corresponderam aos dois grandes tópicos deste trabalho, buscou-se, inicialmente, esclarecer alguns aspectos teóricos para compreensão dos dados abertos, tal como a distinção entre informação e dado, bem como os principais atributos dos dados abertos, além da sua conformação jurídica à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, realizou-se investigação específica da Constituição Federal e da legislação vigente a fim de verificar a existência de base jurídica para a solicitação de abertura de dados públicos perante o Poder Público municipal. Foi utilizado o método dedutivo e como abordagem metodológica a pesquisa bibliográfica e consulta às fontes legislativas. Em conclusão, a pesquisa demonstrou a existência de previsão legal da solicitação de abertura de base de dados aos municípios, a partir da interpretação à luz da Constituição Federal e da legislação aplicável, em especial, da Lei n. 12.527, de 2011 (Lei de Acesso à Informação).

Palavras-chave: Acesso à informação. Administração Pública municipal. Controle social. Dados abertos. Governo digital.

ABSTRACT: The present research focused on the analysis of the legal conformation of the request for opening data made to municipalities by any interested party and is justified by the large number of municipalities in Brazil, currently at 5,570, as well as that they have been refractory to the issue of opening data, both due to the lack of official disclosure and the resistance to the opening caused. The research problem was to analyze whether, based on the Federal Constitution and current legislation, there is a legal basis for the request to open a database to the municipal Public Administration. The general objective of the research was to study the existence of a legal provision for the request to open a public database made to Brazilian municipalities. As specific objectives, which correspond to the two main topics of this work, we initially seek to clarify some theoretical aspects for understanding open data, such as the distinction between information and data, as well as the main attributes of open data, in addition to its legal conformation in the light of the Brazilian legal system. Then, a specific investigation of the Federal Constitution and current legislation is conducted to verify the existence of a legal basis for the request to open public data before the municipal government. The deductive method was used and as a methodological approach, bibliographic research and consultation of legislative sources were used. In conclusion, the research demonstrated the existence of a legal provision for the request to open a database to municipalities, based on the interpretation in the light of the Federal Constitution and applicable legislation, in particular, Law N° 12,527 of 2011 (Access to Information Law).

Key-words: Access to information. Municipal Public Administration. Social control. Open data. Digital government.

Sumário: 1. Introdução; 2. Sobre a conformação técnica e jurídica dos dados abertos no âmbito da Administração Pública brasileira; 3. Base jurídica para a solicitação de abertura de dados públicos feita à administração pública municipal; 4. Considerações finais; 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Os desafios que cercam o acesso à informação e à transparência na Administração Pública não são novos e nem se apresentam de fácil superação. Entre eles, está a busca por comunicação, obtida, sobretudo, a partir da adoção de uma linguagem acessível e simplificada que torne as informações compreensíveis à sociedade em geral, o qual, certamente, continua a representar um dos maiores entraves à transparência pública.

Ao mesmo tempo, na sociedade informacional atual, outras demandas têm surgido a partir do desenvolvimento e incremento das tecnologias nas diversas áreas da vida. A algoritmização é um fenômeno presente, do qual a Administração Pública brasileira não pode e não tem ficado à margem. Prova disso são as diversas iniciativas e eventos que buscam trazer e incentivar inovação no setor público, com técnicas de programação que levem em conta a aplicação de inteligência artificial, de ciência de dados, de desenvolvimento de softwares, aplicativos e plataformas de governo digital cada vez mais automatizadas ou auxiliadas por algoritmos.

Nesse contexto, os dados abertos são ingredientes fundamentais para a promoção da inovação, pois possibilitam o desenvolvimento de uma ampla gama de soluções, desde ferramentas voltadas ao exercício da cidadania, tal como o controle social digital,⁴ ao melhoramento dos serviços públicos, ao aperfeiçoamento de políticas públicas baseadas em dados e evidências e ao surgimento de novos serviços privados. Um exemplo desses novos serviços privados é o desenvolvimento de aplicativos de transporte, tal como o *app Citymapper*, que utiliza de dados abertos em tempo real sobre ônibus, trens e metrô, para indicar, com qualidade e precisão, os horários de partida, tempo de chegada ao destino e outras informações aos usuários.

Ocorre que a cultura de abertura de dados no Brasil ainda é recente, sendo que, no âmbito municipal, há diversas resistências quanto à legalidade dessa solicitação, sob fundamentos diversos, os quais serão aprofundados ao longo da presente pesquisa. Ademais, comum haver morosidade à utilização desses dados, quando não disponibilizados de ofício pela Administração Pública municipal. Destaca-se que, na esfera federal, já existe, desde

⁴ Sobre o tema, ver: TAVARES; BITENCOURT; CRISTÓVAM, 2021.

2016, a partir do Decreto n. 8.777, que instituiu a Política de Dados Abertos (PDA) do Poder Executivo federal, expressa regulamentação acerca da possibilidade de os interessados solicitarem abertura de bases de dados ainda não disponíveis.

De modo apenas introdutório e exemplificativo, cita-se que a contestação à existência de fundamento jurídico à solicitação de abertura de base dados aos municípios se baseia em interpretação isolada ou equivocada de alguns dispositivos. No caso, a Lei n. 14.129, de 2021 (Lei do Governo Digital), ao passo que trouxe importantes avanços normativos, deixou de obrigar os municípios e os Estados nas suas disposições, consoante seu artigo 2º, inciso III, motivo pelo qual alguns municípios têm utilizado, entre outros, deste argumento para denegar a solicitação de acesso aos dados em formato aberto.

Com efeito, embora a presente discussão também possa ser extensível ao Distrito Federal, aos Estados e às demais entidades obrigadas à Lei de Acesso à Informação, o recorte de pesquisa na conformação jurídica da solicitação de abertura de dados abertos ao âmbito dos Municípios decorre do seu grande número, atualmente em 5.570, o que indica um elevado potencial de incidência difusa das suas implicações práticas e, ainda, a hipótese de que estes têm sido refratários na questão da abertura de dados, tanto pela ausência de divulgação de ofício quanto pela resistência à abertura provocada. Assim, a partir de uma interpretação sistemática e teleológica da legislação, em especial, a partir da Lei n. 12.527, de 2011 (Lei de Acesso à Informação), pretende-se analisar os dispositivos legais que regem a disciplina da solicitação de abertura de base de dados no âmbito municipal.

A presente pesquisa buscará, em outras palavras, analisar a existência de amparo jurídico para a solicitação de abertura de base de dados aos municípios brasileiros. Para tanto, a problemática a ser respondida será: se, com base na Constituição Federal e na legislação vigente, existe fundamento jurídico para a solicitação de abertura de base de dados à Administração Pública municipal? O objetivo geral da pesquisa será estudar a existência de previsão jurídica para a solicitação de abertura de base de dados públicos feita aos municípios brasileiros.

Enquanto objetivos específicos, os quais corresponderão aos dois grandes tópicos deste trabalho, buscar-se-á, inicialmente, esclarecer alguns aspectos teóricos para compreensão dos dados abertos, tal como a distinção entre informação e dado, bem como os

principais atributos dos dados abertos, além da sua conformação jurídica à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, a investigação específica da Constituição Federal e da legislação vigente, a fim de verificar a existência de base jurídica para a solicitação de abertura de dados públicos perante o Poder Público municipal. O método de pesquisa será o dedutivo e como abordagem metodológica a pesquisa bibliográfica e consulta a fontes legislativas.

2. SOBRE A CONFORMAÇÃO TÉCNICA E JURÍDICA DOS DADOS ABERTOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

A busca cada vez maior pela digitalização governamental tem levado à intensa utilização de algoritmos e novas tecnologias nas diversas áreas da Administração Pública, o que fez com que muito se tenha falado em dados abertos. Com efeito, a cultura de dados abertos se atrela à visão digital necessária à Administração Pública, a qual o Direito Administrativo contemporâneo precisa aplicar seus princípios.⁵

Para alguns, a noção de dados abertos é intuitiva, ou seja, dados que se encontram disponíveis livremente em algum espaço digital dos entes públicos. Mas acontece que apenas isso não os define por completo e pode até mesmo causar interpretações equivocadas. É preciso, assim, detalhar alguns elementos que vão nortear os aspectos operacionais e legais no tratamento desses dados.

Antes de adentrar nos aspectos mais formais e atributos dos dados abertos, convém distinguir os conceitos teóricos de *dado* e de *informação*. Dado pode ser entendido como “sequência de símbolos ou valores, representados em algum meio, produzidos como resultado de um processo natural ou artificial” (artigo 2º, I da Instrução Normativa n. 4, de 2012). Assim, dados sintetizam eventos e podem ser representados por um número, uma palavra, uma frase, uma foto ou um documento etc. Diferencia-se, portanto, do conceito de informação, a qual representa o “conjunto de dados organizados de tal forma que tenham

⁵ Neste sentido, cumpre destacar o seguinte: “Um dos maiores benefícios está em envolver os cidadãos nos processos de tomada de decisões e na formulação de políticas públicas voltadas aos objetivos fundamentais da República Federativa, notadamente quanto à construção de uma sociedade livre, em reduzir as desigualdades sociais e regionais e em ampliar das fontes envolvidas na elaboração dos programas de Estado desde os mais altos setores até os níveis locais e comunitários, em atenção ao art. 3º da Constituição de 1988” (CRISTÓVAM; HAHN, 2020, p. 15-16).

valor ou significado em algum contexto” (artigo 2º, II da Instrução Normativa n. 4, de 2012) (BRASIL, 2012).

Logo, para que os dados sejam uma informação, faz-se necessário certo contexto mínimo extraído da combinação daqueles. De forma exemplificativa, ao se dizer apenas 33º *Celsius*, nada se pode concluir por si só, além da medição de temperatura, o que faz desse registro apenas um dado. Já ao adicionar outro dado e dizer 33º *Celsius* no Brasil, consegue-se extrair uma temperatura dentro de um contexto espacial, o que faz com que essa junção de dados resulte em uma informação.

A geração e o registro de dados e informações não são algo recente na vida privada e em sociedade. Entretanto, é inegável que, com a internet, em decorrência, sobretudo, da criação de novas e diferentes formas de interação, mais e mais informações e dados passaram a ser produzidos e armazenados, oriundos de diversas fontes e usuários, o que faz com que vivamos “em um período de explosão em quantidade e qualidade de todos os tipos de informação disponível” (STEPHENS-DAVIDOWITZ, 2018, p. 14). A questão atual talvez não resida mais somente na obtenção de dados, mas sim e também firmemente na apuração da qualidade e confiabilidade desses registros.⁶

Já os *dados abertos*, na sua mais recente definição técnica jurídico-formalista trazida pelo artigo 4º, IV da Lei do Governo Digital, seriam os “dados acessíveis ao público, representados em meio digital, estruturados em formato aberto, processáveis por máquina, referenciados na internet e disponibilizados sob licença aberta que permita sua livre utilização, consumo ou tratamento por qualquer pessoa, física ou jurídica” (BRASIL, 2021).⁷

⁶ Seth Stephens-Davidowtz busca demonstrar que os dados gerados anonimamente pelas pessoas em suas buscas e registros na internet, acessíveis, por exemplo, por meio da ferramenta Google Trends lançada em 2009, podem ser utilizados para extrair informações que contrastam ou fazem repensar resultados obtidos por outros meios de obtenção de dados, que explicariam, em tese, comportamentos sociais inesperados, a exemplo da vitória de Donald Trump nas eleições estadunidenses de 2016, em contrariedade às pesquisas que apontavam resultado diverso. Sobre o tema, ver: STEPHENS-DAVIDOWITZ, 2018.

⁷ Neste sentido, pode-se indicar como exemplos de dados abertos governamentais: “dados de cultura (dados sobre obras e artefatos culturais, coletados e mantidos por galerias, bibliotecas, arquivos e museus), dados de ciência (obtidos com como parte de pesquisas científicas da astronomia à zoologia), dados de finanças [...] (contas do governo com despesas e receitas, algumas informações sobre mercados financeiros como ações, ações, títulos), dados estatísticos (produzidos por órgãos públicos, como por exemplo o IBGE, como o censo e os principais indicadores socioeconômicos), dados climáticos (informações para prever o clima e eventos danosos e análise de mudanças climáticas) e dados ambientais (informações relacionadas ao meio ambiente natural, como presença e nível de poluentes, erosões, terrenos, qualidade e rios e mares)” (CRISTÓVAM, HAHN, 2020, p. 10).

O arquivo que contém o *conjunto de dados de uma determinada base de dados* é mais comumente chamado, no ambiente tecnológico, pelo seu nome em inglês *dataset*, sendo que para manusear e orientar a análise desses conjuntos, é de fundamental importância o acompanhamento de um arquivo que explique de que modo esses dados foram estruturados ou organizados nas bases de dados, o que normalmente é feito a partir de outro arquivo chamado *dicionário de dados*, os quais representam uma *coleção de metadados*, sendo estes nada mais que “informação que descreve características de determinado dado, explicando-o em certo contexto de uso” (artigo 2º, VII da Instrução Normativa n. 4, de 2012) (BRASIL, 2012).

Dessa maneira, a abertura de dados, na sua perspectiva técnico-operacional e, por assim dizer, prática, normalmente é operacionalizada pela disponibilização de *datasets* extraídos das bases de dados governamentais juntamente dos respectivos dicionários de dados, a exemplo do *dataset* Licitacon, relativo às licitações públicas, disponibilizado de ofício pelo município de Porto Alegre/RS (PORTO ALEGRE, 2022).

Como dito, é preciso detalhar alguns elementos adicionais que qualificam os dados enquanto verdadeiramente abertos. O guia de dados abertos, produzido em 2015 pelos governos do Estado de São Paulo e do Reino Unido, contribui nessa tarefa e informa que para o conjunto de dados ser considerado, de fato, aberto, faz-se necessária a reunião dos seguintes atributos: a) disponibilidade e acesso; b) reutilização e redistribuição; bem como c) participação universal.

A *disponibilidade e o acesso* resultam em dados que se encontrem “disponíveis de forma completa e de uma forma que não gere custos exorbitantes para a parte interessada em copiá-los”. Já a *reutilização e a redistribuição* se dão pela possibilidade desses dados serem “disponibilizados a partir de termos de utilização que permitam o reuso e a redistribuição, inclusive a mistura desses dados com outras bases”. E, por fim, a *participação universal* seria o dever de permitir que qualquer interessado possa “usar, reutilizar e redistribuir os dados”, não podendo, assim, “haver discriminação contra campos de atuação, indivíduos ou grupos”. Por esse último atributo, a existência de restrições não comerciais ou de uso para um fim específico faria com que os dados não pudessem ser considerados abertos (ESTADO DE SÃO PAULO; REINO UNIDO, 2015).

Os elementos descritos acima, os quais serão analisados à luz da legislação logo adiante, demonstram os atributos principais que qualificam os dados como abertos para, então, possibilitar que cumpram sua finalidade principal, qual seja a de possibilitar a sua reutilização para outras finalidades, entre elas, de cunho científico, comercial ou de exercício de cidadania, tal como pelo exercício do controle social, por exemplo, ao utilizar desses dados para fiscalizar as despesas públicas ou conduzir um processo de avaliação de políticas públicas.⁸

As possibilidades de manuseio dos dados são, de fato, inúmeras. Entretanto, mais do que compreender esses aspectos, é preciso que eles estejam incorporados na legislação e na prática dos entes públicos numa condição de inegociável continuidade e paulatina expansão/aprimoramento, para que o acesso aos dados não seja obstaculizado por práticas de governo (ou até, eventualmente, desse ou daquele governante) que dificultem o seu acesso completo e público e, por conseguinte, a sua plena abertura.

Em investigação inicial ao texto da Constituição de 1988, não se encontra menção específica ao termo “dados abertos”. Há menções expressas quando se pesquisa somente pelo termo “dados”, constantes no artigo 5º, inciso LXXII, que trata do *habeas data*, como remédio constitucional para assegurar conhecimento ou para a retificação de informações constantes em bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; bem como, em decorrência das inclusões dadas pela Emenda Constitucional n. 115, de 2022, o inciso LXXIX, do artigo 5º, além dos artigos 21, inciso XXVI, e 22, inciso XXX, os quais tratam, respectivamente, do direito à proteção de dados pessoais e das competências administrativa e legislativa da União em matéria de proteção e o tratamento de dados pessoais.

Há, ainda, outras menções ao termo “dados”, que guardam maior relação com dados abertos, na medida em que possuem, enquanto *ratio legis*, o dever de publicidade. No artigo 162, parágrafo único, menciona-se a obrigação de divulgação dos dados relativos à arrecadação tributária da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Já no artigo 163-A, incluído pela Emenda Constitucional n. 108, de 2020, há menção aos “dados

⁸ Sobre o tema, ver: BITENCOURT, 2019.

contábeis, orçamentários e fiscais”, ao se estabelecer o dever de disponibilização, de ofício, desses dados, em meio digital de amplo acesso público, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Observa-se, entretanto, que tanto a divulgação quanto a disponibilização acima referidas não se confundem com o dever de abertura dessa base de dados, mas tão somente em divulgar ou disponibilizar, de ofício, o acesso à informação aos montantes de cada um dos tributos arrecadados e aos dados contábeis, orçamentários e fiscais dos entes citados.

Inobstante a falta de menção expressa ao termo “dados abertos”, entende-se que sua normatividade constitucional pode ser extraída do artigo 5º, inciso XXXIII,⁹ que consagra o direito fundamento ao acesso à informação pública, o qual, a partir de uma leitura abrangente do termo “informações”, orientada à promoção da cidadania e à ampla publicidade, bem como atenta tanto às transformações tecnológicas quanto às necessidades advindas do fenômeno da digitalização governamental, deve englobar o acesso aos dados em formato aberto.

Em investigação da legislação infraconstitucional, nota-se que a conformação jurídica conferida expressamente aos dados abertos no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro é recente. Em vista disso, deu-se seguimento à pesquisa a partir de análise à legislação que trata do acesso à informação.

Assim, em estudo inicial dos dispositivos da Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000, chamada de Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), verifica-se que, embora se tenha tratado de disponibilização de dados fiscais em meio eletrônicos de acesso ao público (artigo 48, *caput*), não se dispôs expressamente da abertura desses mesmos dados (BRASIL, 2000).

Alguns anos mais tarde, por meio da Lei Complementar n. 131, de 2009, foi alterada a redação do parágrafo único do artigo 48, da LRF, para incluir, entre outras obrigações, a necessidade de adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União.

Tal padrão mínimo de qualidade do sistema foi regulamentado pelo então Decreto n.

⁹ Neste sentido: “Art. 5º [...] XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (BRASIL, 1988).

7.185, de 27 de maio de 2010, o qual trazia, em seus artigos 4º e 5º, como requisitos mínimos do sistema, a possibilidade de armazenamento, importação e exportação de dados (artigo 4º, inciso II), bem como atendimento aos padrões de interoperabilidade de governo eletrônico – arquitetura e-Ping (artigo 5º).

Entretanto, a exportação de dados não necessariamente resulta em uma obrigação de promover dados abertos, tampouco a adoção dos padrões de interoperabilidade constantes na arquitetura e-Ping do Brasil, por si só, representa um governo voltado para dados abertos. Nada obstante, tendo em vistas essas disposições relativas à preocupação em exigir um sistema com dados exportáveis e interoperável, pode-se considerar esses dispositivos enquanto embriões para uma cultura de abertura de dados públicos.

Em 15 de setembro de 2011, o Poder Executivo da União, por meio de Decreto, instituiu Plano de Ação Nacional sobre Governo Aberto. No documento, verifica-se as primeiras intenções de se formalizar e preparar a Administração Pública federal para uma cultura de dados abertos. Observa-se que alguns dias depois, em 20 de setembro de 2011, o Brasil assinou junto de outros sete países (África do Sul, Estados Unidos, Filipinas, Indonésia, México, Noruega e Reino Unido), a Declaração de Governo Aberto, tendo sido constituída a então chamada Parceria para Governo Aberto (do inglês *Open Government Partnership*), tendo outros países vindo a aderir-la posteriormente.

Na mesma trilha, a Lei n. 12.527, de 2011, pode ser considerada embrionária no que se refere à existência de dados abertos no Brasil. Entre seus dispositivos, ao tratar, no inciso II do §3º do artigo 8º, dos requisitos mínimos dos sítios digitais de acesso à informação, estabelece a necessidade destes possibilitarem “a gravação de relatórios em diversos formatos eletrônicos, inclusive abertos e não proprietários, tais como planilhas e texto, de modo a facilitar a análise das informações” (BRASIL, 2011).

Em 12 de abril de 2012, a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – SLTI/MP, órgão do Poder Executivo da União, publicou a Instrução Normativa n. 4, que instituiu a Infraestrutura Nacional de Dados Abertos (INDA).¹⁰ Esse documento foi responsável por trazer, em nível normativo, a

¹⁰ Sobre o tema, ver: CRISTÓVAM; HAHN, 2020.

definição de dados abertos, posteriormente recuperada e aprimorada pelas normas subsequentes.

Não houve, contudo, na INDA, um maior detalhamento acerca das características e atributos a serem observados pelos dados abertos, dando margem, portanto, a algumas práticas de governo aberto equivocadas, especialmente, quando limitam a exportação de dados públicos a seleção de filtros específicos, de forma que não se consiga acessar, de uma só vez, a sua completude.

A Lei n. 12.965, de 2014, conhecida como Marco Civil da Internet, trouxe, no seu artigo 24, disposições para orientar a atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no desenvolvimento da internet no Brasil, dentre as quais a promoção da interoperabilidade entre sistemas e terminais diversos, inclusive entre os diferentes âmbitos federativos e diversos setores da sociedade (inciso IV), bem como a adoção preferencial de tecnologias, padrões e formatos abertos e livres (inciso V) (BRASIL, 2014).

Em 11 de maio de 2016, por meio do Decreto n. 8.777, instituiu-se a Política de Dados Abertos - PDA do Poder Executivo federal, a qual trouxe, em seu artigo 3º, princípios e diretrizes para a política de dados abertos: ampla publicidade (inciso I), acesso irrestrito às bases de dados (inciso II), descrição das bases de dados (inciso III), permissão irrestrita de reuso (inciso IV), completude e interoperabilidade das bases de dados na sua forma primária (inciso V), atualização periódica (inciso VI) e designação clara do responsável pela disponibilização dos dados abertos (inciso VII) (BRASIL, 2016).

A Política de Dados Aberto traz, portanto, a necessidade de possibilitar a exportação completa das bases de dados públicos, não se podendo, assim, limitar-se os portais a utilização de filtros ou seleções que limitam a verificação e análise de grande quantidade de dados, conforme será mais bem detalhado e exemplificado no tópico seguinte.

Já a Lei do Governo Digital, em seu artigo 29, basicamente repetiu os mesmos atributos dados pela Política de Dados Aberto, com inclusão apenas da necessidade de respeito às disposições trazidas pela Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, denominada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), que trata da proteção de dados pessoais no Brasil (BRASIL, 2018).

A esse respeito, também na esteira da LGPD, deve-se mencionar que não há

incompatibilidade entre a abertura de dados e a proteção de dados pessoais, uma vez que os dados abertos compreendem apenas dados de natureza pública, assim definidos em lei.

É claro que as bases de dados podem conter, por vezes, a mistura de dados com naturezas diversas. Para tanto, é preciso tomar certas precauções, tais como, quando necessário, o procedimento de anonimização. A esse respeito, cumpre salientar que a Administração Pública deve ser “suficientemente aberta e transparente com seus dados, informações e conhecimento [...] mas não a ponto de extrapolar os limites da privacidade do cidadão e expor dados pessoais” (CRISTÓVAM; HAHN, 2020, p. 8).

Verificados os aspectos teóricos e legais que conformam os dados abertos no ordenamento jurídico brasileiro, é preciso dar um passo adiante e verificar como ocorre a abertura desses dados públicos. Essa problemática, no âmbito da Administração Pública federal, parece não encontrar grandes entraves, uma vez que, de forma clara e expressa, encontra regulamentação, inicialmente, no Decreto n. 8.777, de 2016 (Política de Dados Abertos) (BRASIL, 2016) e, agora, também positivado na Lei n. 14.129, de 2021, prevendo a possibilidade de abertura tanto de ofício pela Administração Pública federal quanto a partir de solicitação feita por qualquer interessado (BRASIL, 2021).

Já no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que não tenham instituído Política de Dados Abertos, bem como não tenham aderido aos dispositivos da Lei de Governo Digital, tem-se verificado casos de resistência à abertura provocada, isto é, quanto à possibilidade jurídica da solicitação de abertura por qualquer interessado, o que será analisado a seguir.

3. BASE JURÍDICA PARA A SOLICITAÇÃO DE ABERTURA DE DADOS PÚBLICOS FEITA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL

A partir das considerações anteriores, passa-se à análise da existência de base jurídica para a solicitação de abertura de dados feita à Administração Pública municipal. Destaca-se que, embora o recorte tenha sido realizado considerando os municípios, a discussão também se aplicaria ao Distrito Federal e aos Estados. Entretanto, em razão do grande número de municípios no Brasil, atualmente em 5.570, e a hipótese de que estes tenham se mantido em maior ou menor grau refratários na questão da abertura de dados, seja por ausência de

divulgação de ofício ou pela resistência à abertura provocada, o trabalho concentrará sua atenção a partir desse *locus*.

Portanto, a pergunta central a ser aqui respondida é se os municípios brasileiros, sem prejuízo do demais entes desobrigados à Lei de Governo Digital, teriam o dever de disponibilizar a completude dos conjuntos de dados solicitados por algum interessado? Ou poderiam limitar essa disponibilidade a filtros existentes em suas plataformas, de modo a não se tratar propriamente de abertura de dados?

Como já afirmado, a base jurídico-constitucional da solicitação de abertura de dados decorre do artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição de 1988, de forma a considerar o termo “informações” como também abrangendo o acesso aos dados em formato aberto. Essa interpretação, consoante dito, coaduna-se com a promoção da cidadania e da ampla publicidade, além de se manter atualizada tanto com as transformações tecnológicas quanto às necessidades advindas do fenômeno da digitalização governamental.

Entretanto, considerando-se o princípio da legalidade administrativa em que estão adstritos os agentes públicos, investiga-se também os dispositivos infraconstitucionais que regem a matéria, a fim de verificar de qual modo o direito constitucional de acesso à informação (aqui incluído também o acesso aos dados em formato aberto) veio a ser disciplinado.

A Lei de Acesso à Informação (LAI), prevê, em seu artigo 8º, §§ 2º e 3º, o dever da Administração Pública, em suas plataformas de governo na internet, possibilitar, de forma ativa, no que se refere às informações contidas no parágrafo 1º do mesmo artigo,¹¹ entre outras obrigações, tanto o acesso aos dados abertos (art. 8º, §3º, inciso II), quanto o acesso automatizado por sistemas externos de forma aberto, estruturado e legível por máquina (art.

¹¹ Neste sentido: “Art. 8º [...] § 1º Na divulgação das informações a que se refere o caput, deverão constar, no mínimo:

I - registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público;

II - registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros;

III - registros das despesas;

IV - informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados;

V - dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades; e

VI - respostas a perguntas mais frequentes da sociedade” (BRASIL, 2011).

8º, §3º, inciso III).¹²

Além disso, a LAI preceitua em seu artigo 10, a possibilidade de, quanto aquelas informações não disponibilizadas ativamente, sejam solicitadas por meio de pedido de acesso provocado, às quais, não sendo possível o acesso imediato, deverão ser disponibilizadas no prazo de 20 (vinte) dias, passível de uma única prorrogação, desde que justificado por escrito, por mais 10 (dez) dias, conforme artigo 11, parágrafos 1º e 2º.

Aqui há uma questão central a ser observada. A LAI não fez a diferenciação entre solicitação de abertura de base de dados e acesso à informação propriamente dita, de forma que ambos são possíveis a partir do artigo 10 da LAI, tendo em vista que o texto legal traz, enquanto definição legal de informação, em seu artigo 4º, inciso I, conceito que abrange tanto os dados processados quanto os dados brutos contidos nas bases de dados dos entes públicos.¹³

Os dados processados nada mais são que a utilização dos dados brutos que resultam em alguma informação, enquanto os dados brutos são aqueles dados primários¹⁴ constantes nas bases de dados da Administração Pública e são normalmente disponibilizados nos *datasets* na prática de Governo Aberto. Dessa maneira, quando a LAI faz menção ao acesso à informação na forma provocada ou passiva, ela também se refere ao acesso a base de dados provocada, isto é, a abertura da base de dados, considerando a definição dada no seu artigo 4º, inciso I.

Portanto, verifica-se que os dados abertos de determinado ente público podem estar disponíveis na internet, basicamente, por meio de duas formas distintas: ou de ofício ou por provocação. De ofício ou de forma ativa, é quando o ente público se antecipa e disponibiliza determinados *datasets* em suas plataformas digitais. Por provocação ou de forma passiva,

¹² Neste sentido: “Art. 8º [...] § 3º Os sítios de que trata o § 2º deverão, na forma de regulamento, atender, entre outros, aos seguintes requisitos: [...]

II - possibilitar a gravação de relatórios em diversos formatos eletrônicos, inclusive abertos e não proprietários, tais como planilhas e texto, de modo a facilitar a análise das informações;

III - possibilitar o acesso automatizado por sistemas externos em formatos abertos, estruturados e legíveis por máquina” (BRASIL, 2011).

¹³ Neste sentido: “Art. 4º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - informação: dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato” (BRASIL, 2011).

¹⁴ Neste sentido: “Art. 4º [...] IX - primariedade: qualidade da informação coletada na fonte, com o máximo de detalhamento possível, sem modificações” (BRASIL, 2011).

seria quando essa disponibilização ocorre após a solicitação por determinado interessado, com fundamento nos artigos 10 e 11 da LAI.

Na União, o procedimento de abertura provocada se encontra mais bem regulamentado no artigo 6º do Decreto n. 8.777, de 2016 (Política de Dados Abertos), que diz que “Às solicitações de abertura de bases de dados da administração pública federal aplicam-se os prazos e os procedimentos previstos para o processamento de pedidos de acesso à informação, nos termos da Lei nº 12.527, de 2011”. Além disso, mais recentemente, esse procedimento também foi positivado na Lei de Governo Digital, mais especificamente no seu artigo 30, ao prescrever que “Qualquer interessado poderá apresentar pedido de abertura de bases de dados da administração pública, que deverá conter os dados de contato do requerente e a especificação da base de dados requerida” (BRASIL, 2021).

Quanto aos demais entes, com ênfase na análise dos Municípios, tem-se deparado com negativas de abertura de dados provocada, sob fundamento de que não há previsão legal para que o município disponibilize passivamente os *datasets* completos solicitados, devendo o interessado utilizar os chamados “portais de transparência” de cada ente, a partir dos filtros e seleções, para obter o acesso desejado.

A existência de filtros e seleções, que limitam, por exemplo, a exportação por determinados períodos (por ano, mês ou semana), por determinada área ou por determinada unidade gestora, descaracteriza o conceito de dados abertos, tendo em vista a violação, em especial, ao atributo da completude. Para uma base de dados com grandes quantidades de registros, as chamadas *bigdatas*, a análise completa é que permitirá a verificação de desvios pontuais ou cruzamentos específicos a partir da combinação com outras bases de dados.

O argumento de inexistência de base legal deriva de uma análise superficial dos dispositivos legais que envolvem o acesso à informação e aos dados, na forma da Lei de Acesso à Informação, a qual obriga todos os entes públicos. Isto é, a não adoção dos comandos da Lei de Governo Digital em nada obsta a possibilidade do pedido de abertura de base de dados aos Estados ou aos Municípios não adotantes. Isso porque o espírito normativo e o fundamento legal que informa o procedimento de pedido de abertura de base de dados está, como visto, no âmbito infraconstitucional, na própria Lei de Acesso à Informação, que trouxe, nos seus artigos 10 e 11, o procedimento de acesso à informação e

de dados na forma passiva.

O direito à obtenção dos dados em formato aberto está, além disso, fundamentado no artigo 7º da LAI, que estabelece que o acesso à informação compreende, em outros, o direito de obter “informação primária, íntegra, autêntica e atualizada” (inciso IV), sendo que, por definição legal, considera-se primária a “qualidade da informação coletada na fonte, com o máximo de detalhamento possível, sem modificações” (artigo 4º, inciso IX). Na verdade, ao se referir à informação primária, a norma quis se referir aos dados brutos, e, por conseguinte, na possibilidade do requerimento de abertura das bases de dados.

Os municípios têm utilizado, ainda, enquanto fundamentação para a negativa, o artigo 13 do Decreto n. 7.724, de 2012, que regulamentou a Lei de Acesso à Informação, sob a alegação de que a abertura de determinada base de dados configura pedido genérico (inciso I), desproporcional ou desarrazoado (inciso II) ou que exige trabalho adicional de análise, interpretação ou consolidação de dados (inciso III) (BRASIL, 2012).

Entretanto, não se trata de pedido genérico quando há especificação de qual base de dados se pretende a abertura, por exemplo, referente às licitações realizadas pelo ente público. Deve-se disponibilizar, assim, em respeito ao princípio da completude, todos os dados públicos disponíveis digitalmente referente a essa base. De igual forma, ao se solicitar abertura das notas fiscais das compras realizadas pelo ente público, deve-se fornecer todos os dados relativos a essa base de dados, sem qualquer limitação de período ou setor específico.

Também não se trata de pedido desproporcional ou desarrazoado, na medida em que a abertura de base de dados consiste em mera exportação de dados já constantes no sistema utilizado pelo ente público, sem custo financeiro adicional, com previsão em lei, além de contribuir para transparência e exercício da cidadania, em especial, do controle social.

De igual forma, não se exige nenhum trabalho adicional, posto que os dados já estão produzidos e constam nas bases de dados governamentais, tratando-se a abertura de mera exportação e disponibilização em ambiente virtual ou envio por canal digital ao solicitante.

Ocorre que os portais digitais de acesso à informação desenvolvidos, cada um a seu tempo e com diferentes desenhos pelos entes públicos, buscaram possibilitar de forma pública, a partir de filtros de consultas neles previamente modelados, cada um a seu critério,

a exportação dos dados consultados em planilhas ou documentos, conforme os filtros de consulta previamente selecionados.

Não se fazia presente, em um primeiro momento, a preocupação com a exportação de uma base completa de dados referentes, por exemplo, às licitações ou contratos administrativos de um determinado ente público, sendo necessária, no caso desse interesse específico, a exportação parcial, a partir dos filtros ali disponibilizados, por exemplo, por período, por órgão ou outro critério, para que, de exportação em exportação, fosse possível uma totalização de dados.

Porém, tal prática, consistente em um verdadeiro “trabalho de formiguinha”, tornou-se, atualmente, totalmente irracional e mesmo inviável, até ante o tempo perdido na realização de cada exportação de um conjunto de dados que se torna cada vez maior, tendo em vista a produção diária de dados pelas entidades públicas em diversas áreas da gestão e políticas públicas.

Diante desse contexto, percebeu-se a necessidade de disponibilizar, não mais meramente a exportação parcial de dados dependente da seleção de filtros específicos, mas a própria totalidade das bases de dados dos entes público, procedimento que se chamou de abertura de base de dados.

Essa possibilidade decorreria dos próprios dispositivos citados anteriormente e constantes na Lei de Acesso à Informação, referentes ao acesso à informação na forma passiva, porém é reforçada por práticas modernas de Governo Aberto.

Disso decorre outra questão a ser solucionada: os dados abertos compreendem a disponibilidade total das bases de dados a que se referem? Ou essa disponibilidade pode ser limitada a pré-seleção de filtros específicos – tais como períodos não superiores a ano ou mês, áreas ou rubricas?

No primeiro caso, o cidadão ou interessado poderá, por exemplo, no caso de consulta aos dados abertos referentes às licitações de um determinado ente público, acessar todo o conjunto de licitações em um único arquivo. Em outro exemplo, na consulta aos dados abertos ao Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ, poderá consultar todos os dados referentes a essa base de dados, o que, certamente, corresponderá ao acesso de milhões de dados – chamados de *big datas*.

Já no segundo caso, estará condicionado a filtros pré-determinados pela modelagem da plataforma digital, sendo que para acessar a totalidade de determinada base, precisará, conforme os filtros, ir colhendo os dados de seleção em seleção até conseguir formar um todo e então possibilitar a sua análise completa.

Em observação aos *datasets* disponibilizados pelas diferentes esferas e entidade da Administração Pública que buscam promover a prática ativa de governo aberto, verifica-se que estes têm sido disponibilizados, na maior parte dos casos, na sua totalidade, ou, em caso de arquivos muito grandes, fracionados em partes menores que podem ser agrupadas e totalizadas, tal como é o caso do *dataset* do CNPJ disponibilizado pela Receita Federal do Brasil.

Essa disponibilidade está em consonância com o princípio da completude dos dados abertos, o qual é elencado, na Política de Dados Abertos do Poder Executivo federal, como um princípio ou diretriz a ser respeitado (artigo 3º, inciso V), sendo também ratificado como requisito obrigatório pela Lei de Governo Digital (artigo 29, §1º, inciso V).

No caso da Lei de Governo Digital, há que se destacar que, quanto às Administrações Públicas direta e indireta nos níveis estadual e municipal, sua aplicação é facultativa e depende de adoção de seus comandos por ato normativo próprio de cada ente federado, ao contrário da Lei de Acesso à Informação, que é de observância obrigatória pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.¹⁵

Com a evolução da aplicação das tecnologias no âmbito da Administração Pública,¹⁶ naquilo que hoje se cunhou de Governo Digital, a solicitação de abertura de base de dados passa a ser a solicitação tão essencial quanto ao acesso ao dado processado, isto é, a informação.

A abertura de base de dados interessa especialmente ao controle social, uma vez que, como a Administração Pública não é obrigada a realizar todo e qualquer cruzamento e/ou tratamento de dados que interesse à sociedade em geral, além de que não está obrigada a produzir relatórios específicos a partir de múltiplas fontes de dados ou então fornecer análises específicas oriundas da interpretação de suas bases de dados, a manipulação,

¹⁵ Sobre o tema, ver: SALGADO, 2020.

¹⁶ Sobre o tema, ver: CRISTÓVAM; SAIKALI; SOUSA, 2020.

visualização e análise das bases de dados completas, além de superar a exportação apenas parcial de dados, combinada com a interoperabilidade entre bases abertas, pode fornecer *insights* mais precisos e abrangentes ao controle social digital¹⁷ exercido pelo cidadão ou sociedade civil organizada, em especial, referente às políticas públicas que envolvam áreas sensíveis, bem como fomentar a própria gestão participativa¹⁸ do orçamento público.¹⁹

Em arremate, embora possam ser atributos que se relacionem e, no setor público, em regra, devem ser promovidos, cumpre destacar que o atributo da interoperabilidade não pode ser confundido com o de dados abertos ou abertura de dados. Com efeito, enquanto a interoperabilidade possibilita a interação dos dados presentes em sistemas de diferentes órgãos, entidades, esferas de poder, ou pela própria sociedade, a abertura permite a disponibilização dos dados públicos para que sejam manuseados e processados por usuários internos e externos à estrutura administrativa (TAVARES; BITENCOURT, 2022, p. 149). Assim, a abertura não implica necessariamente em interoperabilidade, embora seja possível o armazenamento posterior desses dados em outro banco a fim de possibilitar a interoperabilidade. Porém, a interoperabilidade ideal resulta da interação direta com a fonte original dos dados, a fim evitar justamente essa replicação de dados e criação desnecessária de novas bases de dados pelos usuários.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho traz enquanto conclusão principal que a solicitação de abertura de base de dados decorre tanto da Constituição de 1988, no seu artigo 5º, XXXIII, quanto da própria redação da Lei de Acesso à Informação, a qual obriga tanto União quanto Estados, Distrito Federal e Municípios, quando trata do acesso à informação e dados na forma provocada ou passiva, nos seus artigos 10 e 11, bem como quando define, em seu artigo 4º, inciso I, o termo informação como aquela que abrange tanto o dado processado quanto o dado não processado constante em base de dados do ente público, além de prever, em seu

¹⁷ Controle social digital aqui entendido como o exercício do controle social exercido pelo cidadão ou sociedade civil organizada em face do Estado a partir da utilização de recursos tecnológicos possibilidades especialmente a partir da popularização da internet e dos portais de governo digital. Sobre o tema, ver: TAVARES; BITENCOURT, 2021.

¹⁸ Sobre o tema, ver: TAVARES; VIEIRA, 2022.

¹⁹ Sobre o tema, ver: GOULART, 2006; LÜCHMANN; BORBA, 2007; MENDONÇA, 2010.

artigo 7º, o direito de qualquer interessado em obter informação primária, autêntica e atualizada, tendo considerado primária a informação armazenada na fonte, isto é, nas bases de dados da Administração Pública.

Além disso, realizar a abertura de dados, não é simplesmente torná-la disponível por meio da internet. É preciso respeitar certos atributos, entre os quais podem ser destacados: ampla publicidade, acesso irrestrito às bases de dados, descrição das bases de dados, permissão irrestrita de reuso, completude e interoperabilidade das bases de dados na sua forma primária, atualização periódica e designação clara do responsável pela disponibilização dos dados abertos.

Em decorrência disso, a existência de filtros e seleções, que limitam, por exemplo, a exportação por determinados períodos (por ano, mês ou semana), por determinada área ou por determinada unidade gestora, descaracteriza o conceito de dados abertos, tendo em vista a violação, em especial, ao atributo da completude. Consoante afirmado, para uma base de dados com grandes quantidades de registros, as chamadas *bigdatas*, a análise completa é que permitirá a verificação de desvios pontuais ou cruzamentos específicos a partir da combinação com outras bases de dados.

Destaca-se, por fim, que a manipulação, visualização e análise das bases de dados governamentais completas, além de superar a exportação apenas parcial de dados, quando especialmente combinada com o instituto da interoperabilidade, pode fornecer *insights* mais precisos e abrangentes ao controle social digital exercido pelo cidadão ou sociedade civil organizada, em especial, referente quanto às políticas públicas que envolvam áreas sensíveis, bem como fomentar a própria gestão participativa do orçamento público. Além disso, torna possível o desenvolvimento de novos serviços privados que se alimentam desses dados abertos.

Avançar em termos de transparência e acesso à informação no âmbito do setor público é mais do que importante e oportuno, é sim urgente e mesmo premente, do que decorre a central relevância do debate em torno da ampliação de meios, canais e instrumentos capazes de contribuir com a ampliação e densificação desses direitos, que em última análise convergem diretamente para a concretização de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, que é a dimensão da cidadania ativa e participativa. Eis, aí, uma

trincheira de luta constitucional legítima e um bom combate a ser combatido.

5. REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Caroline Müller. **Acesso à informação para o exercício do controle social:** desafios à construção da cultura da transparência no Brasil e diretrizes operacionais e legais para os portais no âmbito municipal. Relatório de Pesquisa Pós-Doutoral. PUC-PR. Curitiba, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 ago. 2022.

BRASIL. **Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000.** Lei de Responsabilidade Fiscal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 05 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 7.185, de 27 de maio de 2010.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7185.htm. Acesso em: 04 ago. 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Lei de Acesso à Informação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 10 maio 2022.

BRASIL. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão da União. **Instrução Normativa n. 4, de 12 de abril de 2012.** Disponível em: <https://dados.gov.br/pagina/instrucao-normativa-da-inda>. Acesso em: 04 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 7.724, de 16 de maio de 2012.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Decreto/D7724.htm. Acesso em: 06 ago. 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014.** Marco Civil da Internet. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 10 maio 2022.

BRASIL. **Decreto n. 8.777, de 11 de maio de 2016.** Política de Dados Abertos do Poder Executivo federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8777.htm. Acesso em: 05 ago. 2022.

BRASIL. **Lei n. 14.129, de 29 de março de 2021.** Lei de Governo Digital. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14129.htm. Acesso em: 06

ago. 2022.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; HAHN, Tatiana Meinhart. Administração pública orientada por dados: governo aberto e infraestrutura nacional de dados abertos. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, v. 6, n. 1, p. 1-24, jan./jun. 2020.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; HAHN, Tatiana Meinhart. O processo infeccioso da COVID-19 no regime dedados no Brasil: a LGPD como vacina em teste no tratamento de dados pessoais no setor público. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 16, n. 3, p. 1-19, set./dez. 2020.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SAIKALI, Lucas Bossoni; SOUSA, Thanderson Pereira de. Governo digital na implementação de serviços públicos para a concretização de direitos sociais no Brasil. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 41, n. 84, p. 209-242, abr. 2020.

ESTADO DE SÃO PAULO; REINO UNIDO. **Guia de dados abertos**. 2015. Disponível em: <https://ceweb.br/guias/dados-abertos>. Acesso em: 04 ago. 2022.

GOULART, Jefferson Oliveira. Orçamento participativo e gestão democrática no poder local. **Lua Nova**, São Paulo, n. 69, p. 49-78, 2006.

LÜCHMANN, Lígia Helena Hahn; BORBA, Julian (Orgs.). **Orçamento participativo: análise das experiências desenvolvidas em Santa Catarina**. Florianópolis: Insular, 2007.

MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. **Constitucionalização das finanças públicas: devido processo orçamentário e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

PORTO ALEGRE. Dados Abertos POA. **Licitacon**. Disponível em: <http://datapoa.com.br/dataset/licitacon/resource/e08dcf9a-9496-4540-a88a-10af1c4779ce>. Acesso em: 05 ago. 2022.

SALGADO, Eneida Desiree. **Lei de Acesso à Informação: Lei 12.527/2011**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

STEPHENS-DAVIDOWITZ, Seth. **Todo mundo mente: o que a internet e os dados dizem sobre quem realmente somos**. Traduzido por Wendy Campos. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018.

TAVARES, André Afonso; VIEIRA, Reginaldo de Souza. Democracia participativa na era digital: contribuições para a participação popular nos conselhos de direitos municipais. **Revista Direito da Cidade**, v. 14, p. 1071-1094, 2022.

TAVARES, André Afonso; BITENCOURT, Caroline Müller. A Lei do Governo Digital e os Laboratórios de Inovação: Inteligência Artificial, Ciência de Dados e Big Open Data

como ferramentas de apoio à Auditoria Social e Controle Social. In: MOTTA, Fabrício; VALLE, Vanice Regina Lírio do. (Coords). **Governo Digital e a busca por inovação na Administração Pública**: a Lei n. 14.129, de 29 de março de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

TAVARES, André Afonso; BITENCOURT, Caroline Müller. Diálogo entre o Direito e a Engenharia de Software para um novo paradigma de transparência: controle social digital. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, v. 8, p. 9-34, 2021.

TAVARES, André Afonso; BITENCOURT, Caroline Müller; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A lei do governo digital no Brasil: análise das contribuições à transparência pública e à concretização do exercício do controle social. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 26, n. 3, p. 788-814, set. 2021.

*Data da submissão: 12/09/2022
Data da primeira avaliação: 21/09/2022
Data da segunda avaliação: 21/09/2022
Data da aprovação: 21/09/2022*

**A FUNÇÃO SOCIAL DA TERRA E O ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO
AGRÁRIA***THE SOCIAL FUNCTION OF LAND AND FACING THE AGRICULTURAL ISSUE***Elenice Silverio de Souza¹****Emiliano Lobo de Godoi²**

RESUMO: O presente trabalho aborda a atuação do Estado quanto à efetivação da função social da terra, no contexto da questão agrária brasileira. Para tanto discute a intensa concentração fundiária, os conflitos no campo e a construção teórica da função social. Analisando a atuação estatal, busca compreender as dificuldades na interpretação e aplicação da função social da propriedade rural, bem como as perspectivas de alteração normativa relativas ao tema. O principal objetivo é investigar a postura do Estado diante da realidade agrária atual e da previsão constitucional acerca da função social, que impõe um encargo sobre o direito de propriedade e propõe um discurso de democratização do campo. A metodologia desenvolvida utiliza a técnica de pesquisa bibliográfica, em uma abordagem qualitativa, bem como a pesquisa documental para coleta e análise de dados empíricos, que possibilitem a compreensão do contexto abordado. Como resultado das discussões, a pesquisa constata a baixa efetividade da função social da propriedade rural, resultante da interpretação conservadora e destoante do caráter progressista presente na Constituição Federal. Evidencia também que a pauta socioambiental não é uma prioridade no processo legislativo federal, resultando em retrocessos normativos acerca da função social da propriedade. Ao final conclui que a atuação estatal brasileira despreza o instituto da função social e impede o atingimento de resultados positivos no enfrentamento da questão agrária, contrariando os postulados da reforma agrária e da realização da justiça social no campo.

Palavras-chave: Questão agrária; Atuação estatal; Função social; Efetividade.

ABSTRACT: The present work deals with the performance of the State regarding the realization of the social function of the land, in the context of the Brazilian agrarian issue. To this end, it discusses the intense land concentration, conflicts in the countryside and the theoretical construction of the social function. Analyzing state action, it seeks to understand the difficulties in the interpretation and application of the social function of rural property, as well as the prospects for normative changes related to the theme. The main objective is to

¹ Mestranda em Direito no Programa de Pós-graduação em Direito Agrário na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás (PPGDA – UFG); Especialista em Direito Público pela Universidade Candido Mendes; Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Servidora Pública Estadual. E-mail: ele_silverio06@hotmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0838-5473>.

² Mestre e Doutor em Agronomia pela Universidade Federal de Goiás (UFG); Pós-doutorado em Licenciamento Ambiental pelo Instituto Superior Técnico de Lisboa; Professor do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito Agrário da Universidade Federal de Goiás (PPGDA/UFG); E-mail: emiliano@ufg.br; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5728-9683>.

investigate the State's attitude towards the current agrarian reality and the constitutional prediction about the social function, which imposes a burden on the right to property and proposes a discourse of democratization in the countryside. The methodology developed uses the technique of bibliographic research, in a qualitative approach, as well as documentary research for the collection and analysis of empirical data, which enable the understanding of the context addressed. As a result of the discussions, the research finds the low effectiveness of the social function of the rural property, resulting from the conservative and different interpretation of the progressive character present in the Federal Constitution. It also shows that the socio-environmental agenda is not a priority in the federal legislative process, resulting in normative setbacks regarding the social function of property. In the end, he concludes that the Brazilian state's performance despises the institute of the social function and prevents the achievement of positive results in facing the agrarian issue, contradicting the postulates of agrarian reform and the realization of social justice in the countryside.

Key-words: Agrarian questio; State action; Social function; Effectiveness.

Sumário: 1. Introdução; 2. O campo brasileiro: pluralidade de demandas, conflitos e injustiça social; 3. A função social da propriedade rural no ordenamento jurídico brasileiro; 4. Dificuldades na efetivação da função social da propriedade; 5. A atividade legislativa como mecanismo de retrocesso; 6. Considerações finais; 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Ao longo de sua história, o Brasil apresenta um quadro de injustiças no campo, marcado sobretudo pela concentração fundiária e pelos conflitos. Desde o período colonial, as opções políticas foram reiteradamente dedicadas a excluir a maior parte da população da terra: ora expulsando quem legitimamente a ocupava, ora criando mecanismos que impedissem o acesso (SOUZA FILHO, 2003, p. 51).

O transcorrer do tempo revela que este quadro não foi alterado e que a realidade continua marcada pela concentração fundiária e pela dificuldade de acesso daqueles que não podem pagar pela terra. Além disso, atualmente, o campo é um ponto de convergência de diversos interesses, ampliando assim a diversidade de conflitos. A utilização dos recursos naturais, a preservação ambiental, os usos da terra como fonte produtiva ou base territorial são as principais demandas que recaem sobre o campo.

De início, o desenvolvimento capitalista, como processo social, resultou na expropriação das pessoas de suas terras (SEVÁ e LEMES, 2018, p. 184). Desta forma, gerou uma pressão sobre o campo e produziu uma massa de trabalhadores rurais que lutam para ter

acesso à terra e ver concretizada a justiça social. Do mesmo modo, a prática da grilagem também contribui para a intensificação do processo de concentração fundiária e dificulta o acesso dos sujeitos sociais que sobrevivem do cultivo do solo (BINKOWSKI, 2018, p. 28).

A exploração agropecuária, que constitui uma das principais atividades econômicas desenvolvidas no país, disputa espaço com povos e comunidades tradicionais³ e com os demais habitantes do campo. A expansão desta atividade sob a forma do agronegócio tem potencializado a desterritorialização desses povos, expulsando-os das áreas cobiçadas e reduzindo intensamente os espaços que ocupam (BINKOWSKI, 2018, p. 40).

A demanda por recursos naturais também é fator gerador de tensões no campo. Isso ocorre porque “a vida do ser humano enquanto realidade físico-química e social demanda a satisfação de necessidades e para satisfazê-las é preciso agir sobre a natureza” (SOUZA FILHO, SANTOS e ROSSITO, 2019, p. 14). Desse modo, a natureza representa um pressuposto para a geração de riquezas e neste processo existe uma tensão entre sua conservação e sua exploração econômica. (SOUZA FILHO, SANTOS e ROSSITO, 2019, p. 5). Esta dualidade se insere no contexto rural de forma paralela às outras demandas, ampliando a complexidade dessa discussão.

A questão agrária também é marcada pela adoção de uma política fundiária que privilegia o agronegócio, associando o capital ao latifúndio, para atender às necessidades de um ajustamento externo e de geração de saldo comercial (DELGADO, 2005, p. 13). Esta dinâmica econômica, patrocinada por políticas de estado, se contrapõe ao movimento da reforma agrária e exclui o campesinato da terra.

Por outro lado, com a instituição de uma nova ordem constitucional em 1988, diversos avanços foram alcançados, dentre eles a função social da propriedade rural, prevista no artigo 186, como um encargo que recai sobre o direito de propriedade e que autoriza a desapropriação para fins de reforma agrária, em caso de descumprimento (BRASIL, 1988). Todavia, as disparidades entre o campo jurídico institucional e a política macroeconômica

³ Ao mencionar a expressão povos e comunidades tradicionais o presente trabalho adota o conceito previsto no artigo 3, inciso I do decreto 6.040 de 7 de fevereiro de 2007, segundo o qual povos e comunidades tradicionais são grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição (BRASIL, 2007).

levada a cabo pelo Estado brasileiro comprometem a efetivação dos avanços conquistados (DELGADO, 2005, p. 17).

Ademais, a resistência da sociedade brasileira e das estruturas de Estado em admitir a relativização do direito de propriedade, também contribui para que esse quadro de acentuada desigualdade no campo permaneça inalterado. A este respeito, Souza Filho (2003, p. 13) argumenta que “a ideologia da propriedade privada, individualista e absoluta, mesmo contra o texto da lei, ainda impera no seio do Estado, ou no seio da elite dominante que dita a interpretação que lhe favorece”. Assim é que, embora se tenha avançado no campo normativo, a questão agrária e a função social continuam sendo disputadas sob as perspectivas econômica, jurídica e política.

Neste contexto, a atividade estatal é determinante na disputa sobre o texto constitucional e a questão agrária. Partindo dessa premissa, justifica-se o presente estudo pela necessidade de compreender o posicionamento do Estado diante da realidade agrária no país e da previsão da função social no texto constitucional de 1988, que propõe um discurso de democratização do campo.

A metodologia desenvolvida utiliza a técnica de pesquisa bibliográfica, em uma abordagem qualitativa, que permite a análise de obras especializadas e artigos científicos para a compreensão do estágio atual da questão agrária no Brasil. O levantamento do material utilizado procede da consultas a revistas jurídicas especializadas na temática agrária e constitucional. Utiliza-se ainda da técnica de pesquisa documental para coletar e analisar dados empíricos, tais como decisões judiciais e conteúdos produzidos por instituições com expertise na elaboração de estatísticas e notas técnicas sobre o campo e a legislação agrária.

O referencial teórico adotado se ampara na conceituação construída por Souza Filho (2003, p. 116) que considera que o instituto da função social da propriedade constitui um verdadeiro encargo inerente à terra e aos seus usos. O estudo também se fundamenta na teoria da força normativa da constituição, cujo trabalho inaugural de Hesse (2009 p. 132) evidencia o caráter de norma jurídica da Constituição Federal e a caracteriza como uma das forças de cuja atuação resulta a realidade do Estado.

2. O CAMPO BRASILEIRO: PLURALIDADE DE DEMANDAS, CONFLITOS E

INJUSTIÇA SOCIAL

A relação do homem com a natureza é caracterizada pela dependência daquele em relação aos recursos naturais necessários para sua sobrevivência. Neste vínculo de sujeição, a terra assumiu um lugar central, tendo em vista a sua singularidade como fonte desses recursos. Desde o alimento, recurso primário para a subsistência humana, até o uso como base territorial, a terra é um elemento fundamental para a existência da humanidade (SOUZA FILHO, 2010, p. 181).

Diante desta relação intrínseca entre homem e natureza, tendo a terra como elemento central, diversas formas de uso são implementadas sobre ela. Essa pluralidade de funções gera reflexos nas searas social, ambiental e econômica, colocando a terra como foco de debates, de conflitos e, paradoxalmente, como elemento primordial na resolução de diversos problemas atuais, a exemplo da segurança alimentar (SAUER, 2016, p. 73).

No que tange ao aspecto social, destacam-se duas questões: a primeira delas se relaciona com os povos e comunidades tradicionais, praticantes de uma relação intensa com a terra que ultrapassa a noção de uso para reconhecê-la como lugar sagrado e admitir os elementos da natureza como seus congêneres (KRENAK, 2019, p. 48). No caso dos povos indígenas, a Constituição Federal, em seu artigo 231, reconheceu seus direitos originários às terras que tradicionalmente ocupam, admitindo a legitimidade do vínculo que os une aos seus territórios (BRASIL, 1988).

Simultaneamente, a concentração fundiária que caracteriza distribuição de terras no Brasil, também é um fator relevante no campo. Estatísticas oficiais atestam que 1% dos estabelecimentos rurais do país ocupam 47,60% das terras rurais nacionais, enquanto aproximadamente 50% dos estabelecimentos ocupam apenas 2,27% desta área (IBGE, 2019).

Estes dados evidenciam a intensa concentração de terras nas mãos de um número reduzido de proprietários e, nas palavras de SAUER (2012, p. 506):

[...] possuem ainda uma dimensão importante, ou seja, a histórica demanda por terras no Brasil por parte daqueles segmentos que, mesmo centrando no meio rural suas expectativas de vida, produção, consumo e conquista da cidadania, sempre estiveram excluídos do acesso às mesmas, acesso que favoreceria uma distribuição mais equânime dos imóveis rurais, aliados aos processos de justiça social e

democratização fundiária.

Este cenário de desigualdade potencializa a mobilização social de diversos grupos que buscam o acesso à terra e a efetivação da justiça social no campo. Neste contexto, trabalhadores rurais, povos e comunidades tradicionais se opõem ao latifúndio buscando a manutenção de seus espaços (SAUER, 2016, p. 90).

Na perspectiva econômica, destaca-se o uso da terra voltado para a produção agroindustrial, uma vez que a terra foi transformada pela modernidade capitalista em instrumento gerador de riqueza (SOUZA FILHO, 2010, p. 182). Tal fato resulta, atualmente, no exercício da agricultura como atividade predominantemente econômica, com foco na produtividade e na extração de gêneros comercializáveis em grandes mercados internacionais.

Sobre a questão da produtividade, Souza Filho (2003, p. 121) leciona que:

É demasiado egoísmo imaginar que a produtividade como conceito constitucional queira dizer lucro individual e imediato. Ao contrário, produtividade quer dizer capacidade de produção reiterada, o que significa pelo menos, a conservação do solo e a proteção da natureza, isto é, o respeito ao que a Constituição chamou de meio ambiente ecologicamente equilibrado garantindo-o para as presentes e futuras gerações (artigo 225).

Neste sentido, mesmo quando analisado sob a perspectiva econômica, o manejo da terra deve considerar, paralelamente, a perspectiva ambiental. Portanto, o uso da terra não pode torná-la estéril ou esgotar a possibilidade de renovação da vida, ficando condicionado à manutenção da biodiversidade (SOUZA FILHO, 2003, p. 125). Neste contexto, a Constituição Federal contempla, em capítulo específico⁴, o dever de preservação da natureza e dispõe acerca da solidariedade intergeracional, no propósito de garantir que gerações futuras também tenham acesso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (BRASIL, 1988).

Todas as perspectivas acima apontadas conduzem ao grave problema dos conflitos

⁴ O CAPÍTULO VI da Constituição Federal, intitulado “DO MEIO AMBIENTE” dispõe, em linhas gerais, sobre a preservação ambiental, princípios constitucionais ambientais e objetivos a serem implementados, dentre outras disposições relacionadas à natureza.

no campo, onde são colocados em posições antagônicas os interesses agrícolas, as necessidades dos sujeitos e da própria natureza em situação de degradação. Neste sentido Sauer e Leite (2012, p. 506) apontam que:

[...] a expansão agrícola em direção aos Cerrados e à Amazônia tem gerado protestos de organizações ambientalistas e comunidades nativas, visto que parte da área ocupada pela soja tem sido angariada às custas do desmatamento e/ou deslocamento forçado de agricultores familiares ou aldeias indígenas.

Essa expansão da fronteira agrícola é fortemente impulsionada pelo crescimento do agronegócio, que constitui uma das principais fontes de superávit na balança comercial. Em que pese este resultado econômico positivo, o crescimento pautado em um modelo agroexportador incentiva a reprimarização da economia, tornando o país dependente da exportação de *commodities* (SAUER, 2016, p. 89).

Ao se consolidar como o principal modelo de produção agrícola, o sistema de monoculturas, amplamente difundido pelo país e voltado para a produção de gêneros destinados à exportação, intensifica os conflitos por terras, na medida em que contribui para degradação ambiental e coage as populações do campo, colocando a demanda social e a ambiental em segundo plano. Em resposta a este cenário, Sauer e Leite (2012, p. 522) advertem que, embora vista por alguns como

[...] uma oportunidade de negócios, a terra não pode ser reduzida a um ativo e um meio de produção. Além disso, a demanda mundial por terras está em confronto direto com a demanda histórica por reforma agrária, tanto no sentido de disputar um bem finito quanto provocando a alta do preço e o encarecimento das políticas públicas de acesso à terra. Além disso, os investimentos crescentes em ativos fundiários ameaçam a segurança e a soberania alimentar, pois os mesmos concentram ainda mais a produção agropecuária em poucas commodities, favorecendo os monopólios na produção de alimentos e agroenergias.

Portanto, a terra não representa apenas um meio produtivo, voltado à satisfação do mercado externo. Mais que isso, a terra é fonte e lugar de vida, onde se constrói identidades e se manifesta territorialidades. A manutenção de um sistema de predomínio da produção agrícola sobre os direitos da coletividade constitui-se em fonte de injustiças no campo, uma vez que exclui do acesso à terra, justamente as populações que historicamente sempre

tiveram na terra o sentido maior da vida.

3. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE RURAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O direito de propriedade está previsto no artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal e se destaca no rol dos direitos e garantias fundamentais (BRASIL, 1988). A proteção constitucional evidencia a relevância que a propriedade possui no ordenamento jurídico brasileiro, confirmando o prestígio que lhe foi conferido ao longo da história recente da humanidade (SOUZA FILHO, 2003, p. 17).

Ao mesmo tempo em que se garantiu o direito de propriedade, a Constituição atribuiu-lhe o encargo da função social previsto no artigo 5º, inciso XXIII (BRASIL, 1988). Neste sentido, condicionou o exercício do direito de propriedade ao bem-estar da coletividade, permitindo ao proprietário o exercício do seu direito, desde que em consonância com o bem da comunidade.

Ressalte-se que a função social da propriedade rural está presente no ordenamento jurídico pátrio desde a década de sessenta, com previsão no Estatuto da Terra — Lei nº 4.504/1964. Todavia, foi por meio da Constituição Federal de 1988, instituída em um período político de redemocratização, que se modificou o regime da propriedade fundiária, atribuindo-lhe verdadeiramente um encargo social (DELGADO, 2005, p. 9).

Prescrita genericamente no rol dos direitos e garantias fundamentais, a função social da propriedade figura de forma específica em diversos pontos do texto constitucional. Deste modo, está presente no rol dos princípios gerais da ordem econômica (artigo 170, inciso III); no capítulo que trata da política urbana, incidindo sobre a propriedade urbana (artigo 182, §2º); e também no capítulo que regulamenta a política agrícola e fundiária e a reforma agrária (artigos 184 e 186), incidindo sobre a propriedade rural (BRASIL, 1988).

Especificamente no que tange à propriedade rural, a Constituição prevê requisitos específicos a serem atendidos para que seja cumprida a função social. Tais requisitos encontram-se elencados no artigo 186 da Constituição, a seguir transcrito:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos

seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (BRASIL, 1988).

A inobservância desses requisitos autoriza a deflagração do procedimento de desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, nos termos previstos no artigo 184 da Constituição. Desta forma, a função social da propriedade rural, funciona como um instrumento ensejador da reforma agrária, quando não for devidamente observada pelos proprietários de terras rurais.

Ao discorrer sobre a função social, Souza Filho (2003) resgata a concepção clássica do instituto, que estabelece limites para o exercício do direito de propriedade em si. Todavia, insere um relevante aspecto que confere ênfase à terra em detrimento do aspecto abstrato, consubstanciado no direito de propriedade. Nesta perspectiva, concebe a função social como um verdadeiro *múnus* inerente à terra e aos seus usos, nos termos a seguir transcritos:

Na realidade quem cumpre a função social não é a propriedade, que é um conceito, uma abstração, mas a terra, mesmo quando não alterada antropicamente, e a ação humana ao intervir na terra, independentemente do título de propriedade que o Direito ou o Estado lhe outorgue (SOUZA FILHO, 2003, p. 116).

Assim, a terra se apresenta como a destinatária da função social, uma vez que sobre ela recai, simultaneamente, o direito de propriedade e o mencionado encargo. A essência da função social da terra conduz a um ideal de uso em favor da vida humana integrada à biodiversidade. Portanto, prevalece o uso condicionado, que determina a sobreposição da vida em todas as suas formas, sobre qualquer direito individual que incida sobre a terra (SOUZA FILHO, 2003, p. 117).

É importante mencionar que a função social não tem como objetivo afastar a propriedade privada⁵ e que tampouco se trata de instituto saneador de todos os problemas do

⁵ A este respeito Eros Roberto Grau ensina que “embora isso passe despercebido da generalidade dos que cogitam da função social da propriedade, é seu pressuposto necessário a propriedade privada.” (GRAU, 1991, p. 244)

campo, mesmo porque as mudanças neste cenário não serão realizadas exclusivamente pela via jurídica. Todavia, não se pode desprezar a importância da legitimação constitucional para as reivindicações dos movimentos sociais, que encontram na função social o fundamento jurídico constitucional em favor da luta pela reforma agrária e pela justiça social (MELO, 2007, p. 55).

4. DIFICULDADES NA EFETIVAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A constatação de que o campo brasileiro é um ambiente de conflitos e de injustiça socioambiental fomenta a necessidade de compreensão e de modificação deste contexto. Neste sentido, discute-se a atuação estatal voltada para a solução desses problemas, tendo em vista as atribuições do Estado concernentes à preservação ambiental e à realização da reforma agrária.

A função social da propriedade rural, como demonstrado acima, é um dos instrumentos previstos no ordenamento jurídico brasileiro que contempla as demandas socioambientais presentes no campo. Vinculada ao encargo da função social, “a propriedade além de satisfazer os interesses do proprietário, daquele que possuísse sua titularidade, deveria atender também às necessidades da coletividade” (REZENDE E FREITAS, 2020, p. 262).

Ocorre que, apesar da previsão constitucional da função social e da possibilidade de desapropriação para fins de reforma agrária, o que se verifica é uma realidade praticamente inalterada, mesmo após 33 anos da promulgação da Constituição Federal. Contrariando a legítima expectativa criada pelo texto constitucional, os números relativos aos conflitos no campo continuaram a crescer, sendo que no ano de 2019, o número de conflitos registrados pela Comissão Pastoral da Terra, foi o maior dos últimos dez anos (CPT, 2020, p. 20).

Esse contexto fático gera questionamentos acerca dos fatores que impedem a modificação da estrutura fundiária no país, a despeito dos avanços constitucionais. De fato, as alterações normativas não foram e não são suficientes para modificar a realidade social. A este respeito, Delgado (2005, p. 9) leciona que a instituição de um novo ordenamento constitucional em 1988, mudou o estatuto da propriedade fundiária, que a partir de então estaria sujeito à respectiva função social. Todavia, as alterações normativas também

dependiam do jogo político que seria estabelecido daquele momento em diante. Assevera ainda que:

Com o fim do regime militar e a crise da “modernização conservadora” da agricultura, o debate da Reforma Agrária é retomado no Primeiro Plano Nacional de Reforma Agrária (PNRA), apresentado com a chegada da Nova República, em 1985. Mas à mudança do ciclo político (fim do Regime Militar e Constituição de 1988) é contraposto um ciclo econômico neoliberal – privatista e desregulamentador dos anos 1990. Por diversas vias, este ciclo obsta o papel que o Estado precisaria exercer para cumprir os direitos sociais agrários inscritos na Constituição, que prescreve a função social da propriedade fundiária (DELGADO, 2005, p. 1).

A necessidade de ajustamento a uma ordem econômica globalizada e as escolhas políticas realizadas nesse contexto, incorporaram a agricultura como mecanismo de solução para questões relacionadas à balança comercial e ao ajustamento econômico externo, sujeitando a questão agrária à política macroeconômica (DELGADO, 2005, p. 10). Desse modo, a política agrícola adotada pelo Estado brasileiro, priorizou o agronegócio, manteve a estrutura fundiária e estabeleceu um arranjo contrário ao movimento da reforma agrária.

Esta conjuntura revela a subordinação da questão agrária a um sistema no qual as questões internas, as demandas da sociedade brasileira e a ordem constitucional vigente foram preteridas em benefício da construção de um modelo econômico voltado para o mercado externo. Assim, a estratégia do agronegócio tornou-se a matriz da moderna questão agrária no Brasil, representando um obstáculo ao progresso das demais forças produtivas, a exemplo da agricultura familiar e dos assentamento de reforma agrária (DELGADO, 2005, p. 17).

Como resultado, a situação fundiária atual é marcada por problemas que se repetem ao longo da história. De tal sorte que a desigualdade se mantém constante, embora o ordenamento jurídico apresente mecanismos para solucionar este problema. Por outro lado, a atuação inócua do poder público, em relação à política fundiária, potencializa a reprodução dessa desigualdade.

Um outro aspecto a ser mencionado é a interpretação constitucional da função social da propriedade rural, realizada, notadamente, na atividade jurisdicional. Uma vez provocado, cabe ao Poder Judiciário a desapropriação de propriedades rurais onde for verificado o descumprimento da função social.

Embora o INCRA — Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — seja competente para elaboração de laudo técnico que declare o descumprimento da função social da propriedade rural, o mérito dessa discussão pode ser objeto de deliberação judicial. Em muitos casos, o proprietário do imóvel rural busca anular o procedimento administrativo que declarou o descumprimento da função social da propriedade e assim impedir a desapropriação.

Ao analisar a atuação jurisdicional sobre as questões agrárias, o que se verifica é que, apesar da previsão do encargo da função social incidente sobre a propriedade, esta ideia ainda está distante das decisões judiciais (SOUZA FILHO, 2003, p. 86). Isso ocorre, sobretudo, porque o Judiciário, “por ser o menos democrático e o mais formalista dos poderes é onde a propriedade da terra tem mais garantias” (SOUZA FILHO, 2020, p. 124).

Assim, ao interpretar a função social da propriedade rural, o Poder Judiciário privilegia o direito de propriedade em detrimento do seu referido encargo e, por consequência, restringe a efetividade do texto constitucional. Neste sentido Alfonsin (2002, p. 239) leciona que:

Para alguns julgados, é tão insignificante o peso de eficácia do princípio consagrado no art. 5º, inciso XXIII da Constituição Federal, que parece existir presunção legal, em favor do proprietário, de que o registro do seu imóvel no álbum imobiliário equivale ao cumprimento daquela função. Prevalece em favor do proprietário o direito privado patrimonialista, independentemente de qualquer outra razão impeditiva, modificativa ou extintiva dele, que decorra, por exemplo, do eventual descumprimento da dita função, sob visibilidade física do tipo desuso prolongado.

Neste sentido, Melo (2007, p. 11) aponta para esta interpretação que, em uma linha conservadora e fundamentada na tradição jurídica liberal, justifica o predomínio dos interesses individuais. Um dos maiores problemas neste contexto interpretativo é a previsão do artigo 185, inciso II, da Constituição Federal que, aparentemente, imunizaria a propriedade produtiva contra a desapropriação. Pautados no dogmatismo jurídico e atendendo às necessidades da ideologia dominante, alguns operadores do direito admitem critérios de produtividade diferentes dos previstos na Constituição Federal (MELO, 2007, p. 52).

À vista disso, a expressão “propriedade produtiva” tem sido interpretada de forma a

impedir a desapropriação para fins de reforma agrária. Sobre esta interpretação Souza Filho (2003, p. 119), adverte que:

O artigo 185 dispõe que o imóvel que seja produtivo é insuscetível de desapropriação, isto tem sido interpretado como: mesmo que não cumpra a função social, a propriedade produtiva não pode ser desapropriada, o que inverte toda a lógica do sistema constitucional, porque se juntarmos esta interpretação com o equívoco anterior, a conclusão é desastrosa: a propriedade considerada produtiva não sofre qualquer sanção ou restrição pelo fato de não cumprir a função social.

O fato é que a interpretação do artigo 185, que reconheça absoluta imunidade à propriedade produtiva causa o esvaziamento da função social e inviabiliza a reforma agrária, uma vez que pouco importa o cumprimento dos demais requisitos diante da comprovação da produtividade do imóvel rural. Partindo desta premissa, a função social da propriedade rural estaria tolhida das atribuições que lhe conferiu a Constituição, sobretudo de ser um instrumento de concretização da reforma agrária e de realização da justiça social no campo.

Como exemplo desta perspectiva interpretativa, menciona-se o processo judicial autuado sob o nº 4942-95.2010.4.01.3901, que tramitou no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no qual o INCRA buscava reverter, por meio de apelação, a sentença que anulou o processo administrativo de desapropriação. O acórdão proferido nesses autos manteve a sentença inicial, sob o fundamento de que o imóvel era produtivo e que, embora existissem violações de ordem ambiental, estas não eram suficientes para justificar a desapropriação (BRASIL, 2018). Pela relevância do julgado, transcreve-se um trecho de sua ementa:

3. Correta a sentença que, baseada em laudo pericial produzido por profissional da confiança do Juízo e equidistante dos interesses das partes, declara produtivo e insuscetível de desapropriação imóvel rural cujos graus de utilização da terra e de eficiência na exploração (GUT e GEE) atendem às exigências legais.
4. O déficit ambiental tido por caracterizador do descumprimento da função social (CF/88, art. 186, II), por si só, não se mostra suficiente a justificar a desapropriação de imóvel rural que, segundo a perícia, é produtivo (CF/88, art. 185, II).
5. “Nada impediria que o INCRA, e disso não cogita a apelação, dispondo de tempo e recursos materiais e humanos, pudesse eventualmente atuar em parceria com o IBAMA para a aferição do cumprimento da legislação ambiental, para fins de desapropriação agrária, já que o poder-dever de fiscalização do cumprimento da legislação ambiental cabe à respectiva instância administrativa.” (BRASIL, 2018).

A interpretação do texto constitucional que submete a propriedade rural a um critério exclusivamente produtivo, se afasta da evolução da teoria da função social da propriedade, para convertê-la em um texto meramente retórico (SOUZA FILHO, 2003, p. 120). Por consequência, dificulta a efetivação da norma constitucional e frustra o projeto de reforma agrária no Brasil.

Ainda sobre o artigo 185, Souza Filho (2003, p. 119) afirma que mesmo diante dos artifícios presentes no texto constitucional, esta interpretação não alcançaria êxito se não estivesse em harmonia com a ideologia dominante que, ao interpretar o texto, atribui ao Estado o papel de guardião e servo da propriedade. Assim, essa ideologia conservadora permeia a estrutura estatal e busca transformar a função social em mera recomendação, distante da realidade concreta. Todavia, Comparato (2000, p. 143), orienta que:

Essa exegese da função social da propriedade como mera recomendação ao legislador, e não como vinculação jurídica efetiva, tanto do Estado quanto dos particulares, é de ser expressamente repelida nos sistemas constitucionais que, a exemplo do alemão e do brasileiro, afirmam o princípio da vigência imediata dos direitos humanos.

Por outro lado, em uma vertente progressista, são realizadas interpretações que, aplicando métodos hermenêuticos compatíveis com o direito constitucional contemporâneo, propõem uma leitura que confere maior efetividade ao instituto. Neste sentido, Melo (2007, p. 47) reconhece que diversas interpretações são realizadas acerca da função social da propriedade, todavia, são relevantes apenas aquelas que enfatizam o caráter progressista que lhe é inerente e se esforçam para realizá-la concretamente.

Diante da natureza constitucional da função social e da necessidade de uma interpretação que lhe imprima máxima efetividade, a teoria da força normativa da constituição, marco teórico do constitucionalismo contemporâneo, evidencia o caráter normativo das disposições constitucionais (HESSE, 2009, p. 125). Atualmente o reconhecimento da força normativa e do caráter vinculativo das normas constitucionais é uma premissa do estudo da Constituição. O descumprimento dessas normas podem deflagrar mecanismos próprios de coação, bem como seu cumprimento forçado (BARROSO, 2014, p. 194).

Neste sentido, se torna ilegítima qualquer concepção de Constituição que lhe atribua caráter de mera aspiração política. A Constituição é norma, e como tal suas disposições são imperativas. É com base nesta perspectiva que se interpreta correta e coerentemente a função social da propriedade rural.

Portanto, o processo interpretativo deve se fundamentar em concepções que imprimam efetividade à função social. A prevalência de uma interpretação progressista e que vá ao encontro do uso da propriedade com respeito ao bem da coletividade é a única postura compatível com o modelo constitucional atual (FARIAS, 2019, p. 175).

5. A ATIVIDADE LEGISLATIVA COMO MECANISMO DE RETROCESSO

A atividade legislativa em nível federal é realizada pelo Congresso Nacional, que, na condução do processo legislativo, é competente para elaborar as normas relativas a direito agrário, desapropriação, recursos minerais e populações indígenas, previstos no artigo 22; e também sobre a proteção ao meio ambiente, prevista artigo 24 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Neste âmbito, a atuação do Poder Legislativo deve atender às demandas da sociedade e aos comandos estabelecidos no texto constitucional.

À vista disso, ao abordar temas relacionados à terra, o legislador deve considerar todas as vertentes que a ela se vinculam, para garantir que os aspectos ambiental, social, cultural, e econômico sejam harmonizados. Reforça-se que a interpretação constitucional deve ser realizada de maneira a evitar contradições entre suas normas. A este respeito Cunha Júnior (2016, p. 194) leciona que:

Assim, compondo essa unidade, as normas constitucionais devem ser interpretadas como partes integrantes de um mesmo sistema, nunca como preceitos isolados e dispersos. Não se interpreta a Constituição em tiras, ou aos pedaços, mas de forma coerente confrontando a norma interpretada com as demais normas do mesmo sistema, com vistas a evitar resultados antagônicos.

Todavia, a síntese da atividade legislativa nos conduz a resultados distantes dessa diretriz. Atualmente grupos de parlamentares, de variados partidos, compõem as denominadas bancadas temáticas suprapartidárias, que, embora funcionem sem qualquer registro formal (ARAÚJO e SILVA, 2016, p. 11), possuem força política para determinar a

pauta deliberativa e os resultados das votações no Congresso Nacional.

Um dos grupos mais expressivos é a bancada ruralista que, segundo Mitidiero (2020, p. 197), “vem protagonizando o maior ataque/ atentado legislativo aos direitos e conquistas dos povos do campo e da preservação da natureza”. É notório que a legislação ambiental sempre foi um obstáculo aos investimentos de capital relacionados ao agronegócio e à exploração de recursos naturais. Todavia, nos últimos anos a pressão sobre a pauta ambiental, no sentido de relativizar proteções ao meio ambiente, aumentou. A este respeito Mitidiero (2020, p. 199) relata que:

[..] de 2015 a 2019 uma avalanche de tentativas para destruir a proteção ao meio ambiente são despejadas na Câmara e Senado. Propostas para explorar (e abusar) economicamente terras indígenas protegidas e inalienáveis, pra implodir sistemas de proteção ambiental e por mais liberação de agrotóxicos lideram no quantitativo das propostas.

Dentre as propostas legislativas com potencial para causar prejuízos e retrocessos aos avanços socioambientais construídos ao longo da história, destaca-se a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 80/2019, que busca alterar os artigos 182 e 186 da Constituição Federal, que tratam do instituto da função social. Tendo em vista o objeto do presente trabalho, serão analisadas apenas as mudanças relativas ao artigo 186, que disciplina a função social da propriedade rural.

A PEC nº 80/2019, em seu texto original, apresenta justificação na qual se enfatiza que a função social é um limitante do direito de propriedade. Expõe que a observância dos critérios previstos no artigo 186 tornou-se condição para a manutenção do domínio privado, sob o risco de desapropriação. Aponta que a relativização do direito de propriedade deve ser feita com moderação, para evitar arbitrariedades, excessos e falhas pelo Poder Público, nos procedimentos desapropriatórios, que se amparam na mera justificativa de atender ao interesse social.

O texto menciona, ainda, que a intenção da PEC é de diminuir a discricionariedade do Poder Público, diante do alegado caráter sagrado da propriedade privada. Em seguida, menciona o novo procedimento desapropriatório a ser instituído, no qual se dependerá de ato do Poder Executivo, que será antecedido de autorização legislativa específica ou decisão

judicial. A justificativa é encerrada sob o argumento de se evitar injustiças e aprimorar a legislação protetiva do direito fundamental à propriedade (SENADO, 2019, p. 3).

A síntese acima apresentada possui aspectos peculiares que exigem análise detalhada. De início, nota-se a atenuação feita em relação ao interesse social, quando qualificado por “simples justificativa”. Embora o conceito de interesse social não tenha sido expressamente previsto em lei, o instituto é frequentemente mencionado em diversos diplomas legais. A menção que melhor materializa o interesse social é aquela formulada no artigo 2º da lei 4.132 de 10 de setembro de 1962. Este dispositivo apresenta um rol de situações consideradas de interesse social, nos termos a seguir apresentados:

Art. 2º Considera-se de interesse social:

I - o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico;

II - a instalação ou a intensificação das culturas nas áreas em cuja exploração não se obedeça a plano de zoneamento agrícola, VETADO;

III - o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola;

IV - a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias;

V - a construção de casa populares;

VI - as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação armazenamento de água e irrigação, no caso em que não sejam ditas áreas socialmente aproveitadas;

VII - a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais.

VIII - a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas (BRASIL, 1962).

A análise de todas essas hipóteses apontam para o atendimento dos interesses da coletividade, sobretudo daqueles relacionados à concretização de direitos básicos. Neste sentido, a essência do interesse social está em conformidade com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, devendo ser compreendido como justificativa suficiente para ensejar o processo de desapropriação.

Outra menção que merece destaque é a suposta sacralidade da propriedade privada que, por este motivo, nos termos da PEC nº 80/2019, deveria ser protegida da ampla discricionariedade e de injustiças. O conceito de propriedade privada passou por várias

modificações ao longo da história, atingindo, no século XVIII, o status de direito natural e sendo considerado pela Igreja Católica como direito oponível a todos os demais. A Constituição Portuguesa de 1822, por sua vez, considerava a propriedade como um direito sagrado e inviolável (SOUZA FILHO, 2003, p. 22).

Todavia, essa ideia de propriedade absoluta e sagrada foi sendo gradualmente desconstruída. No século XX, a própria Igreja passa a ter uma posição expressa quanto à hipoteca social que recai sobre a propriedade. Apesar do caráter sagrado e absoluto perdurar por um longo período da história, ele foi se esmaecendo diante das pressões sociais. A este respeito Souza Filho (2003, p. 41) registra que:

Na segunda metade do século XIX, portanto, já temos duas claras posições acerca da legitimidade da propriedade privada, ambas contrárias ao seu caráter absoluto: a primeira dos socialistas, argumentando que a propriedade individual dos bens essenciais, entre eles a terra, é ilegítima, e a segunda, liderada pela Igreja, de que a legitimidade não se assenta somente na legalidade do contrato livre, mas na avaliação da justiça dele.

Assim, a propriedade privada vai sendo transformada para atender aos diversos interesses sociais. Marcadas pela luta de classes, as constituições do início do século XX trouxeram importantes alterações, reconhecendo a incidência de um encargo social sobre a propriedade (REZENDE E FREITAS, 2020, p. 262). A Constituição Mexicana de 1917 foi um marco neste contexto, possuindo um viés marcadamente agrário, camponês e latino-americano. Em 1919, a Constituição de Weimar, na Europa, também estabeleceu ideia semelhante à prevista na constituição de Mexicana, prevendo uma limitação à propriedade privada, que finalmente ficou conhecida como função social da propriedade (SOUZA FILHO, 2003, p. 95).

No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988 se estabelece a função social da propriedade rural vinculada à política de reforma agrária. O perfil democrático presente no texto Constitucional, refletiu diretamente no tratamento dado à propriedade. Desta forma,

Para combinar com os compromissos de eliminar desigualdades sociais e regionais, a Constituição não poderia repetir a velha propriedade privada do Código de Napoleão, absoluta e acima de todos os direitos. A propriedade privada

teria que ser desenhada como uma consequência dos novos direitos coletivos à vida, ao fim das desigualdades e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, introduzindo nela uma razão humana de existência, vinculando-a em todos os lugares que a reconheçam como direito à função social, especialmente em relação à terra (SOUZA FILHO, 2003, p 115).

Assim, a partir da Constituição de 1988, a propriedade deve atender à respectiva função social, relativizando o direito individual em benefício do interesse da coletividade (REZENDE E FREITAS, 2020, p. 267). Portanto, o conceito de propriedade privada se afasta do caráter sagrado e absoluto. Como consequência, qualquer tentativa de reavivar essas características revelam-se retrogradas e inconstitucionais.

Um outro aspecto relevante da PEC nº 80/2019 se refere à exclusão da simultaneidade no cumprimento dos requisitos da função social. Em caso de aprovação da referida emenda, a nova redação determinará a observância de apenas um dos requisitos para que se declare cumprida a função social e seja legitimado o direito de propriedade.

Deste modo, o proprietário de terras poderá optar entre aproveitar racionalmente o imóvel, preservar o meio ambiente, respeitar a legislação trabalhista ou explorar de forma que favoreça o bem-estar dos trabalhadores. Esta nova redação esvaziará a função social e inviabilizará a deflagração do processo desapropriatório para fins de reforma agrária (MITIDIERO, 2019, p. 200), constituindo-se em grande retrocesso normativo sobre a pauta socioambiental.

A proposta também prevê que a declaração de descumprimento da função social será feita pelo Poder Executivo, mediante a prévia autorização do Poder Legislativo ou decisão judicial. Submeter a deflagração do processo desapropriatório à autorização legislativa ou decisão judicial criará uma série de barreiras e ampliará a burocracia na realização da reforma agrária.

Além disso, a alteração do procedimento ofende os princípios federativo e separação dos poderes, tendo em vista que ao prever tal compartilhamento de competência, se permitirá o avanço sobre atribuição administrativa, atingindo o núcleo insuperável da separação dos poderes, previsto como cláusula pétrea no artigo 60, §4º, inciso III, da Constituição Federal (MPF, 2019, p. 374).

Por fim, a emenda propõe que a desapropriação seja feita pelo valor de mercado da

propriedade rural, alterando a sistemática de pagamento de justa indenização, atualmente em vigor. De sorte que, o proprietário que descumprir a função social da propriedade rural, será recompensado com o pagamento do valor de mercado, recebendo um benefício do Estado por agir em desconformidade com a Constituição. Sobre esta questão, Comparato (2000, p. 144) aduz que:

A Constituição, aliás, tanto no art. 5º - XXIV, quanto no art. 182, §3º e no art. 184, não fala em indenização pelo valor de mercado, mas sim em justa indenização, o que é bem diferente. A justiça indenizatória, no caso, é obviamente uma regra de proporcionalidade, ou seja, adaptação da decisão jurídica às circunstâncias de cada caso. Ressarcir integralmente aquele que descumpra o seu dever fundamental de proprietário é proceder com manifesta injustiça. Premiando o abuso.

Portanto, a desapropriação pelo valor de mercado representa uma inovação legislativa formulada em benefício dos proprietários e que trará grandes prejuízos à sociedade. A mudança certamente incentivará o descumprimento da função social pois, ao se comportar dessa maneira, o proprietário de terras será gratificado com o pagamento do valor de mercado pela sua propriedade mal-usada e por seus atos lesivos.

Em síntese, a PEC nº 80/2019, representa a possibilidade de uma profunda alteração no disciplinamento da questão agrária, buscando subverter o próprio conceito do direito de propriedade para resgatar seu caráter absoluto e sagrado, negando a evolução do instituto, que atualmente somente se legitima sob o encargo da função social. Fragilizar de tal maneira a função social da propriedade é enfraquecer o principal argumento jurídico e político dos movimentos sociais que lutam pela terra, permitindo, assim, a ampliação da desigualdade presente no campo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O campo brasileiro é marcado por uma série de problemas que se perpetuam ao longo da sua história. A injustiça social presente na questão agrária é o resultado de uma série de escolhas políticas que não priorizam a coletividade, mas, ao contrário, quase sempre beneficiam um número restrito de indivíduos. Desta forma, a realidade fundiária atual ainda é marcada pela concentração de terras e pelos conflitos relativos às demandas de ordem econômica e socioambiental que ali se afluam.

A promulgação do texto constitucional em 1988 representou a esperança de alteração deste contexto. Os ideais democráticos que inspiraram a construção do texto, somados à pressão dos movimentos sociais que exigiam a democratização do campo, criaram a expectativa de que as conquistas jurídicas alcançadas seriam capazes de transformar a realidade. As disposições acerca da reforma agrária, da política fundiária e, sobretudo, da função social da propriedade rural representaram um grande avanço jurídico.

Todavia, transcorridos 33 anos da promulgação do texto constitucional, a situação permanece praticamente inalterada. Os conflitos continuam sendo a tônica principal da questão agrária e a disputa ultrapassa os limites do campo para chegar ao âmbito do poder público. A relevância do tema faz com que ele seja disputado dentro da própria atividade estatal.

A predominância de interesses econômicos impede que o Estado implemente políticas públicas que efetivem o direito fundamental de acesso à terra. Da mesma forma, as pautas prioritárias no âmbito da atividade legislativa representam ameaça aos avanços normativos conquistados na seara da questão agrária. A aprovação da PEC nº 80/2019, por exemplo, tem potencial para esvaziar o conteúdo da função social da propriedade e torná-la letra morta na Constituição Federal.

A atividade jurisdicional, por seu turno, também é desempenhada em defesa do direito de propriedade, adotando uma postura conservadora e desatenta aos mecanismos de interpretação constitucional. As decisões judiciais relativas às questões agrárias, por vezes, se afastam do instituto da função social, causando-lhe limitações em sua efetividade.

Desta forma, o desempenho das atividades estatais que deveria ser pautado nas disposições da Constituição Federal e voltado ao bem da coletividade, se transforma em ferramenta de opressão e injustiça no campo. A influência do poder econômico nos espaços de poder, conduz a resultados que se contrapõem aos interesses da coletividade, relegando-os a segundo plano.

E assim, o Estado, que possui o dever legal de atuar para que as disposições constitucionais se concretizem, assume uma postura oposta e se posiciona em desfavor da coletividade, conduzindo com frouxidão as políticas de reforma agrária, causando retrocessos socioambientais por meio da atividade legislativa e atenuando a função social

quando submetida à apreciação jurisdicional.

O enfrentamento da questão agrária no Brasil perpassa por uma mudança na atuação dos órgãos e entidades estatais envolvidos no processo de efetivação e fiscalização da função social da propriedade rural. O dever dos agentes estatais é desempenhar as atividades de Estado com respeito aos preceitos constitucionais e com a aspiração de torná-los efetivos. Certamente este caminho conduzirá o país rumo à justiça social no campo e contribuirá para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

7. REFERÊNCIAS

ALFONSIN, Jacques Távora. **O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

ARAÚJO, Suely Mara; SILVA, Rafael Silveira. Frentes e bancadas parlamentares: Uma proposta teórico – metodológica e de agenda de pesquisa. **In: Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política**. 10. Belo horizonte, 2016. Disponível em: <https://cienciapolitica.org.br/system/files/documentos/eventos/2017/04/por-que- apenas-partidos-analise-das-frentes-parlamentares.pdf>. Acesso em: mar. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 3ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BINKOWSKI, Patrícia. Dinâmicas e Relações de Poder nos Conflitos Agrários Brasileiros. In: Patrícia Binkowski. (Org.). **Dinâmicas e Relações de Poder nos Conflitos Agrários Brasileiros**. 1ed. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2018, v. 1, p. 11-49.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 4.132 de 10 de setembro de 1962**. Define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação. Brasília: Congresso Nacional, [1977]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4132.htm. Acesso em: 23 fev. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (3. Turma). **Apelação/Reexame Necessário nº 4942-95.2010.4.01.3901/PA**. Relator: José Alexandre Franco, 5 de dezembro de 2018. Disponível em:

<https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00049429520104013901&pA=&pN=49429520104013901>. Acesso em: 10 mar. 2021.

CEDOC DOM TOMÁS BALDUINO – CPT. **Conflitos no campo: Brasil 2019** / Goiânia: Comissão Pastoral da Terra Secretaria Nacional, 2020. Disponível em: <https://www.cptnacional.org.br/publicacoes-2/destaque/5167-conflitos-no-campo-brasil-2019>. Acesso em: 10 jan. 2021

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *In*: STROZAKE, Juvelino José (Org.). **A questão agrária e a justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. 38 - 149.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 10. Ed. Salvador: JusPODVM, 2016.

DELGADO, Guilherme Costa. A Questão Agrária no Brasil: 1955-2003. *In*. Jaccoud, Luciana (org.) **Questão Social e Políticas Sociais no Brasil Contemporâneo**. 1. Ed. Brasília: IPEA, 2005.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional / Konrad Hesse**; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia Estatística. **Censo agropecuário 2017**: resultados definitivos. Censo agropecuário, v. 8, p. 1–105, 2019. Disponível em: <https://censos.ibge.gov.br/agro/2017>. Acesso em: 10 de dez. 2020.

KRENAK, Airton. **Ideias para adiar o fim do mundo**. 1. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

MELO, Tarso Menezes de. **Direito e existência concreta: A ideologia jurídica e a função social da propriedade rural**. 128. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. **Nota técnica nº 17/2019/PFDC/MPF, de 4 de outubro de 2019**. Assunto: Proposta de Emenda à Constituição nº80, de 2019: redução das exigências relativas à função social da propriedade. Inconstitucionalidades. Ref.: Procedimento Administrativo nº 1.00.000.020954 /2019-00. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pfdc/manifestacoes-pfdc/notas-tecnicas/nt-17-2019-pfdc-mpf/view>. Acesso em: 15 jan. 2021.

MITIDIERO Jr, Marco. et al. O Parlamento e o Executivo na luta contra a reforma agrária e a preservação da natureza. *In*: **Conflitos no Campo – Brasil 2019**. Goiânia: Comissão Pastoral da Terra, v. 35, 2020. Disponível em: <https://www.cptnacional.org.br/publicacoes->

2/destaque/5167-conflitos-no-campo-brasil-2019. Acesso em: 10 dez. 2020.

REZENDE, Élcio Nacur; FREITAS, Oliveira de Freitas. Análise constitucional e histórica da proteção da propriedade e sua função social no Brasil frente à proibição do uso de plataformas digitais de locação em condomínios. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2020, vol. 13, n. 23, p. 243-271, ago./dez., 2020.

DOI:10.24068/2177.8256.2020.12.23;243.271 Disponível em:

<http://www.abdconst.com.br/revista-23> Acesso em: 10 mar. 2021.

SAUER, Sérgio; LEITE, Sérgio Pereira. Expansão agrícola, preços e apropriação de terra por estrangeiros no Brasil: **Revista de Economia e Sociologia Rural**. Brasília. vol.50 n.3 jul./set. 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-20032012000300007>. Acesso em: 22 fev.2021.

SAUER, S. Terra no século XXI: Desafios e perspectivas da questão agrária. **Retratos de Assentamentos**. Araraquara. v.19. n.2. 2016. p. 67-69. Disponível em: <https://retratosdeassentamentos.com/index.php/retratos/article/view/239>. Acesso em: 15 fev. 2021.

SENADO FEDERAL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 80 de 2019**. Brasília. 2019. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136894>. Acesso em: 20 de nov de 2020.

SEVÁ, Janaína Tude; LEMES, João Vitor Martins. Propriedade da Terra e Poder no Brasil na obra de José de Souza Martins. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**. Goiânia. v. 42, n. 3, set./dez. 2018. p.180-201. ISSN 0101-7187

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **A função social da terra**. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; SANTOS, Thais Giselle Diniz; ROSSITO, Flávia Donini. Biodiversidade, Direitos e Produção Camponesa de Alimentos. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**. Goiânia. V.43. 2019. p. 1-17. ISSN 0101-7187.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Função social da propriedade. Claudia Sonda (Org.), Silvia Cristina Trauczynski (Org.). **Reforma Agrária e Meio Ambiente - Teoria e Prática no Estado do Paraná**. Curitiba: ITCG, 2010. 344p

Data da submissão: 25/06/2021

Data da primeira avaliação: 25/06/2021

Data da segunda avaliação: 25/08/2021

Data da aprovação: 25/08/2021

**LIBERDADE DE IMPRENSA EM RISCO NO BRASIL: A
INSTRUMENTALIZAÇÃO DE CRIMES DE OPINIÃO CONTRA JORNALISTAS**
*PRESS FREEDOM AT RISK IN BRAZIL: THE INSTRUMENTALIZATION OF CRIMES
OF OPINION AGAINST JOURNALISTS*

Glauco Salomão Leite¹

Natalia Bezerra Valença²

RESUMO: A liberdade de imprensa, como um elemento basilar da democracia liberal, desempenha funções na política que, em circunstâncias de ascensão autoritária, são objeto de preocupações antidemocráticas. Assim, além da garantia de eleições livres e multipartidárias, a proteção ao conjunto das liberdades de expressão é um parâmetro para a democracia, uma vez que, somente com esta proteção, é possível proporcionar liberdade de informação e construção de opiniões políticas que conduzirão o resultado eleitoral. Neste sentido, busca-se investigar no presente artigo a instrumentalização de legislações que criminalizam opiniões, como previsões do Código Penal Brasileiro de 1940 e da Lei de Segurança Nacional de 1983, contra jornalistas críticos e opositores do Governo do Presidente Jair Bolsonaro, a partir de 2019, no contexto de recessão das democracias e autocratização do Brasil. A hipótese central, que ao final foi confirmada, indica que para reduzir o espaço da liberdade de imprensa não há necessariamente que se utilizar de instrumentos oficiais de censura como ocorrido na Ditadura do Estado novo de 1937-1945 e na Ditadura Militar de 1964-1985. Outras práticas como ameaças econômicas a jornais e revistas, instrumentalização de processos judiciais contra opiniões jornalísticas, ofensas pessoais aos jornalistas e a descrédibilização da atividade de imprensa têm ocasionado censuras indiretas e autocensuras que comprometem a própria democracia.

Palavras-chave: Liberdade de imprensa; Liberdade de expressão; Censura; Recessão da democracia liberal.

ABSTRACT: Freedom of press, as a fundamental element of liberal democracy, plays roles

¹ Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor de Direito Constitucional da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal da Paraíba (UFPB) e da Universidade de Pernambuco (UPE). Membro do grupo Recife de Estudos Constitucionais (REC/CNPq). E-mail: glaucosalomao@uol.com.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3589509124692687>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5027-1106>

² Mestranda (Bolsista CAPES) do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (PPGD/UNICAP). Pós-Graduada em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Advogada. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB-PE. Membro do grupo de pesquisa Recife Estudos Constitucionais (REC/CNPq). Email: nataliavalenca1@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3589509124692687>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5027-1106>.

in politics that, in circumstances of authoritarian rise, are object of anti-democratic concerns. Thus, in addition to guarantee of free and multiparty elections, the protection of the set of freedoms of expression is a parameter for democracy, because only with this protection, it's possible to provide freedom of information and construction of political opinions that will lead to the electoral result. In this sense, this article seeks to investigate the use of legislation that criminalizes opinions, such as the provisions of the Brazilian Penal Code of 1940 and the National Security Law of 1983, against critical journalists and opponents of the Government of President Jair Bolsonaro, as of 2019, in the context of recession of democracies and autocratization in Brazil. The central hypothesis, which was finally confirmed, indicates that to reduce the space for press freedom it is not necessarily necessary to use official instruments of censorship as occurred in the Dictatorship of the New State of 1937-1945 and the Military Dictatorship of 1964-1985. Other practices such as economic threats to newspapers and magazines, the use of legal proceedings against journalistic opinions, personal offenses to journalists and the discrediting of the press activity have led to indirect censorship and self-censorship that challenge democracy itself.

Key-words: Freedom of press; Freedom of expression; Censorship; Recession of liberal democracy.

Sumário: 1. Introdução; 2. Imprensa e recessão da democracia liberal: o papel da liberdade de expressão; 3. A censura a críticos e opositores no Brasil; 4. A criminalização da atividade jornalística a partir de 2019; 5. A instrumentalização da Lei de Segurança Nacional contra a imprensa; 6. Considerações finais; 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Ao longo da trajetória constitucional brasileira, é possível perceber que durante a maior parte do tempo houve presença de regimes autoritários, tendo em todos eles a censura à imprensa e às liberdades de expressão e comunicação desempenhado um papel fundamental na manutenção destes regimes. A liberdade de expressão e comunicação, como direito político constitucionalmente garantido, é conferida a todos os cidadãos como a liberdade de comunicar-se e expressar pensamentos e opiniões. Esta liberdade é, portanto, inerente à democracia, indispensável, pois funciona como um direito político primário, básico para os demais direitos, como o direito à participação esclarecida em processos eleitorais, a liberdade de imprensa e o direito à informação.

Para o presente trabalho, o termo liberdade de expressão e comunicação será adotado como sendo um sinônimo da soma de direitos, liberdades e garantias relativos à manifestação das ideias e difusão de informações e notícias. O exercício deste conjunto de liberdades, no seu papel fundamental de buscar e assegurar um pluralismo político, é, eventualmente, razão

de preocupação para governos e líderes autoritários, tendo em vista a realização de sua função fiscalizadora dentro da democracia. Neste sentido, é possível perceber um aparelhamento dos Regimes autoritários com legislações que possibilitam a repressão dentro de um legalismo autocrático, com verniz de legalidade para legitimar a atuação estatal.

Assim, com a Ditadura do Estado Novo (1937-1945), sob comando de Getúlio Vargas, a atuação do Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP), órgão criado por decreto presidencial em 1939, permitiu o estabelecimento de uma censura institucionalizada e ainda possibilitou a criação de uma estrutura pública de publicidade e propaganda do Governo, divulgando slogans e manifestações de apoio ao Presidente da República para uma promoção do seu Regime. Posteriormente, a Ditadura Militar (1964-1985) institucionalizou a censura por meio da Divisão de Censura e Diversões Públicas (DCDP), que ficou responsável pela realização de censura preventiva, repressiva e punitiva.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, com a vedação expressa à censura prévia e ampla proteção às liberdades de expressão e comunicação, bem como com o reconhecimento de não recepção constitucional de dispositivos autoritários da Lei de Imprensa, o problema da censura institucionalizada ocorrida em Regimes anteriores se mostrava superado. Entretanto, de acordo com o relatório publicado em 2021 pelo V-Dem Institute, desde 2019, a partir das eleições do Presidente da República Jair Bolsonaro, a censura pelo Governo e a hostilidade contra a mídia e a imprensa não apoiadora têm crescido significativamente.

Os atos praticados durante o Regime Militar contra a liberdade de expressão e comunicação eram essencialmente antidemocráticos e, por se tratar de um contexto de estado de exceção, não havia limites ao Poder Executivo, tampouco instituições para fiscalizá-lo ou limites constitucionais a serem observados. Sob o manto da nova ordem constitucional, e especificamente da Constituição Federal de 1988, tais atos passaram a ser considerados incompatíveis com o Regime Democrático estabelecido a partir de então. Por outro lado, como será abordado no presente artigo, o estabelecimento formal da censura prévia e a previsão de órgãos de controle ideológico da imprensa não são os únicos caminhos para minar a liberdade de imprensa.

Nesse sentido, através do presente artigo busca-se investigar a instrumentalização de

legislações que tipificam os crimes de opinião - tais como o Código Penal de 1940 e a Lei de Segurança Nacional de 1983 - a partir de 2019, momento em que, de acordo com relatórios do Instituto V-Dem e da ONG Artigo 19, iniciou-se um declínio dos índices relativos às liberdades de expressão no país. Assim, busca-se verificar se estas legislações têm sido instrumentalizadas para censurar de forma indireta e provocar uma autocensura à imprensa e jornalistas opositores ao Governo do Presidente Jair Bolsonaro, violando, portanto, as liberdades constitucionais de expressão e comunicação, essenciais à democracia.

2. IMPRENSA E RECESSÃO DA DEMOCRACIA LIBERAL: O PAPEL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Os regimes totalitários da primeira metade do século XX, bem como outros regimes autoritários ao longo da história, sempre tiveram uma relação controversa com a liberdade de imprensa. Por um lado, buscaram garantir uma máxima proteção aos seus apoiadores, que desempenhavam papel de fazer propaganda daqueles Governos, noticiando apenas os seus feitos e informando apenas o que fosse de seu interesse, e por outro, perseguiram, torturavam e assassinavam jornalistas críticos e opositores, e determinavam o fechamento de veículos não apoiadores. Assim, dos grandes eventos realizados pelo Ministro da Propaganda nazista, Joseph Goebbels, aos repetidos slogans ufanistas do Regime Militar do Brasil (1964 a 1985), a imprensa foi instrumentalizada por líderes autoritários, sendo o seu livre exercício, paradoxalmente, considerado uma ameaça à continuidade de seus Governos autoritários.

A partir do período pós-Segunda Guerra Mundial, a necessidade de proteger as bases das democracias tornou-se protagonista nos debates políticos e constitucionais, concretizando-se pela proteção ampla a garantias e liberdades por meio de tratados internacionais e no ordenamento jurídico doméstico. A preocupação com a proteção dos direitos humanos assim partiu da premissa da necessidade de uma não violação desses direitos ainda que diante de circunstâncias de crises ou de governos de maiorias menos tolerantes, e o direito à informação e a fiscalização dos atos do Poder Público, seriam o caminho para verificar se àqueles direitos são de fato protegidos.

Com o processo de declínio do socialismo na União Soviética e a expansão de uma hegemonia norte americana, entre 1975 e 2005, houve o aumento na quantidade de

democracias ao redor do mundo, quando cerca de 30% das nações independentes tinham um sistema considerado eleitoral democrático (DIAMOND, 2008). A chamada “terceira onda global de democratização” (HUNTINGTON, 1991, p. 4) se alinhava assim com a ideia de que o modelo de democracia liberal seria o exemplo ideal a ser seguido pelos demais países, e, ainda que funcionasse com crises inerentes ao sistema capitalista, as bases democráticas em si seriam suficientemente sólidas.

Os riscos à democracia liberal aparentemente somente se dariam diante de movimentos radicais e autoritários de tomada do poder, com rupturas institucionais aos moldes dos golpes militares que ocorreram na América Latina na segunda metade do século XX, mas ainda assim, as democracias liberais firmadas com bases constitucionais (URBINATI, 2019, p. 3) foram pensadas para evitar inclusive estes retrocessos autoritários. Assim, neste novo constitucionalismo democrático, nenhum governo poderia, de forma legítima e democrática, extinguir ou ameaçar a liberdade de comunicação e o direito à informação (FÉDER, 1987, p. 30). A liberdade de imprensa recebeu proteção já na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que incluiu no artigo 19³ um conjunto de liberdades de expressão, e dentre elas, o direito a não ser molestado pela opinião, e ainda, o direito a receber informações e poder difundi-las.

A liberdade de expressão e comunicação⁴, representa um conjunto de direitos e garantias que podem ser observados em duas dimensões: a primeira, de assegurar e buscar um pluralismo político, realizando uma função fiscalizadora do Estado na democracia; e a segunda, de um direito político e liberdade individual, conferido a todos os cidadãos como a liberdade fundamental de comunicar-se e expressar os pensamentos e as opiniões. Esta liberdade, neste sentido, de acordo com Robert Dahl (2012, p. 267), faz parte do próprio conceito de democracia, pois funciona como base para outros direitos fundamentais, como por exemplo o direito à participação esclarecida em processos eleitorais, a própria liberdade de imprensa e o direito à informação.

³ Artigo 19: Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.

⁴ Para o presente trabalho, o termo *liberdade de expressão e comunicação* é adotado como um sinônimo da soma de direitos, liberdades e garantias relativos à manifestação das ideias e difusão das notícias. (FARIAS, 2001. p. 44).

Assim, pode-se dizer que ao lado de outras garantias institucionais, a liberdade de imprensa é o que permite a formação de opiniões e de decisão sobre votos (URBINATI, 2019, p. 7), e, com a produção de notícias e informações, permite uma escolha livre e esclarecida, bem como a responsabilização dos governantes. A liberdade de imprensa, neste cenário, torna-se um problema para a manutenção e consolidação de regimes autoritários, que têm relação controversa com a imprensa e os veículos de comunicação, uma vez que, por um lado, promovem restrições antidemocráticas à parcela opositora e, por outro, conferem amplos direitos e instrumentalizam a parcela apoiadora como veículos de propaganda do Governo. Os que apoiam o Governo podem inclusive receber incentivos do Governo, ao passo que aqueles que são opositores e críticos são censurados e forçados a encerrar suas atividades.

Não há que se confundir as críticas à imprensa e os dissensos - que fazem parte da própria natureza das democracias liberais e representativas - com os ataques e ameaças institucionais que visam o comprometimento e até a extinção desta liberdade para os opositores do Governo. Ainda que não ocorra uma censura institucionalizada e declarada pelo Estado, estes atos podem levar aos mesmos resultados de redução de espaços para o exercício da liberdade de imprensa. Com isso, basta a ameaça de ataque aos grandes veículos da imprensa tradicional para que a mídia independente e os veículos menores entrem em alerta (LEVITSKY; ZIBLATT; 2018, p. 86), não se fazendo necessária a instituição de censura oficial pelo Estado, pois os próprios meios de comunicação, por receio de sofrerem ameaça semelhante, passam a se autocensurar.

Diante disto, no cenário de autocratização e recessão das democracias liberais, os atos praticados contra o exercício da liberdade de imprensa no Brasil a partir de 2019, como será visto a seguir, se distinguem daqueles praticados durante o Regime Militar, por meio de órgãos de censura oficiais⁵. Não se está agora diante de prisões ilegais e tortura de jornalistas, ou de censura prévia e institucionalizada, mas da redução dos espaços de atuação da imprensa e de diferentes formas de censura indireta dessa atividade. O estabelecimento

⁵ Neste sentido, destaca-se a atuação da DCDP (Divisão de Censura e Diversões Públicas) e do SCDP (Serviço de Censura e Diversões Públicas), órgãos que atuaram entre 1972 e 1988 controlando conteúdos midiáticos, subordinados à Polícia Federal. (BERG, 2002).

formal de mecanismos de silenciamento de opositores da imprensa não são, portanto, as únicas maneiras de realizar um controle político e ideológico desta atividade, sendo possível assim outras formas de minar a dimensão institucional (FARIAS, 2001, p. 8) da liberdade de expressão e de comunicação, comprometendo, em última instância, a própria democracia.

3. A CENSURA A CRÍTICOS E OPOSITORES NO BRASIL

Durante a Ditadura Militar de 1964, a censura a revistas e jornais ocorreu com base em dispositivos legais e atos institucionais, que serviam para dar uma aparência de legitimidade aos atos autoritários do Governo Federal, que se justificavam sempre por uma suposta ameaça ideológica. Neste sentido, a Lei de Imprensa desempenhou papel fundamental para a realização da censura institucionalizada e na perseguição da liberdade de expressão e comunicação na atividade de imprensa. Em seu art. 11, a lei previa que os jornais que não tivessem um registro prévio nos órgãos de controle seriam considerados clandestinos, e que também a circulação dos conteúdos por eles produzidos seria proibida (art. 2º), o que possibilitava que Estado fizesse intervenção ideológica na produção de informações e notícias.

Com os primeiros atos institucionais da Ditadura, oficializou-se a suspensão de direitos políticos e de garantias fundamentais como o habeas corpus (Ato Institucional n. 5) e a incomunicabilidade de presos – impedindo-os inclusive de acesso à defesa - por determinados delitos, o que permitiu uma série de prisões ilegais, torturas e desaparecimentos pelo Estado. Aliado a isso, criou-se um ambiente de relativização de outros direitos, dentre eles as liberdades de expressão e comunicação, que não abrangia a chamada “propaganda de subversão” (Ato Institucional n. 2), o que, na prática, significava qualquer manifestação que contrariasse os ideais do Regime.

Assim, a Ditadura prendeu ilegalmente, torturou presos e provocou o desaparecimento de pessoas e, ao mesmo tempo, censurou jornais e revistas que noticiassem e informassem à população o que ocorria em seus porões. As notícias, inclusive, poderiam resultar em prisões dos jornalistas responsáveis por crime contra a “segurança nacional”, pois representariam uma ameaça ao Regime. A Doutrina de Segurança Nacional, a partir do Decreto-lei 314, de 1969, possibilitou a prisão de jornalistas e repórteres por crime contra a

segurança nacional quando manifestassem opiniões e notícias sobre o Regime Militar (FÉDER, 1987, p. 70). Presos, muitos foram torturados e assassinados, apenas por expressarem as suas opiniões e noticiarem os atos da Ditadura.

De um lado, os veículos da mídia que realizassem propaganda do Governo e promovessem os seus feitos seriam protegidos e incentivados pelo Estado, inclusive como uma forma de corroborar uma aparência de liberdade de imprensa para os cidadãos⁶. Já a parcela da mídia que realizasse oposição ao Governo, era perseguida e censurada, proibida de publicar informações que não fossem favoráveis ao Regime. Não havia, portanto, liberdade de imprensa, mas tão somente a permissão para apoiar e fazer propaganda do Governo. Durante o Regime Militar no Brasil, órgãos de censura atuavam para uniformizar as informações que chegavam à população, realizando um controle ideológico autoritário e extinguindo as divergências, ao mesmo tempo em que fomentava a atuação de veículos de propaganda e de divulgação dos feitos do Regime.

Com o surgimento de formas de comunicação pela internet, como as redes sociais, ao lado das proteções conferidas pela Constituição de 1988, tornou-se praticamente impossível que o Estado exercesse o controle da atividade de imprensa como fazia anteriormente, uma vez que esses modelos, de “autocomunicação de massa” (CASTELLS, 2019, p. 20), permitem que um indivíduo, de forma simples e rápida, dissemine qualquer tipo de informação para uma quantidade indeterminada de pessoas. Não faz sentido, neste novo contexto, proibir a atuação de um jornal ou de uma revista, tradicional, ou censurar uma matéria, quando os próprios jornalistas podem se manter em espaços virtuais de atuação como nas redes sociais, e podem ainda denunciar a censura praticada, alcançando um número indeterminado de pessoas que podem inclusive replicar aquela notícia. Há, por outro lado, outras novas formas de restringir e censurar a liberdade de expressão, alcançando resultados semelhantes aos possibilitados pelas práticas anteriores.

De acordo com o levantamento feito pela ONG Artigo 19, em relação aos indicadores

⁶ Segundo observam Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, há um esforço de governos, que tentam subverter a democracia, de realizar seus feitos antidemocráticos por meios formalmente legais, aprovados pelo Legislativo e com aceitação pelos Tribunais, para manter uma aparência de democracia. Assim, muitos cidadãos não percebem a corrosão das bases democráticas, pois há manutenção formal de jornais e algumas instituições, e continuam acreditando que vivem sob uma democracia. (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 12)

de proteção à liberdade de expressão, o Brasil apresentou o maior declínio da América Latina em relação ao período de um ano em 2019 (ONG ARTIGO 19, 2021, p. 58). Quando o Presidente Jair Bolsonaro iniciou sua administração naquele ano, conforme foi apurado, iniciou-se um movimento de retração acentuado nas garantias à liberdade de expressão, apesar de não haver modificações quanto às previsões constitucionais que protegem esta liberdade. Ainda segundo o relatório citado, a partir de 2019 o Brasil deixou de ser classificado como “pouco restrito” e passou a ser classificado como “restrito” em relação à liberdade de expressão, o que, segundo a metodologia da pesquisa, considera não apenas os direitos e liberdades garantidos na legislação, mas o quanto de espaço há para o exercício da liberdade de expressão e comunicação de cidadãos, o acesso à informação e a possibilidade de responsabilização de autoridades (ONG ARTIGO 19, 2021, p. 8).

É possível identificar, de acordo com o relatório, pelo menos duas posturas recorrentes praticadas pelo Governo Federal e pelo Presidente da República (ONG ARTIGO 19, 2021, p. 63): primeiro, a promoção de desinformação, com supressão de dados públicos e maior dificuldade de acesso a informações do Estado e, paralelamente, ataques a jornalistas e veículos de comunicação. Segundo análise feita pelo Instituto V-Dem, a prática de censura indireta por parte do Governo Federal no Brasil, a forma hostil de lidar com os setores não apoiadores da mídia que não apoiam o Presidente Jair Bolsonaro têm crescido constantemente desde que assumiu o poder em 2019 (ALIZADA et al., 2021, p. 23). Além disso, os índices relativos à liberdade de expressão, mensurados numa escala de 0 a 4, eram de 3.86 de 2015, passando a declinar a partir do impeachment da ex-Presidenta Dilma Rousseff, atingindo 2.01 em 2020, o que, de acordo com a metodologia da pesquisa, significa que há prática de censura indireta e que há tentativas de censura diretas, mas limitadas a questões delicadas para o Governo⁷.

Outros estudos, como o realizado pela ONG internacional Repórteres Sem Fronteiras, denunciam que os atos de censura direta e indireta a jornalistas e veículos de comunicação são praticados pessoalmente pelos integrantes do Governo Federal. Somente durante o terceiro trimestre de 2020, a ONG registrou pelo menos 105 ataques diretos a

⁷ Indicador: Government Censorship Effort - Media; Período: 2010-2020. Brasil. Disponível em: <https://www.v-dem.net/en/analysis/VariableGraph/>

veículos e meios de comunicação praticados pessoalmente pelo Presidente da República, por seus filhos ou por ministros do seu Governo, principalmente pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública (ORGANIZAÇÃO, 2020). Além dos ataques aos veículos de imprensa, os jornalistas têm sofrido ataques diretos (pelo menos 22 naquele trimestre), que incluem ameaça de violência física praticada pelo Presidente da República pessoalmente (TEMÓTEO, 2020).

Alguns destes ataques a jornalistas e à imprensa genericamente – além dos discursos de violência, deslegitimação da atividade jornalística e disseminação de desinformação e *fake news* – têm ocorrido por meio da instrumentalização da legislação já existente e que permite a criminalização das opiniões quando estas ofendem a honra ou representam uma ameaça à segurança nacional. Apesar do caráter excepcional destas legislações, segundo a Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo (ABRAJI), é possível identificar um crescente “assédio judicial”, com a instrumentalização de processos judiciais abusivos contra jornalistas e veículos de comunicação, praticado por meio de ações promovidas por representantes do Estado, como o Ministério da Justiça e Segurança Pública, a Polícia Federal e a Procuradoria Geral da República, e também por políticos diretamente ligados à Presidência da República (TEIXEIRA, 2020).

Neste sentido, a redução dos espaços para o exercício da liberdade de imprensa representa uma realização reiterada de censura indireta aos jornalistas e aos veículos de comunicação, e não é feita através de um órgão censor oficial, como ocorria durante a Ditadura Militar, mas por meio de ameaças, aberturas de inquéritos que visam criminalizar as suas opiniões, discursos de deslegitimação da atividade de imprensa, e ainda, o estímulo à violência contra estes. No cenário de autocratização, a mera ameaça de ataque aos grandes veículos da imprensa tradicional já é suficiente para que a mídia independente, os veículos menores e os jornalistas individualmente entrem em alerta (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 86), não se fazendo necessária a instituição de censura pelo Estado, pois os próprios meios de comunicação, por receio, passam a se autocensurar.

4. A CRIMINALIZAÇÃO DA ATIVIDADE JORNALÍSTICA A PARTIR DE 2019

Desde 2018, ferramentas tecnológicas - como *bots*, *trolls* e outros mecanismos de

automação do envio de mensagens de massa - têm sido utilizadas para atacar e desqualificar jornalistas e os veículos de imprensa no Brasil (MELLO, 2020, p. 19), tendo sido utilizados principalmente no período das eleições presidenciais. Como visto anteriormente, os ataques à imprensa têm sido sistemáticos, ocorrendo por meio de xingamentos, acusações falsas, termos que buscam desqualificar os profissionais do jornalismo, entre outros, que são comuns nas falas do Presidente da República, dos seus filhos e dos Ministros de Governo, e têm provocado movimentos de autocensura destes jornalistas, que, diante dos ataques, passam a evitar atuar no mesmo sentido de antes.

A perseguição à opinião da oposição tem se mostrado um mecanismo de provocar, de forma indireta, uma censura à imprensa, sem que para tanto seja necessário fechar jornais, proibir o seu funcionamento ou prender os jornalistas, como ocorria com frequência durante a Ditadura Militar. Os ataques a estes jornalistas, por outro lado, não se restringem às ameaças e discursos de violência como mecanismo de perseguição, mas ocorrem também através da instrumentalização de ferramentas formalmente constitucionais para promover uma censura ideológica, a partir da prerrogativa de dispositivos legais que trazem exceções à proteção das liberdades de expressão e comunicação.

Estes dispositivos em si não são violadores destas liberdades, pelo contrário, buscam remediar ou punir os excessos cometidos a partir da liberdade de expressão, que tenham o condão de violar outros direitos, como a privacidade e a honra. No entanto, é possível verificar uma instrumentalização destes dispositivos que, sob a alegação de proteger outros direitos, buscam em verdade promover uma restrição à liberdade de expressão. Assim, sob a alegação do cometimento de excessos por parte de jornalistas, tem ocorrido a utilização de processos judiciais abusivos, que se baseiam em artigos do Código Penal e da Lei de Segurança Nacional, criados em contextos específicos, mas que têm sido utilizados contra opositores do Governo para que suas opiniões sejam retiradas de circulação.

De acordo com levantamento feito pela Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo (TEIXEIRA, 2020), até outubro de 2020 cerca de 46 processos⁸ com pedidos de retirada de conteúdo por alegações de injúria e difamação foram movidos por sete

⁸ Não é possível quantificar a quantidade de processos que existem neste sentido, pois parte destes processos tramitam em segredo de justiça ou em juizados especiais.

políticos que integram a base aliada do Presidente Jair Bolsonaro, dentre eles, o ex-ministro Abraham Weintraub. Esta judicialização por parte de integrantes e apoiadores do Governo Federal não ocorre de forma isolada e se dá em um contexto de mitigação das proteções constitucionais da liberdade de imprensa de profissionais que se opõem ou criticam o Governo, bem como da utilização de outros mecanismos de censura indireta.

A Organização Repórteres Sem Fronteiras aponta que, apesar de ser classificado como uma democracia eleitoral em processo acelerado de autocratização, o Brasil já possui índices relativos à liberdade de imprensa classificado como “situação difícil” na metodologia da pesquisa (ORGANIZAÇÃO, 2021a), assim como países como Rússia, Venezuela e Turquia. Segundo a pesquisa, em 2021 o Brasil atingiu o seu pior índice no ranking mundial de liberdade de imprensa desde o início da série histórica, encontrando-se atualmente na 111ª posição, atrás de países como a Hungria, que já é classificado como uma autocracia eleitoral pelo Instituto V-Dem (ALIZADA et al., 2021, p. 19).

Neste sentido, buscando assegurar garantias constitucionais aos jornalistas, a Associação Brasileira de Imprensa (ABI) propôs a ADPF 826 em abril de 2021, sob a alegação de que desde o ano de 2019, quando se iniciou o Governo do Presidente Jair Bolsonaro, o Ministério da Justiça e da Segurança Pública tem feito diversas requisições de abertura de inquéritos pela Polícia Federal com a finalidade de investigar jornalistas, tendo sido instaurados cerca de 77 entre 2019 e 2020, todos para investigar jornalistas que manifestaram-se contrários ao Governo Federal ou que de alguma forma publicaram críticas à sua atuação. Os inquéritos questionados pela ABI baseiam-se na Lei de Segurança Nacional e/ou nos dispositivos do Capítulo V do Código Penal, que prevê os crimes contra a honra, como calúnia, injúria e difamação.

Segundo a Associação, estes inquéritos buscam na realidade promover aquilo que ficou conhecido na jurisprudência norte-americana como um “*chilling effect*”. Buscam “esfriar” os debates que são inconvenientes do ponto de vista político e ideológico, e que não têm a intenção de necessariamente proibir a circulação do conteúdo alvejado ou punir quem se manifesta em determinado sentido. São, por exemplo, os inquéritos que buscariam somente desencorajar a publicação de conteúdos no mesmo sentido, provocando uma forma de autocensura em outros jornalistas, ou processos que acabam arquivados ou que o autor

desiste antes da decisão, mas provocam um temor em outros veículos de imprensa, que podem acabar desistindo de se manifestar e sofrerem as mesmas consequências. Assim, esses inquéritos e processos, que muitas vezes acabam sendo arquivados pelo Poder Judiciário sem sequer análise do mérito, têm promovido uma forma indireta de censura, significando uma ameaça aos que criticam o Presidente da República e o Governo Federal.

Estes instrumentos jurídicos, que têm sido utilizados como base para processos judiciais abusivos contra jornalistas têm um efeito de censura indireta e autocensura, que têm um efeito silenciador já reconhecido pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH, 1995). Neste sentido, em 2002 a CIDH publicou um relatório onde fixou o entendimento de que “a punição de qualquer tipo de expressão só pode ser aplicada em circunstâncias excepcionais em que exista uma ameaça evidente e direta de violência anárquica”, e que, além disso, as legislações que preveem ações que visam a proteção da honra contra a liberdade de expressão devem sempre garantir direito de retificação ou resposta pelo acusado, impedindo o uso abusivo ou coercitivo de sua utilização e também evitando de qualquer forma uma censura ideológica.

O que tem ocorrido no Brasil não observa os precedentes da CIDH, sendo possível identificar por parte do Governo Federal a utilização de instrumentos legais para cercear a opinião de opositores, e têm sido frequentes os inquéritos e processos judiciais contra manifestações de opiniões – por parte de jornalistas em veículos tradicionais ou mesmo outros profissionais em suas redes sociais – que contrariam os interesses do Governo ou que, de alguma forma, atacam o Presidente da República. Verifica-se assim o enquadramento por parte do Estado de tweets que durante a pandemia da COVID-19 acusaram o Presidente de genocida e de charges como se representassem ameaças à segurança nacional.

5. A INSTRUMENTALIZAÇÃO DA LEI DE SEGURANÇA NACIONAL CONTRA A IMPRENSA

Historicamente, o conceito do termo “segurança nacional” tem sido marcado por imprecisões, criando aberturas para o emprego do termo tanto para a proteção da soberania nacional diante de ameaças estrangeiras concretas, quanto para uma instrumentalização ideológica de temores ideológicos contra grupos opositores específicos, como as “ameaças

comunistas”, que nortearam a Doutrina de Segurança Nacional da Ditadura Militar. Apesar da indefinição do termo, a interpretação da Lei de 1983 deve ser conforme a Constituição Federal de 1988, e, portanto, o conceito de “segurança nacional” deve se submeter aos princípios democráticos, e não se confunde com uma proteção do Governo ou da ordem pública, se aproximando mais de uma interpretação de ameaça internacional à soberania (FRAGOSO, 1983, p. 61).

Anteriormente, em 1978, com a primeira Lei de Segurança Nacional (Lei n. 6.620), houve a criminalização da exposição de “notícias tendenciosas” que pudessem levar a população a se indispor com as autoridades⁹ que ocupavam o Governo na época, e outras manifestações opiniões desfavoráveis por parte de jornalistas opositores e críticos ao Regime Militar. O conjunto de normas previstos naquela legislação buscava consolidar o autoritarismo do Regime, e ficou conhecido como “Doutrina de Segurança Nacional”, que visava a relativização das garantias democráticas em detrimento da proteção da soberania nacional, contra uma suposta “ameaça comunista”. Historicamente, assim, a Lei de Segurança Nacional serviu ao propósito da Ditadura de tratar como uma ameaça ao país qualquer manifestação contrária aos seus interesses, promovendo censura de opositores e, especialmente, de jornalistas e profissionais de imprensa que discordavam dos atos do Governo.

Sob o pretexto de proteger a integridade nacional, estes jornalistas foram perseguidos, torturados, desaparecidos e mortos quando se manifestavam de forma contrária ao Regime, noticiando os seus atos ou quando discordavam do que estava ocorrendo. Quando presos, eram mantidos incomunicáveis, sem direito nem mesmo a conhecer as acusações, sem direito à defesa ou acesso a advogados, tendo sido a censura à chamada “propaganda subversiva” uma das prioridades do Regime Militar. A criminalização da opinião contrária aos ideais da Ditadura, assim, foi um dos mecanismos de permanência de seus governantes no poder, extinguindo espaços de críticas e oposições, uniformizando as

⁹ Artigo 14: Divulgar, por qualquer meio de comunicação social, notícia falsa, tendenciosa ou fato verdadeiro truncado ou deturpado, de modo a indispor ou tentar indispor o povo com as autoridades constituídas. Pena: detenção, de 6 meses a 2 anos. Parágrafo único. Se a divulgação provocar perturbação da ordem pública ou expuser a perigo o bom nome, a autoridade, o crédito ou o prestígio do Brasil. Pena: detenção, de 2 a 5 anos. (BRASIL, 1978.)

informações que circulavam no país.

Um dos instrumentos para atingir a oposição desde 2019 tem sido a utilização da Lei de Segurança Nacional, de 1983, para questionar judicialmente a liberdade de expressão de jornalistas, profissionais da imprensa, e outras pessoas por falas ou manifestações nas redes sociais contra o Governo ou contra o próprio Presidente. Por outro lado, a Advocacia Geral da União e o Ministério da Justiça saem em defesa de apoiadores do Governo, dentre eles, não apenas jornalistas, mas também youtubers e blogueiros. Em pesquisa realizada pelo site Brasil de Fato, apurou-se que entre os anos 2000 e 2020, a Lei de Segurança Nacional serviu de base para 155 inquéritos instaurados pela Polícia Federal, e desse total, 26% ocorreram somente nos primeiros 18 meses do Governo Bolsonaro (CARVALHO, 2020).

Dentre os casos de utilização da referida lei contra críticos e opositores do Presidente, o do jornalista Ricardo Noblat ganhou repercussão quando o Ministro da Justiça pediu que a Procuradoria Geral da República realize investigação contra o jornalista por violar a Lei de Segurança Nacional por ter veiculado uma charge em seu *Twitter* pessoal com imagem do Presidente fazendo alusão ao nazismo, associando-o a Hitler (UOL, 2020). De acordo com o Ministério da Justiça e da Segurança Pública, a abertura do inquérito se basearia no artigo 26 da Lei de Segurança Nacional, e o conteúdo da charge publicado pelo jornalista seria crime por imputar fato ofensivo à reputação do Presidente da República¹⁰, mas o processo foi arquivado, em decisão que concluiu que o mero fato de se tratar do Presidente da República não é suficiente à caracterização de crime ou ameaça à segurança nacional (VITAL, 2021).

Um dos casos arquivados que também se baseava no artigo 26 da Lei de Segurança Nacional foi o do jornalista Hélio Schwartsman, investigado por publicar uma matéria com o título “por que torço para que Bolsonaro morra”¹¹ no Jornal Folha de São Paulo, que

¹⁰ Artigo 26: Caluniar ou difamar o Presidente da República, o do Senado Federal, o da Câmara dos Deputados ou o do Supremo Tribunal Federal, imputando-lhes fato definido como crime ou fato ofensivo à reputação. Pena: reclusão, de 1 a 4 anos. Parágrafo único - Na mesma pena incorre quem, conhecendo o caráter ilícito da imputação, a propala ou divulga.

¹¹ A matéria não foi retirada do ar, e o Superior Tribunal de Justiça determinou o arquivamento do inquérito, no Habeas Corpus 607.921. Artigo disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/helioschwartzman/2020/07/por-que-torco-para-que-bolsonaro-morra.shtml>

também é alvo frequente de ataques do Governo Federal¹². Assim, tornaram-se comuns os inquéritos para investigar matérias jornalísticas e até mesmo publicações no *twitter*, quando contrários a posicionamentos ou atuações do Presidente da República, sob o pretexto de que as críticas ofenderiam a sua reputação e, portanto, ameaçariam a “segurança nacional”.

A interpretação do que significa o termo “segurança nacional”, assim como ocorreu durante o Regime Militar, tem sido utilizada desde 2019 como pretexto para proteger a “segurança do Governo”, criando diversas exceções à proteção constitucional da liberdade de expressão e comunicação, ocasionando episódios de censura ideológica aos opositores do Governo, apesar da vedação constitucional a esta forma de censura, mas no contexto de um legalismo autocrático, que, ao lado de outros mecanismos de perseguição à opinião, tem resultado no comprometimento do exercício deste conjunto de liberdades de expressão no Brasil.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No primeiro dia de 2019, no evento de posse do Presidente eleito Jair Bolsonaro, verificou-se o seu primeiro ato contra a imprensa: acesso restrito no acompanhamento da cerimônia, circulação limitada, condições de trabalho inviáveis para os jornalistas e proibição de entrevista às autoridades presentes (JPS/LUSA/OTS, 2018). Cada jornalista teria direito de acesso apenas a um dos três locais de cerimônia de posse, e a localização de cada um foi previamente determinada, de maneira discricionária, pela Secretaria de Comunicação da Presidência (BENITES, 2019). As condições de trabalho estabelecidas para a cobertura da posse do Presidente eleito impediam inclusive o acesso dos jornalistas a água, criando um ambiente hostil à realização daquele trabalho.

Por outro lado, emissoras que declaravam apoio ao então candidato tiveram acesso privilegiado aos locais do evento, podendo fazer uma cobertura com melhores condições. As medidas adotadas já na cerimônia de posse nunca tinham ocorrido no país antes em nenhuma das posses presidenciais desde 1985, e já sinalizavam como se desenharia a relação entre o

¹² De acordo com o levantamento feito pela Organização Repórteres Sem Fronteiras, o Grupo Folha foi o segundo veículo de comunicação mais atacado entre 2020 e 2021, tendo registrado pelo menos 44 ataques, ficando atrás apenas do Grupo Globo, que registrou 76 ataques no mesmo período. (ORGANIZAÇÃO, 2021b)

Governo do Presidente Jair Bolsonaro e o setor da imprensa não apoiadora dali em diante: desde a posse como Presidente da República, a postura adotada foi a de colocar a imprensa e os jornalistas como inimigos do povo se mantêm.

O pluralismo político, consagrado no texto da Constituição Federal de 1988, representa um dos pilares do constitucionalismo democrático brasileiro. A garantia de ampla participação política, acesso à informação e a diversidade de partidos políticos, representa um avanço constitucional fundamental em relação ao autoritarismo que marcou a Ditadura Militar de 1964 a 1985. Apesar de a relação entre os partidos políticos ser por vezes conflituosa, as divergências políticas devem sempre fazer parte do jogo político e da dinâmica institucional. Discursos de destruição do opositor político, intolerância e apelo ao autoritarismo, entretanto, tem ganhado cada vez mais espaço no cenário de polarização partidária no processo de autocratização e recessão da democracia no Brasil, e o diálogo acaba dando lugar às ameaças.

Não há, neste sentido, que se falar em garantias democráticas quando não há a garantia de espaço de expressão inclusive aos opositores políticos: a liberdade de expressão e comunicação a todos é inerente à própria democracia. Somente quando este conjunto de liberdades é tutelado é possível à sociedade exercer uma fiscalização dos governantes e das agendas do Estado, e ainda, ter garantido o acesso à informação e a diferentes opiniões. Um Estado que garante liberdade de expressão e comunicação apenas aos apoiadores está, na realidade, permitindo apenas a propaganda de Governo, e não a liberdade democrática.

Há uma manutenção das garantias e previsões da Constituição Federal de 1988, e a partir de 2019 não é possível identificar uma estratégia para, por exemplo, acabar com a proteção constitucional às liberdades de expressão e comunicação, ou criar órgãos governamentais de censura e controle ideológico. No entanto, é possível identificar que há uma instrumentalização de dispositivos legais para minar esta garantia para que especificamente os críticos e opositores do Governo não possam se expressar livremente. Aos apoiadores, por outro lado inclusive, há uma defesa de que estes exerçam sua liberdade de forma absoluta, sem impedimentos nem mesmo pela vedação a crimes de injúria e discurso de ódio (REDAÇÃO, 2020).

Neste sentido, de acordo com a ONG Artigo 19, no seu relatório divulgado em 2020,

o Brasil foi o país que apresentou o maior declínio em relação à análise global sobre a liberdade de expressão e comunicação, passando a ser considerado como “em crise” a partir do período 2018-2019 (ONG ARTIGO 19, 2020b, p. 22). De acordo com o monitoramento sobre a violência contra a imprensa (ONG ARTIGO 19, 2020a), realizado pela ONG Artigo 19, somente nos primeiros 20 meses de mandato do Presidente da República Jair Bolsonaro, ocorreram cerca de 449 ataques contra jornalistas por parte do Governo Federal ou de agentes políticos diretamente relacionados a ele, tendo sido 102 cometidos pessoalmente pelo Presidente.

Dentre os principais mecanismos de violência contra a imprensa revelados pela pesquisa, 189 consistiram na propagação de “discurso estigmatizante sobre a mídia”, onde 59% foram de acusação de disseminação de notícias falsas, sem que fosse, no entanto, indicado qual notícia seria falsa, ou qual seria a fonte confiável para verificação dos dados, o que leva a uma confusão entre o que seria “fake news” e o que seria uma atividade jornalística de oposição. Quando a imprensa deixa de exercer livremente o seu papel de fiscalizar o Estado, e passa a ser legitimada somente quando faz propaganda do “líder do povo”, com a diminuição dos espaços de liberdade de expressão e comunicação pelo Presidente da República, resta às instituições o papel de guardiãs dessa garantia fundamental à democracia liberal.

Confirma-se assim a hipótese de que a redução dos espaços de liberdade de imprensa busca atingir especificamente o exercício desta liberdade pela oposição, e que a censura aos veículos de comunicação ocorre de maneira indireta, sem deixar de existir a liberdade, mas com o seu exercício comprometido. O que se ataca, portanto, não é a liberdade de expressão e comunicação em si, mas quem a exerce e de que maneira. E para realizar este ataque, há uma instrumentalização de um legalismo autoritário, através de processos judiciais abusivos que, na prática, resultam em violações a preceitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, não se verifica a ocorrência de ataques da mesma forma que ocorreu no passado em Regimes Ditatoriais, mas o confronto com a parcela da imprensa que se opõe e/ou critica o Governo Federal e o Presidente da República, utilizando uma retórica de violência e também a utilização de instrumentos legais, como a crescente utilização da Lei

de Segurança Nacional, em sua versão de 1983, para investigar opositores, ou ainda, os crimes contra a honra previstos no Código Penal, que podem levar à redução dos espaços de imprensa, por meio de censura indireta ou de autocensura, violando ao final o conjunto de liberdades constitucionais de expressão e comunicação.

7. REFERÊNCIAS

ALIZADA, Nazifa. GASTALDI, Lisa. GRAHN, Sandra. HELLMEIER, Sebastian. LÜHRMANN, Anna. MAERZ, Seraphine F. LINDBERG, Staffan I. HINDLE, Garry. **Democracy Report 2020 - Autocratization Surges—resistance Grows**. Gothenburg: V-Dem Institute, mar. 2020. Disponível em: https://www.v-dem.net/media/filer_public/f0/5d/f05d46d8-626f-4b20-8e4e-53d4b134bfc/democracy_report_2020_low.pdf.

ALIZADA, Nazifa. COLE, Rowan. GASTALDI, Lisa. GRAHN, Sandra. HELLMEIER, Sebastian. KOLVANI, Palina. LACHEPELLE, Jean. LÜHRMANN, Anna. MAERZ, Seraphine F. PILLAI, Shreeya. LINDBERG, Staffan I. **Democracy Report 2021 - Autocratization Turns Viral**. Gothenburg: V-Dem Institute, mar. 2021. Disponível em: https://www.v-dem.net/media/filer_public/c9/3f/c93f8e74-a3fd-4bac-adfd-ee2cfbc0a375/dr_2021.pdf.

BENITES, Afonso. **Cerimonial da posse de Bolsonaro impõe série de restrições a jornalistas**. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/12/31/politica/1546277389_982663.html.

BERG, Creuza. **Mecanismos do Silêncio**: expressões artísticas e censura no regime militar (1964-1984). São Carlos: Edufscar. 2002.

BRASIL. **Lei nº 6.620, de 1978**. Brasília, Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6620-17-dezembro-1978-365788-publicacaooriginal-1-pl.html>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Adpf nº 130**. Brasília, 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>.

CARVALHO, Igor. **Em 20 anos, o Brasil instaurou 155 inquéritos usando a Lei de Segurança Nacional**: durante os 18 meses do governo de Jair Bolsonaro, foram instaurados 26% dos processos. 2020. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/06/26/em-20-anos-brasil-instaurou-155-inqueritos-usando-a-lei-de-seguranca-nacional>.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura**: A crise da democracia liberal. São Paulo: Zahar, 2019.

Tradução de Joana Angélica d'Avila Melo.

CIDH, Relatório sobre a compatibilidade entre as leis de desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, **OEA**, fev. 1995, 197-212. Disponível em: https://cidh.oas.org/annualrep/2002port/vol.3m.htm#_ftnref13

DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: Editora Wmf Martins Fontes, 2012. Tradução de: Patricia de Freitas Ribeiro.

DIAMOND, Larry. **The Spirit of Democracy: The Struggle to Build Free Societies Throughout the World**. Nova York: Times Books, 2008.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. 2001. 287 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

FÉDER, João. **Crimes da Comunicação Social**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. A Nova Lei de Segurança Nacional. **Revista de Direito Penal de Criminologia**, n. 35, p. 60-69, jan./jun. 1983.

JPS/LUSA/OTS. **Imprensa terá circulação restrita na posse de Bolsonaro**. 2018. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/imprensa-ter%C3%A1-circula%C3%A7%C3%A3o-restrita-na-posse-de-bolsonaro/a-46910636>.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. São Paulo: Zahar, 2018. Tradução de: Renato Aguiar.

MELLO, Patrícia Campos. **A máquina do ódio: notas de uma repórter sobre fake news e violência digital**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

ONG ARTIGO 19. **Atualizando a censura: violência contra jornalistas e veículos de comunicação**. violência contra jornalistas e veículos de comunicação. 2020-a. Documento de Análise - Setembro de 2020. Disponível em: https://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2020/09/AnaliseViolacoesJornalistas_set2020.pdf.

ONG ARTIGO 19. **The Global Expression Report 2019/2020: The state of freedom of expression around the world**. Londres: Free World Centre. out. 2020-b, p.22. Disponível em https://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2020/10/GxR_Final_DigitalVersion_19Oct2020.pdf.

ONG ARTIGO 19. **The Global Expression Report 2020/2021: The state of freedom of expression around the world**. Londres: Free World Centre. jul. 2021. Disponível em: <https://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2021/08/A19-GxR-2021-FINAL.pdf>.

ORGANIZAÇÃO, Repórteres Sem Fronteiras. **Um ano sombrio para a liberdade de imprensa no Brasil**: 580 ataques contra a mídia em 2020. 2020. Disponível em: <https://rsf.org/pt/relacoes/um-ano-sombrio-para-liberdade-de-imprensa-no-brasil-580-ataques-contramidia-em-2020>.

ORGANIZAÇÃO, Repórteres Sem Fronteiras. **Ranking mundial da liberdade de imprensa**. 2021a. Disponível em: <https://rsf.org/pt/o-ranking-mundial-da-liberdade-de-imprensa>.

ORGANIZAÇÃO, Repórteres Sem Fronteiras. **Imprensa brasileira, verdadeiro saco de pancadas da família Bolsonaro**: uma tendência que se intensifica em 2021. 2021b. Disponível em: <https://rsf.org/pt/relacoes/imprensa-brasileira-verdadeiro-saco-de-pancadas-da-familia-bolsonaro-uma-tendencia-que-se>

REDAÇÃO. **Bolsonaro defende alvos de operação contra fake news: 'São pessoas de bem'**. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/05/28/bolsonaro-defende-alvos-de-operacao-contrafake-news-sao-pessoas-de-bem.htm>.

TEIXEIRA, Pedro. **Deputada Bia Kicis move ao menos 11 ações judiciais contra jornalistas e comunicadores**. 2020. Disponível em: <https://www.abraji.org.br/noticias/deputada-bia-kicis-move-ao-menos-11-acoes-judiciais-contrajornalistas-e-comunicadores>.

TEMÓTEO, Antônio. **Bolsonaro diz a repórter: 'Minha vontade é encher tua boca com uma porrada'**. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/08/23/bolsonaro-diz-a-reporter-vontade-que-tenho-e-enchersua-boca-de-porrada.htm>.

URBINATI, Nadia. **Me the people**: how populism transforms democracy. Cambridge: Harvard University Press, 2019.

VITAL, Danilo. **Charge satirizando Bolsonaro não atrai incidência da LSN, diz juíza do DF**. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-26/juiza-arquiva-inquerito-noblat-charge-bolsonaro2>.

Data da submissão: 22/11/2021
Data da primeira avaliação: 23/11/2021
Data da segunda avaliação: 08/12/2021
Data da aprovação: 08/12/2021

**DISCURSO DO ÓDIO: UM ESTUDO A PARTIR DA GARANTIA À LIBERDADE
DE EXPRESSÃO E SEUS LIMITES***DISCOURSE OF HATE: A STUDY BASED ON THE GUARANTEE OF FREEDOM OF
EXPRESSION AND ITS LIMITS***Lucas Catib de Laurentiis¹****Thaís Marie Sueno Toda²**

RESUMO: O trabalho aborda a polêmica dos discursos do ódio e o seu tratamento diante da necessidade de se garantir a liberdade de expressão, ao lado da dignidade humana dos diferentes grupos sociais. Para tanto, é realizado um estudo comparado do direito norte-americano e brasileiro em relação à proteção desse direito conforme sua legislação interna e internacional. Em seguida são apresentadas as concepções a respeito do discurso odioso contra as minorias. Além disso, o texto aborda a compreensão do judiciário brasileiro sobre a questão, analisando de modo crítico a atuação do Supremo Tribunal Federal para, assim, propor o melhor caminho para se harmonizar a livre manifestação do pensamento com a necessidade de se suprimir qualquer ato de discriminação e intolerância. Em termos metodológicos, o trabalho adota o procedimento analítico e dogmático para desenvolver a exposição. Como resultado se chega à conclusão de que os parâmetros utilizados no direito brasileiro para a proibição do discurso de ódio são insatisfatórios, resultando disto a constatação da necessidade de serem construídos mecanismos alternativos de controle do discurso extremista.

Palavras-chave: Discursos do ódio; Liberdade de expressão; Discriminação.

ABSTRACT: The paper addresses the controversy of hate speeches and their treatment given the need to guarantee freedom of expression, alongside the human dignity of different social groups. Therefore, a comparative study of US and Brazilian law is carried out in relation to the protection of this right according to its domestic and international legislation. Then, the conceptions regarding the hateful speech against minorities are presented. In addition, the text addresses the understanding of the Brazilian judiciary on the issue, critically analyzing the performance of the Supreme Court in order to propose the best way

¹ Doutor em direito pela Universidade de São Paulo. Professor de direito constitucional da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas), Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas (CCHSA) e coordenador do mestrado em direito da PUC-Campinas. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2294492760875997> ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5596-6695> E-mail: lucas.laurentiis@gmail.com.

² Formada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). Especialista em Direito Penal Econômico pela Escola Paulista da Magistratura (EPM). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7039311186445549> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8679-7350> E-mail: thaismarie@ymail.com.

to harmonize the free expression of thought with the need to suppress any act of discrimination and intolerance. In methodological terms, the work adopts the analytical and dogmatic procedure to develop the exhibition. As a result, the conclusion is reached that the parameters used in Brazilian law for the prohibition of hate speech are unsatisfactory, resulting in the realization of the need to build alternative mechanisms to control extremist speech.

Key-words: Hate speeches; Freedom of expression.; Discrimination.

Sumário: 1. Introdução; 2. Liberdade de expressão no direito norte americano; 3. Liberdade de expressão à luz da Constituição Federal de 1988; 4. Limites constitucionais à liberdade de expressão; 5. Discurso do ódio - conceito e casos; 6. Considerações Finais; 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A circulação de informações nunca foi tão intensa. Ideias, expressões e pensamentos são compartilhados com velocidade instantânea e, por isso mesmo, os destinatários das mensagens são atingidos imediatamente por elas. Neste cenário o debate público e o enfrentamento de ideias ocorrem a todo instante pelos variados meios de comunicação existentes. Com isso, a discussão a respeito do direito à liberdade de expressão de cada indivíduo aufere ainda maior importância. É cada vez mais necessário, portanto, que o direito – sobretudo o direito constitucional – estabeleça uma reflexão acerca da real possibilidade de o Estado restringir e regulamentar a liberdade de expressão. Mais do que isso, faz-se necessário verificar essa atividade estatal pode, de alguma forma, impedir que certas ideias ou expressões sejam veiculadas, o que implica analisar a questão da possibilidade de censurar determinadas expressões em determinadas situações, diante do contexto político-social de um dado país.³

Para analisar esse tema, este trabalho abordará em um primeiro o direito norte-americano à liberdade de expressão, apresentando os parâmetros da proteção constitucional existente deste país, bem como as principais decisões judiciais referentes ao tema, para em

³ Há intensa produção acadêmica a esse respeito no Brasil e no exterior. No que diz respeito ao direito brasileiro, podem ser citadas as seguintes contribuições: STROPPA; ROTHENBURG, 2015, p. 450-468; SARMENTO, 2006, p. 207-256 (ambos argumentando que conflitos envolvendo a liberdade de expressão e a proteção de outros direitos fundamentais devem ser resolvidos com base na ponderação de princípios, ou interesses, constitucionais); SCHÄFER; LEIVAS; SANTOS, 2015, p. 143-158 (analisando as implicações dos discursos de ódio para o mandato político-parlamentar); MARTINS, 2012, p. 212-238 (afirmando que não cabe ao estado valorar a verdade ou falsidade de conteúdos a expressão, mesmo que ela seja radical ou odiosa).

um segundo momento assim adentrar ao Estado brasileiro. O referencial teórico do trabalho será, desta forma, extraído do direito comparado, sobretudo do direito norte-americano, país que tem uma tradição mundialmente reconhecida na análise e aplicação do direito fundamental à liberdade de expressão.

A segunda parte se incumbiu de demonstrar os limites que o sistema jurídico brasileiro impõe sobre o direito à liberdade de expressão, além de apresentar a controvérsia em relação ao discurso do ódio. É alcançada, dessa forma, a questão central desse trabalho. Seria este um limite à liberdade de expressão que autorizaria uma censura estatal? Com o intuito de apresentar possíveis soluções essa problemática, são identificados os principais argumentos favoráveis e contrários ao discurso do ódio. Enfim, o trabalho apresenta uma forma constitucionalmente fundamentada e dogmaticamente coerente de enfrentar os problemas causados pelos discursos radicais.

Nesse sentido, o texto apresenta dupla contribuição para o debate atual a respeito dos limites da liberdade de expressão. Utilizando-se de metodologia analítica e dogmática, ele apresenta os contornos constitucionais deste direito, o que contribui com o esclarecimento dos atores jurídicos que lidam com este tema. Esta opção metodológica se justifica tendo em vista o objetivo do trabalho de aprofundar, de forma analítica e crítica, os argumentos e teses que permeiam o debate da proibição do discurso de ódio. Por outro lado, utilizando-se do método de análise empírico, por meio do qual foi realizada uma pesquisa documental que tem por base a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o texto problematiza conclusões apressadas e fáceis, que simplesmente excluem do âmbito de proteção da liberdade de expressão toda e qualquer expressão. Pretendemos, com isso, demonstrar que tais conclusões geram graves problemas no que diz respeito à proteção constitucional da liberdade de expressão, sobretudo porque tendem a desconsiderar os efeitos silenciadores que a possibilidade de censura pode causar.

2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO DIREITO NORTE AMERICANO

1791. Neste ano teve início à extraordinária proteção aos direitos individuais do cidadão americano, com a introdução da conhecida *Bill of Rights* em sua ordem jurídica. Dentre os direitos fundamentais nela consagrados, a liberdade de expressão veio prevista

logo no texto da Primeira Emenda, ao lado da proteção de direitos como a liberdade de religião, a liberdade de reunião e o direito de fazer petições ao governo com o intuito de reparar agravos. Diz o texto da Primeira Emenda da Constituição norte-americana “O Congresso não deve fazer leis a respeito do estabelecimento de uma religião, ou proibindo o seu livre exercício; ou diminuir a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou sobre o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de peticionarem ao Governo para a reparação por agravos.”⁴

Desta forma, a princípio, estaria o Poder Legislativo, representado pelo Congresso americano, impedido de restringir qualquer espécie de expressão, devendo se abster de editar leis regulamentando a sua liberdade, bem como a de imprensa, de maneira que, conseqüentemente, a reduzisse. Mas este texto sempre foi interpretado de forma ampliada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, para quem o Poder executivo e também os Estados federados devem respeito e estão vinculados ao *Bill of Rights*.⁵

Quanto ao modo de interpretar esta disposição, a história da liberdade de expressão nos Estados Unidos é marcada pela divisão entre duas concepções. Cass R. Sunstein observou que a ideia de um “absolutismo” da Primeira Emenda, conhecida também como teoria libertária (SUNSTEIN, 2008, p. 258-260), imperou por algum tempo no Direito Constitucional norte americano. Para esta posição o governo não pode, de qualquer forma, restringir as liberdades de expressão e de imprensa, sendo um direito à proteção contra o governo, de natureza negativa.⁶ Qualquer tentativa de regulamentação deste direito pelo governo caracterizaria, portanto, uma violação da liberdade de expressão. A proteção de tal direito fundamental não faz qualquer tipo de distinção entre os discursos, de maneira que não é permitido excluir expressões do âmbito de incidência do direito. Em consequência

⁴ Tradução livre do original: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”.

⁵ Na jurisprudência: *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652. Na literatura constitucional, no mesmo sentido: STONE, 2008, p. 273-300.

⁶ Nas palavras do juiz da Suprema Corte, Hugo Black, “the phrase ‘Congress shall make no law’, is composed of plain words, easily understood” (*Konigsberf v State Bar of Cal*, 366 U.S. 36, 61. Dissertando a respeito de tal interpretação da primeira emenda: EMERSON (1963, s.p.), que afirma que “The command of the first amendment is “absolute” in the sense that “no law” which “abridges” “the freedom of speech” is constitutionally valid”.

disso, é possível perceber que o direito não se limita às expressões políticas tão valorizadas no liberalismo estadunidense, estendendo-se também a arte, literatura, ciência, e, inclusive, as declarações neonazistas, racistas e até mesmo pornográficas.⁷

O fundamento de tal teoria seria que, ao permitir uma restrição à liberdade em determinada hipótese, estaria se conferindo uma abertura, sem limites precisos, a novas outras exceções. O conflito entre princípios, com aplicação da regra da proporcionalidade, portanto, não tem espaço em uma discussão sobre liberdade de expressão e qualquer espécie de intervenção estatal estaria eivada de ilegitimidade, sem possibilidade de justificação constitucional. Ronald Dworkin apresentou duas justificativas dessa forma de pensar, por ele denominadas de teorias instrumental e constitutiva. Segundo a primeira concepção, a liberdade de expressão deve ser preservada não para a garantia de um direito fundamental transindividual, ou para a proteção da sua liberdade frente ao Estado, mas sim para a proteção e bem-estar coletivo. O foco, neste caso, não é o indivíduo, mas sim a sociedade.⁸ O autor assim exemplifica eventuais efeitos positivos a que tal direito poderia proporcionar, tais como a proteção da democracia e do poder de autogoverno do povo e a luta contra a corrupção e a incompetência do governo.⁹

Entretanto, ao analisar a justificação instrumental e suas expectativas, resta evidente sua restrição da proteção dentre as modalidades de discurso, com preocupação quase que exclusiva somente da expressão política. O uso exclusivo dessa forma de justificativa, por conseguinte, se torna insustentável para defender a aludida ideia de um “absolutismo” da liberdade de expressão. Para se atingir uma explicação plena em relação ao complexo direito discutido é necessário conciliar a justificativa apresentada, com a defendida por Dworkin, denominada de constitutiva. De acordo com essa teoria, a defesa da liberdade de expressão é um importante instrumento na garantia da responsabilidade moral do cidadão, sendo este um aspecto inerente à formação de uma sociedade justa e de um Estado legítimo.

⁷ Comentando a polêmica jurisprudência norte americana, que em certas situações inclui no âmbito de proteção da Liberdade de expressão até mesmo o consumo de pornografia infantil: EMPT, 2002, p. 613-620.

⁸ De forma similar, mas denominando essa forma de fundamentar a liberdade de expressão de teoria do autogoverno: POST, 2001, p. 2355-2374.

⁹ Nas palavras de Dworkin: “Segundo essas diversas concepções instrumentais, o compromisso especial dos Estados Unidos com a liberdade de expressão se baseia na adoção de uma estratégia especial por parte do país, uma espécie de aposta coletiva na ideia de que, a longo prazo, a liberdade de expressão nos fará mais bem do que mal”. (DWORKIN, 2006, p. 319).

Esse seria um elemento determinante na manutenção de uma sociedade norte-americana, que está fundamentada na confiança do Estado na capacidade de autodeterminação da sociedade. Trata-se, portanto, de permitir que os seus cidadãos, os quais determinam a própria escolha de governo, sejam livres para ouvir opiniões divergentes, convicções referentes ao mais variado conteúdo, independentemente de censura. Nessa linha de ideias cabe aos cidadãos, não ao Estado, discernir qual a melhor forma de reprimir manifestações políticas e ideológicas racistas ou radicais.¹⁰ E o ouvinte a quem se dirigem tais mensagens é visto como agente moral responsável, que tem a capacidade de formular o seu próprio juízo de valor a respeito da validade de toda e qualquer expressão veiculada em público. Enfim, cabe somente a este agente moral reprimir o discurso de ódio, sem qualquer intervenção ou censura prévia do Estado e de seus agentes.¹¹

Em contrapartida, existe a concepção da liberdade de expressão que prega a necessidade de uma regulamentação razoável. Os partidários dessa forma de pensar resguardam a importância do Estado na manutenção de uma sociedade civilizada, sendo admitido que aquele realize as providências cabíveis em hipótese de discursos abusivos, atos esse que não estariam acobertados pela proteção constitucional garantida pela Primeira Emenda. Desta forma, reduz-se a área de proteção deste direito fundamental, o qual não abarcaria toda e qualquer forma de expressão e conteúdo e, em consequência disto, também se vê aceitável a ponderação da liberdade de expressão para solucionar a concorrência entre direitos fundamentais distintos.¹²

O sistema de ampla liberdade de expressão está vigente nos Estados Unidos desde a introdução da Emenda sob análise em sua Constituição, com a sua concepção de democracia; de maneira que a teoria libertária, primeiramente apresentada, sempre ocupou posição de destaque nesta discussão, demonstrada principalmente pela clássica decisão no caso *New York Times vs. Sullivan*¹³ de 1964, que aborda a discussão sobre a reparação dos danos

¹⁰ Com argumentos similares, defendendo que cabe à sociedade e não ao estado a responsabilidade de conduzir o debate público de ideias: MASING, 2012, p. 585-592.

¹¹ Na formulação de Meiklejohn a respeito de tal fundamentação da liberdade de expressão: “Self-government can exist only insofar as the voters acquire the intelligence, integrity, sensitivity, and generous devotion to the general welfare that, in theory, casting a ballot is assumed to express” (MEIKLEJOHN, 1961, p. 245-266).

¹² Para uma defesa dessa visão fundamentada em ideias defendidas pelo movimento feminista, ver: LEVIN, 2009, p. 357-373.

¹³ *New York Times Co. vs. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

decorrentes de publicações. Ocorre que, com a proliferação de discursos manifestadamente odiosos, surge a necessidade de se repensar o sistema contemporâneo de liberdade de expressão estadunidense, de maneira que a possibilidade da regulamentação razoável deste direito passa a ser relevante para a discussão das novas controvérsias.

Importante decisão neste sentido se deu início a uma consolidação da indispensabilidade de flexibilização pela Suprema Corte, ocorreu em 1942, no julgamento do caso *Chaplinsky vs. New Hampshire*¹⁴, no qual se decidiu pela exclusão de “palavras de guerra” (*Fighting Words*) da proteção conferida pela Primeira Emenda. Em 1952 reiterou-se a possibilidade de mitigação da liberdade de expressão no julgamento do caso envolvendo a questão do *hate speech*, no julgamento do caso *Beauharnais vs. Illinois*¹⁵. A discussão se deu em torno de uma lei estadual de Illinois que proibia qualquer publicação em espaço público que representasse, negativamente, a “depravação, criminalidade, falta de castidade ou de virtude” de determinado grupo social, identificado pela raça, cor, credo ou religião, de maneira a expor seus integrantes ao desprezo ou capaz de implicar em desordem e perturbação da paz. O juiz Frankfurter, falando pela maioria, apoiou a constitucionalidade da citada lei, em detrimento da liberdade de expressão, mantendo a condenação criminal de Joseph Beauharnais, que havia realizado difamação coletiva ao promover uma manifestação em Chicago contra a miscigenação racial de brancos com negros, acusando esses últimos de terem praticado atos como estupros, agressões, roubos, entre outros crimes.

Há ainda uma outra categoria de discurso, que teve negada a sua proteção pela Corte Americana ao julgar o caso *Miller vs. Califórnia*¹⁶, em 1973. O réu Miller foi acusado e condenado por distribuir material obsceno ao conduzir uma campanha para anunciar a venda de livros de pornografia. Na decisão, a maioria dos juízes mantém a condenação, sob o argumento de que expressões consideradas obscenas não têm amparo constitucional. Entretanto, frisa-se a necessidade de se avaliar o conteúdo a fim de verificar se este pode ser qualificado como tal, ou seja, se apela para o interesse lascivo do sexo. A expressão proibida é, neste sentido, aquela com conteúdo sexual explícito e com intensão patentemente

¹⁴ *Chaplinsky vs. State of New Hampshire*, 315 U. S. 568 (1942).

¹⁵ *Beauharnais vs. Illinois*, 343 U. S. 250 (1952).

¹⁶ *Miller vs. California*, 413 U.S. 15 (1973)

ofensiva, e que não apresenta, como um todo, nenhum valor literário, artístico, político e científico.

Por conseguinte, atualmente há uma construção complexa e escalonada no direito norte-americano, por meio da qual, a depender do valor que se atribui à expressão, haverá uma variação da proteção constitucional a incidir no caso, podendo esta ser mais efetiva, quando de alto valor, ou passível de regulação, em hipótese de baixo valor. Clássicos exemplos dessa segunda hipótese são a expressão política e a comercial. De qualquer modo, a restrição sempre deverá ser justificada para garantir sua legitimidade e validade constitucional, pois todas as restrições incidentes sobre a liberdade de expressão eivadas de prévia presunção de inconstitucionalidade (SILVA, 2010, p.37-41).

3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Após a brutal experiência ditatorial, envolvendo repressões e acentuada censura, a Constituição brasileira de 1988 dá uma guinada radical em matéria de proteção da liberdade de expressão. Em um contexto de reafirmação de valores democráticos e da soberania popular, ao contrário das constituições brasileiras anteriores,¹⁷ esta Constituição simplesmente garante o livre exercício da liberdade de expressão, vedando o anonimato. Nessa linha, a liberdade de expressão¹⁸ foi assegurada plenamente e sem reservas de restrição ao legislador,¹⁹ em um contexto de transição.

Isso indica que para o pleno exercício da soberania popular, que constitui fundamento essencial do Brasil, é necessário garantir ao indivíduo o direito de manifestar livremente seus juízos de valor, de maneira a promover um ambiente de discussão, aberto a manifestação de

¹⁷ Acerca da proteção da liberdade de expressão na história constitucional brasileira, ver: MIRANDA, 1968, p. 139 e ss.

¹⁸ Seguindo a tradição brasileira, a Constituição atual não utiliza o termo “liberdade de expressão”, preferindo a terminologia “livre manifestação de pensamento”, que em termos literais não equivale ao conceito de expressão, que abarca manifestações de sentimentos e pensamentos e até atos em que o titular não se manifesta verbalmente. Por outro lado, é preciso observar que a Constituição atual indica uma série de direitos em incisos diferentes (art. 5º, IV, VI e IX, por exemplo), os quais não estão sujeitos ao mesmo regramento legal e não se identificam em termos conceituais ou em seu âmbito de proteção. Contudo, tendo em vista a difusão da terminologia “liberdade de expressão” entre os teóricos brasileiros, esta pesquisa optou por manter este termo, salientando, contudo, que sua adoção não é dotada de consequências dogmáticas específicas.

¹⁹ Para uma exposição das características dogmáticas da proteção constitucional dos direitos fundamentais que não se encontram submetidos à reserva de lei, em qualquer de suas formas, ver: DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 163 e ss.

todo o tipo de ideias, sem distinção ou qualquer tipo de preconceito. O respeito à manifestação da opinião pelo outro e a igualdade na seleção dos conteúdos, permitindo à exposição de ideologias contrapostas, constitui passo imperioso na construção de uma sociedade livre e plural, em um período de redemocratização.²⁰ Garantir a participação democrática significa exatamente tolerar as mais diferentes expressões do pensamento, ainda que contrárias a opinião do Estado ou mesmo a opinião majoritária, resguardando, sobretudo, o direito ao dissenso da minoria.²¹ Foi nesse sentido que a Constituição atualmente em vigor concedeu a todos o direito de participar ativamente do pluralismo de ideias.

Foi apenas sob a égide da Carta Constitucional de 1988 que as liberdades civis encontraram o ambiente propício para a sua efetivação, pois essa Constituição adotou disposição muito próxima ao modelo liberal clássico de garantia das liberdades (MENDES, 2012, p.633). Isso pelas seguintes razões. Primeiramente, o *caput* do artigo 5º, ao prescrever a inviolabilidade do direito à liberdade em geral, ao lado de outros direitos como o da vida e igualdade, em conjunto com o previsto em seu parágrafo 2º, constrói uma cláusula geral de interpretação das demais liberdades fundamentais garantidas da ordem constitucional brasileira (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 429-431). Por isso mesmo, o reconhecimento da proteção constitucional das diversas formas de manifestação resulta da análise de outros dispositivos os quais guardam relação direta com o acima mencionado, quais sejam: o inciso VI do mesmo artigo, que dispõe ser “inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”; o inciso IX ao dizer que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”, bem como o inciso XIV, em que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

Com base nos preceitos indicados, o Supremo Tribunal Federal, por maioria,

²⁰ Similar e confrontando a proteção constitucional da liberdade de expressão na CF de 1988 com o regramento imposto pela Emenda constitucional n. 1 de 1969, que abria um grande leque de possibilidades de censura: BINENBOJM, 2006, p. 489.

²¹ Afirmação do ministro Marco Aurélio em seu voto no julgamento do *Habeas Corpus* 82.424-2/RS que será estudado em capítulo posterior.

declarou todo o conjunto de dispositivos da Lei Federal n. 5.250, editada no regime totalitário, como não recepcionado, vez que incompatível com a atual ordem constitucional. No julgamento da ADPF 130, o ministro relator Carlos Ayres Britto consagra a contribuição da imprensa livre na concretização dos princípios constitucionais, de maneira que aquela mantém uma relação de mútua dependência com a democracia.²²

Por conseguinte, por meio da interpretação constitucional do conteúdo normativo supramencionado, conclui-se que estamos diante, em um primeiro plano, um direito típico de defesa. Um direito negativo exercido em regra contra o Poder Público, cuja proteção constitucional independe, em princípio, do conteúdo de verdade da mensagem veiculada.²³ Desta forma, a liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, tem, sobretudo, um caráter de pretensão a que o Estado não exerça censura (MENDES, 2014, p. 264). Ela não assegura a prestação positiva no sentido de se exigir de terceiros ou do próprio Estado que defendam ou adotem as ideias defendidas por um determinado segmento social ou grupo de pessoas. Garante, porém, que pessoas tanto naturais como jurídicas,²⁴ possam exprimir pensamentos e convicções de acordo com a sua vontade, sem que suas ideias possam ser *a priori* rejeitadas pela sociedade, nem vítimas de vedação por parte do Estado. Incumbe ressaltar que este amparo não abarca tão somente juízos pessoais de valor, mas também opiniões a respeito de fatos, protegendo toda a expressão individual, tanto quanto ao seu objeto e matéria, como os meios pelos quais é realizada, desde que não violentos.²⁵ Não é admitida a diferenciação entre conteúdo e forma de expressão, as quais muitas vezes estão intrinsecamente relacionadas.

A proibição da censura, desta forma, é o instrumento imprescindível para concretizar

²² Nesse sentido, afirma em seu voto: “O que faz de todo o capítulo constitucional sobre a comunicação social um melhorado prolongamento dos preceitos fundamentais da liberdade de manifestação do pensamento e de expressão em sentido lato. Comunicando-se, então, a todo o segmento normativo prolongador a natureza jurídica do segmento prolongado; que é a natureza de “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS”, tal como se lê no título de nº II da nossa Constituição”. (STF, 2009, s.p.).

²³ “Em princípio”, pois somente se comprovado que o emissor tinha conhecimento prévio da não veracidade da informação e pretendia causar dano com a sua veiculação, é que a proteção constitucional será afastada. Nessa linha: IPSEN, 2010, p. 114.

²⁴ Embora a atual Constituição Federal Brasileira não garanta expressamente a titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas, a posição majoritária da jurisprudência e da doutrina defende que aquelas são titulares daqueles direitos compatíveis com a natureza peculiar e os fins de uma pessoa jurídica.

²⁵ Em sentido similar, com base na Convenção Europeia de Direitos humanos: MICHAEL, 2016, p. 207.

a abstenção do Estado no exercício efetivo de um discurso livre. Isto porque “proibir a censura significa impedir que as ideias e fatos que o indivíduo pretende divulgar tenham de passar, antes, pela aprovação de um agente estatal” (MENDES, 2014, p. 265). Nesse sentido, a censura existirá sempre que um órgão estatal pretenda controlar o conteúdo de uma forma de pensar específica. Não importa, portanto, se tal impedimento é perpetrado por órgãos judiciais, executivos ou legislativos. Sempre que realizada por autoridade administrativa do Executivo, como igualmente as realizadas pelos demais poderes ao limitarem a circulação de informações e ideias, o impedimento da expressão de ideias será tachado de censura. Tal entendimento é reforçado e defendido pelo Supremo Tribunal Federal, a exemplo do que ocorreu no julgamento da liminar concedida pelo ministro Ayres Britto, e referendada pela maioria, na ADI 4451, para suspender o inciso II e a parte final do inciso III, do artigo 45, da Lei n. 9.504 de 1997. De acordo com tais dispositivos, as emissoras de rádio e televisão eram impedidas de veicular programas que venham a degradar ou ridicularizar candidatos nos três meses que antecedem as eleições, constituindo estampada censura ao humor.

Assim, determinado o alcance da proteção constitucional à liberdade de expressão como um todo, é necessário, de outra parte, verificar a existência ou não de limitações no ordenamento brasileiro, a fim de se concluir se esta liberdade é um direito absoluto de fruição ilimitada ou se é possível de restrição prévia para evitar abusos em seu exercício.

4. LIMITES CONSTITUCIONAIS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Apesar de a Constituição Federal garantir a liberdade de expressão (manifestação do pensamento do artigo 5º, IV) através da consagração da plena autonomia para o seu exercício em qualquer de suas manifestações particulares, é importante ressaltar que essa liberdade não tem condição de direito de fruição ilimitada. Existem limites previstos expressamente pelo constituinte, como meio de evitar abusos decorrentes do exercício do direito e também de reparar os efeitos negativos desse mal-uso. Tendo tal constatação em vista, a doutrina e a jurisprudência dominantes tendem a condicionar a proteção constitucional da liberdade de expressão à compatibilização de tal direito fundamental com outras garantias constitucionais igualmente importantes. Com forte influência do modelo de proteção dos direitos fundamentais germânico, essa tendência teórica e jurisprudencial busca hierarquizar o valor

constitucional da liberdade de expressão em face de outros direitos fundamentais (FARIAS, 2000, s.p.). Nessa linha, a liberdade de um indivíduo poderá ser restringida pela liberdade dos demais, de maneira que não se deve estabelecer uma hierarquia prévia dentre os direitos fundamentais garantidos, devendo ser analisado o caso em concreto decorrente da colisão, buscando-se fórmulas de equilíbrio.

Esta orientação gera problemas, contudo. Primeiro porque, com base nesta orientação, os limites à liberdade de expressão são sempre fluidos, o que impede o titular de conhecer de antemão as características do direito por ele exercido. Segundo, como consequência do primeiro ponto, a fluidez do direito e as inúmeras possibilidades de restrição abertas pela teoria da ponderação fazem com que os titulares se autocondicionem no exercício do direito, o que retira do público o acesso de pensamentos e ideias criativas, que podem contribuir com o debate democrático. Considerando esses problemas, este trabalho busca apontar critérios mais seguros e dogmaticamente consistentes para a superação de tais conflitos. Essas possibilidades serão apresentadas nos itens seguintes.

4.1. LIMITES PREVISTOS DIRETAMENTE PELA CONSTITUIÇÃO

Ao analisar a integralidade do texto constitucional, a primeira ressalva que se pode observar, para o controle de abusos dos cidadãos na manifestação do pensamento e difusão de ideias, está no próprio inciso IV, do artigo 5º, que veda o anonimato. Considerando que este artifício dificulta a responsabilização do agente, o que se pretende com dito dispositivo é evitar que aquele que emite uma determinada opinião ou informação o faça sem relutância alguma, por ser inviável sua reprimenda. Contudo, há ressalvas importantes a serem feitas a esse respeito. A primeira é que essa vedação não exclui a prerrogativa jornalística do sigilo da fonte necessário ao exercício profissional (art. 5º, XIV). Nesse caso, embora a fonte possa ser sigilosa, o profissional veiculará a informação em seu nome, não de forma anônima, de tal sorte que não se frustra eventual responsabilização civil ou penal decorrente. Segundo é que, mesmo estando prevista em nível constitucional, a vedação do anonimato deve ser especificada por legislação ordinária, pois não se concebe a possibilidade de se exigir de todo aquele que pretenda se manifestar prévia e completa identificação pessoal. Se isso ocorrer, a vedação do anonimato se transformará em um instrumento de censura, que é

vedada pela ordem constitucional. Por isso, para que se aplique a parte final do inciso IV, é preciso que se especifique quais os dados ou características do titular necessários e suficientes para que ele seja identificado e em que situações este dever deve incidir (em uma conversa de elevador não se exigirá que todos se identifiquem para, só então, comentarem sobre a previsão do tempo, por exemplo).

Fora isso, a Constituição também assegura o direito de resposta proporcional ao agravo no inciso V, do artigo 5º. Este dispositivo pode ser interpretado de duas formas. Por um lado, ele pode ser concebido como um direito fundamental específico, o qual se destina a tornar o debate público mais amplo e plural. Nesse sentido, o direito de resposta não configura um cerceamento à liberdade de imprensa, mas sim uma busca do equilíbrio mínimo dos cidadãos diante do poder da imprensa, ao permitir que aqueles se defendam de eventuais abusos. Por outro lado, considerando que a liberdade de expressão apresenta aspectos positivos (direito de manifestar o próprio pensamento) e negativos (direito de se excluir de ambientes em que ideias ou falas são apresentadas de forma contrária ao pensamento individual, assim como o direito de não admitir em determinados âmbitos o exercício da liberdade em desconformidade com a ideologia dominante dos membros), a tendência do direito comparado é considerar que o direito de resposta é uma restrição da liberdade de expressão, direcionamento que ainda é adotado pelas cortes norte-americanas (*Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*). Enquanto restrição de um direito fundamental, o direito de resposta deve ser regido pelos princípios da proporcionalidade, gratuidade e imediatidade, que passaram a ser regulamentados pela Lei n. 13.188, de 11 de novembro de 2015.²⁶

Independentemente do direito de resposta, aqueles que sofrem abusos e lesões em consequência do uso indevido da liberdade, por dolo ou culpa, podem ser compensados posteriormente, por meio de indenização por dano material, moral ou à imagem (art. 5º, V e X). Embora não impeça o seu exercício, esse é um limite da liberdade de expressão, pois

²⁶ Não obstante, existem três Ações Diretas de Inconstitucionalidade em andamento contra a lei mencionada, as quais a questionam parcial ou completamente, quais sejam: a ADI 5418 proposta pela Associação Brasileira de Imprensa (ABI); a ADI 5436, pela Associação Nacional de Jornais (ANJ) e a ADI 5415 ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Nessa última, o ministro Dias Toffoli deferiu liminar para suspender a aplicação do artigo 10 da lei que prevê a necessidade de decisão colegiada para conferir efeito suspensivo a recurso contra concessão de um direito de resposta.

tanto a imprensa como os órgãos públicos têm o dever de cuidado com a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Tal circunstância vem demonstrada na posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4815, em que, por unanimidade, declarou-se inexigível a autorização prévia para a publicação de biografias, dando interpretação conforme a Constituição, aos artigos 20 e 21 do Código Civil.²⁷ Em seus votos, os ministros majoritariamente entendem que essa regra estabelecida restringe o exercício da liberdade constitucionalmente garantida, e constitui forma de censura, incompatível com o Estado Democrático de Direito. Entretanto, não autorizam o pleno uso da imagem das pessoas de maneira absoluta, ressaltando que os direitos do biografado não ficarão desprotegidos. Há a possibilidade de intervenção estatal com o intuito de sancionar o uso abusivo da liberdade de expressão, através de mecanismos de reparação *a posteriori*.

Por fim, não se deve confundir as disposições que a Constituição Federal traz no que diz respeito à Comunicação Social com censura. A princípio, no *caput* e no parágrafo primeiro do artigo 220, a Constituição submete a liberdade da atividade jornalística, por qualquer meio de comunicação social, a diversas modalidades de restrição, como as anteriormente apresentadas, que são por isso constitucionalmente justificadas. Ademais, estabelece-se no parágrafo terceiro do artigo mencionado que, por intermédio de lei federal, compete ao Estado indicar a faixa etária adequada e sugerir horários e locais para as diversões e espetáculos públicos, além das programações de rádio e televisão, a fim de preservar direitos relevantes da criança e do adolescente, o que constitui dever do Estado de absoluta prioridade.²⁸

Cabe ressaltar, contudo, que esta determinação se restringe a um juízo meramente indicativo, concepção reafirmada pela decisão da ADI 2404, na qual se buscava declarar a inconstitucionalidade do art. 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990). Dito texto legal prevê multa para as emissoras que desrespeitarem a classificação indicativa dos programas de rádio e televisão, veiculando conteúdo em horário

²⁷ A esse respeito, na literatura constitucional: DIAS, 2012, p. 204-224.

²⁸ Art. 227, CF. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

não apropriado.²⁹ Em agosto de 2016, o STF julgou procedente o pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade da expressão “em horário diverso do autorizado”, com o escopo de permitir que as emissoras definam livremente a sua programação, não sendo incumbência do Estado, e sim da família, consentir no que pode ou não ser visto por suas crianças e adolescentes; obrigando unicamente a divulgação da classificação indicativa realizada pelo governo (STF, 2016, s.p.).

4.2. LIMITES IMPLÍCITOS DE MESMO *STATUS* CONSTITUCIONAL

Há, ainda, em hipóteses absolutamente excepcionais, a possibilidade de se restringir a livre manifestação de pensamentos e informações com vistas a preservar outros direitos individuais ou outros bens jurídicos contrapostos. Nesses casos, é corriqueira a afirmação de que a convivência harmônica de direitos fundamentais com outros princípios também prestigiados pela Constituição se faz necessária, o que deve ocorrer por meio de uma ponderação no combate aos abusos da liberdade de expressão. Isso quer dizer que, do mesmo modo que outros direitos fundamentais, além dos limites fixados por reservas legais (óbices, impedimentos e condições ao exercício), pode ocorrer também a limitação pelo chamado direito constitucional de colisão derivado de um bem jurídico-constitucional que colida no caso concreto com o exercício do direito fundamental (MARTINS, 2012, p. 155-157). Paulo Branco (2014, p. 271) salienta, inclusive, que os limites à liberdade de expressão não se esgotam naqueles bens jurídicos citados de modo expresso pelo constituinte, tais como a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem ou “qualquer outro valor abrigado pela Constituição pode entrar em conflito com essa liberdade, reclamando sopesamento, para que, atendendo ao critério da proporcionalidade, descubra-se, em cada grupo de casos, qual princípio deve sobrelevar”

Contudo, como já foi antes observado, essa orientação tende a anular o valor jurídico do direito à liberdade de expressão. Isso por duas razões. Primeiro porque não é possível estabelecer uma avaliação comparativa de dois direitos constitucionais. Isso porque falta

²⁹ Art. 254. Transmitir, através de rádio ou televisão, espetáculo em horário diverso do autorizado ou sem aviso de sua classificação: Pena - multa de vinte a cem salários de referência; duplicada em caso de reincidência a autoridade judiciária poderá determinar a suspensão da programação da emissora por até dois dias.

uma métrica comum a esses direitos e na falta de tal critério equânime de comparação, toda ponderação ou sopesamento de direitos constitucionais nada mais é do que a manifestação da preferência pessoal do julgador.³⁰ Fora isso, no que diz respeito especificamente à proteção da liberdade de expressão, condicionar o valor da proteção deste direito a sua prevalência em relação aos demais valores constitucionais, significa anular o potencial inovador e contestador deste direito fundamental. Assim condicionada, a liberdade de expressão garantiria única e exclusivamente a defesa e a reiteração dos valores e opiniões já estabelecidas na sociedade - exatamente o que esse direito fundamental busca combater. Um caso envolvendo a defesa da dignidade da pessoa humana em confronto com a liberdade de expressão ilustra este ponto.

Todos sabem que a dignidade humana foi alçada a um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF/88), e por isso mesmo esse direito é em um poderoso preceito na fundamentação de restrições do conteúdo de inúmeros direitos fundamentais. Nesse sentido, se pautou o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 5136, na qual se questionava a inconstitucionalidade do parágrafo primeiro, do artigo 28, da Lei Geral da Copa (Lei n. 12.663 de 2012). O relator Gilmar Mendes defendeu ser constitucional a ressalva do direito ao livre exercício de manifestação e à plena liberdade de expressão, em defesa da dignidade da pessoa humana, em Locais Oficiais de Competição, tendo sido a ação julgada improcedente. Em seu voto, o relator aduz não se tratar de espécie de censura injustificada e desproporcional, e legítima a ponderação de direitos fundamentais distintos quando verificada uma colisão, com restrição de um deles e a aplicação do princípio da proporcionalidade. Isso levou à proibição de todo o tipo de manifestação ou expressão individual de descontentamento em relação à situação política brasileira dentro de estádios de futebol ou em eventos olímpicos.³¹

A favor da constitucionalidade de tal restrição do exercício da liberdade de expressão seria possível argumentar que essa proibição é neutra em relação ao conteúdo da mensagem difundida, pelo que não se trataria de censura. Contudo, o fundamento e a amplitude da

³⁰ Nessa linha, ver a crítica antiga e conhecida que aponta a tirania da comparação valorativa em: SCHLINK, 1976, p. 138.

³¹ A esse respeito, na imprensa nacional: <https://www1.folha.uol.com.br/esporte/olimpiada-norio/2016/08/1800845-entenda-a-polemica-do-veto-a-manifestacoes-em-arenas-da-rio-2016.shtml>

restrição são demasiadamente largos, pois retiram do âmbito constitucional de proteção da liberdade de expressão quaisquer atos ou falas que ofendam ou desagradem as autoridades que comandam a política nacional. Trata-se, portanto, de uma restrição que subverte a própria lógica do direito fundamental à liberdade de expressão e, por isso mesmo, deve ser considerada inconstitucional e ilegítima.³²

5. DISCURSO DO ÓDIO - CONCEITO E CASOS

Dentro desta perspectiva, é imprescindível o debate cauteloso em torno da conveniência ou não da supressão de expressões de ódio, por se tratar de uma clara restrição da liberdade em razão do conteúdo das ideias manifestadas. O discurso odioso se caracteriza por toda forma de manifestação de desprezo e intolerância contra determinados grupos em razão de sua raça, religião, nacionalidade, orientação sexual, etnia, gênero, crença, condição física ou qualquer outra característica de identificação social. Visa a promoção do ódio e da instigação da violência, hostilidade ou discriminação, motivadas por meros preconceitos contra o segmento social ao qual pertence o indivíduo em sua integralidade. Na definição de Winfried Brugger (2007, p. 118-119), o discurso do ódio faz uso de palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar a violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas.

Esta incitação ao ódio, denominada como *hate speech*, geralmente é direcionada aos membros das minorias tradicionalmente discriminadas, como negros, homossexuais, mulheres, indígenas e minorias religiosas, os quais se encontram em condição de vulnerabilidade e subordinação cultural, socioeconômica e política. É utilizado como instrumento de ataque e exclusão social para com todo aquele que possa ser considerado “diferente” através da desvalorização do outro, estando presente nas várias esferas da sociedade, como na mídia, na política, literatura, entre outros, seja de modo explícito ou dissimulado.

Nessa lógica, após a notícia de que um negro acusado de assalto fora amarrado nu

32 Nessa linha: LAURENTIIS, 2017.

em um poste e espancado por um grupo de homens “justiceiros”, a jornalista Rachel Scheherazade defendeu abertamente, em televisão nacional, o linchamento do menor e o direito de se fazer justiça com as próprias mãos. Enquanto se referia diversas vezes ao jovem sob a expressão de “marginalzinho”, denominou a atitude de legítima defesa coletiva, incitando e fazendo apologia à violência. Finaliza lançando uma campanha, em resposta aos defensores dos direitos humanos, pedindo que adotem um bandido em favor do Brasil.³³ Também o líder evangélico da Assembleia de Deus Vitória em Cristo, o pastor Silas Malafaia, fez declarações de alto teor preconceituoso e agressivo, com claro conteúdo homofóbico em programa veiculado em rede nacional. Ao criticar o uso de símbolos religiosos durante o evento da Parada do Orgulho LGBT em São Paulo, mais do que expressar a opinião, ele incitou a violência em relação aos homossexuais com o uso de termos como “baixar o porrete” e “entrar de pau” contra os participantes do movimento. Essa forma de manifestação da homofobia na sociedade brasileira, em especial por um ícone religioso, estimula o ódio contra um grupo social que tem sofrido todos os tipos de violência na história do país e contribui para a violação dos direitos humanos dessa parcela significativa da população.

No debate eleitoral entre presidentiáveis realizado em 2014, promovido pela Rede Record, o candidato a presidente Levy Fidelix, ao ser questionado sobre a razão pela qual a “defesa da família” não inclui aquelas formadas por pessoas do mesmo sexo, e como ele pretendia lidar com as suas reivindicações, proferiu uma resposta direcionada contra os homossexuais. Por meio de um discurso nitidamente discriminatório, fez uma falsa associação entre a homossexualidade e a pedofilia, bem como classificou aquela como algo contagioso, chegando a convocar a maioria heterossexual a ter coragem para enfrentar essa minoria.

É possível verificar, ainda, a proliferação dessas expressões odiosas no âmbito parlamentar, por representantes como Marco Feliciano e Jair Bolsonaro, deputados federais

³³ Em 04 de outubro de 2016, o magistrado José Carlos Francisco, da 14ª Vara Cível Federal de São Paulo julgou improcedente a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em face da emissora SBT, em razão desse discurso da apresentadora, sendo que a acusação irá recorrer da decisão. Matéria disponível em: <<http://www.maispb.com.br/198791/justica-julga-improcedente-acao-contra-sbt-por-comentario-de-rachel-sheherazade.html>>. Acesso em: 16/10/2016.

do Brasil, os quais são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos, segundo a Constituição.³⁴ Ambos com ideias ultraconservadoras são símbolos do fomento ao racismo, homofobia e misoginia, as quais revelam a sobrevivência de uma cultura arcaica e retrógrada. Ademais, ainda no ano de 2016, durante a sessão na Câmara dos Deputados da votação pela admissibilidade ou não do processo de impeachment contra a presidente Dilma Rousseff, Jair Bolsonaro dedicou seu voto favorável ao seu afastamento “pela memória do Coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra”, torturador que comandou a repressão política durante a ditadura militar através do DOI-CODI e foi responsável por inúmeros crimes contra a humanidade, legitimando, de tal modo, a violência praticada naquele período.

Assim sendo, o traço comum referente às falas acima expostas diz respeito ao repúdio ao diferente e a busca pelo seu banimento, com o efeito de inferiorização de grupos estigmatizados, colocando-os na condição de inimigos. São instrumentos de incitação ao racismo, preconceito e discriminação de destinatários, os quais são feridos exatamente por pertencerem a um determinado setor da sociedade, reforçando a questão anteriormente inserida sobre o tratamento jurídico do discurso do ódio e sua eventual salvaguarda pelo direito à liberdade de expressão.

5.1. DIREITO APLICÁVEL AO DISCURSO DE ÓDIO NO BRASIL

Embora inexista uma legislação específica no Brasil em relação ao discurso de ódio, o que dificulta o seu estudo, nosso país está inserido no cenário internacional de proteção aos direitos humanos, em especial das minorias estigmatizadas, por meio de tratados internacionais, devendo ser aplicados em consonância com o direito interno.

Primeiramente, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, internalizada pelo Decreto presidencial n. 65.810, de 1969, é um importante instrumento na eliminação de toda espécie de discriminação racial, a ser considerado na discussão sobre o tema, tendo em vista que procura promover o respeito universal e o reconhecimento da identidade da pessoa. Partindo da premissa de “que todos

³⁴ Art. 53, *caput*, CF/88 - Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e que todo homem tem todos os direitos estabelecidos na mesma, sem distinção de qualquer espécie e principalmente de raça, cor ou origem nacional”, estabelece em seu artigo 4º:

Os Estados partes condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em ideias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendem justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo tendo em vista os princípios formulados na Declaração universal dos direitos do homem e os direitos expressamente enunciados no artigo 5 da presente convenção, eles se comprometem principalmente:

- a) a declarar delitos puníveis por lei, qualquer difusão de ideias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem técnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento;
- b) a declarar ilegais e a proibir as organizações assim como as atividades de propaganda organizada e qualquer outro tipo de atividade de propaganda que incitar a discriminação racial e que a encorajar e a declarar delito punível por lei a participação nestas organizações ou nestas atividades.
- c) a não permitir as autoridades públicas nem às instituições públicas nacionais ou locais, o incitamento ou encorajamento à discriminação racial.

Nesse sentido, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, também ratificado pelo Brasil por meio do Decreto n. 592 de 1996, prevê a possibilidade de o direito à liberdade de expressão sofrer restrições em respeito aos direitos e reputação das demais pessoas (Art. 19.3.a), estabelecendo, de modo expresso que “será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou a violência” (Art. 20.2).

É de se destacar que esta mesma posição, ainda que menos abrangente, fora adotada no âmbito da OEA – Organização de Estados Americanos - na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica e internalizada pelo Brasil através do Decreto n. 678 de 1992. Objetivando a consolidação de um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito aos direitos humanos essenciais, o texto foi expresso em dizer que “a lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à

discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”, em seu artigo 13.5, ao tratar da liberdade de pensamento e de expressão.

Em conformidade com essa preocupação mundial de se estabelecer a igualdade entre todos os seres humanos, com o reconhecimento dos direitos do outro, a Constituição Federal de 1988 apresenta disposições tendentes a proibir o racismo, com a proteção legal contra qualquer forma de discriminação, no combate ao preconceito. Desta forma, no artigo 3º, inciso IV, estabelece que a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação constitui um objetivo fundamental do Estado. Também é expressa, em seu artigo 4º, inciso VIII, ao estabelecer no rol de princípios que regem as relações internacionais do Brasil o repúdio ao terrorismo e ao racismo.

No âmbito da legislação infraconstitucional, o ordenamento brasileiro conta com duas leis ordinárias as quais regulamentam as normas constitucionais, a saber a Lei n. 7.716 de 1989 e a Lei n. 12.288, de 2010 (Estatuto da Igualdade Racial). A primeira, responsável a princípio em definir os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor em nosso país, teve sua incidência ampliada pela Lei n. 9.450 no ano de 1997, quando o Legislador deu nova redação aos artigos 1º e 20, este último com implicações diretamente vinculadas à liberdade de expressão, a fim de abarcar igualmente preconceitos decorrentes de etnia, religião e procedência nacional. Hoje o §3º deste mesmo dispositivo autoriza até mesmo a cessação de transmissões radiofônicas ou televisivas que incorram nos crimes descritos, dispositivo que deve ser lido em consonância com o parâmetro constitucional que assegura a liberdade de expressão, sob pena de se incorrer em vedada censura.³⁵ Outrossim, é necessário estender este rol também ao preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero, de maneira que, perante tal insuficiência do legislador, foram propostos o Projeto de Lei n. 5.003 de 2001 e o Projeto de Lei da Câmara n. 122, de 2006, que propõem uma alteração nesse sentido na lei supramencionada.

³⁵ Art. 1º. Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)
Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97) Pena: reclusão de um a três anos e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

5.2. PROTEÇÃO OU PROIBIÇÃO DO DISCURSO DO ÓDIO?

Apresentados o conceito e a regulação normativa do discurso do ódio dirigido, é necessário verificar a legitimidade constitucional de ações estatais proibitivas dessa espécie de expressão. O caminho a ser percorrido para que se chegue a tal conclusão envolve a análise da área de proteção do direito constitucional à liberdade de expressão, assim como da justificativa de ações estatais restritivas da liberdade de expressão. Para tanto, é necessário averiguar real necessidade, como a legitimidade desta eventual intervenção, tendo em vista que toda atuação do Estado para limitar direitos deve ser vista como suspeita e exige uma justificativa especial. Além de indagar de que forma as manifestações que promovam o ódio ou o desprezo podem afetar as suas vítimas e se a sua proibição é ou não um meio eficiente para alcançar os objetivos a que se destina, sem subordiná-la às ortodoxias morais ou políticas de ocasião (SARMENTO, 2006, p.03-04).

Partindo-se do pressuposto de que a liberdade de expressão é instrumento fundamental na garantia da democracia, da autonomia individual e da busca contínua e incessante pela construção da verdade (SARMENTO, 2006, p.29-41), existe uma racionalidade inteiramente compatível com o sistema de ampla liberdade de expressão (SILVA, 2010, p.45). Importante defensor desta premissa foi Voltaire, filósofo referência do Iluminismo francês, o qual defendia as liberdades civis em suas obras. Em razão disso, Evelyn Beatrice Hall, ao escrever sua biografia “*The Friends of Voltaire*” (1906, s.p.), na intenção de ilustrar o posicionamento adotado pelo pensador, apresenta a frase “eu desaprovo o que dizes, mas defenderei até a morte o seu direito de dizê-lo”. Assim, a garantia da liberdade de expressão implica em possibilitar aos indivíduos manifestar seus diferentes pontos de vista conforme suas próprias convicções, seja na esfera pública ou privada, com o estabelecimento de uma esfera aberta e pluralista de opiniões e o mercado de ideias.

A democracia é entendida através da igualdade política, em que os cidadãos são livres para formar suas opiniões e participar conscientemente da comunidade, sendo necessária uma opinião pública livre como requisito ao exercício efetivo dos direitos políticos. Robert Post (1995, p. 1109-1137), ao tratar sobre o *hate speech*, partilha desta posição ao afirmar que todos têm o direito de expor suas ideias e participar na formação da vontade comum em sociedade, independentemente de restrições impostas previamente pelo Estado, que, ao

renunciar à neutralidade em relação ao discurso de determinados atores do discurso, coloca em risco a integridade de um governo democrático.

Nesse sentido, todas as ideias, por piores que sejam, devem ser protegidas pela liberdade de expressão para a formação de um debate democrático, não se restringindo àquelas que estão de acordo com a cultura dominante ou com os valores da maioria. A censura dessas “más ideias” seria incompatível com a proposta de obtenção da verdade, a qual decorre de um debate livre entre pontos de vistas divergentes, sendo este o meio apropriado para a obtenção das respostas mais adequadas para os problemas que afligem a sociedade (SARMENTO, 2006, p.29-32). Nessa linha, John Stuart Mill (1991, p.103), em sua obra “*On Liberty*”, demonstra o interesse que toda a sociedade deve ter em ouvir as ideias de cada um, ainda que uma só pessoa seja de determinada opinião, de maneira que os demais não têm justificativa em silenciá-lo, seja por parecer equivocada ou ainda por ser completamente incorreta. Desta forma, afirma:

Que os homens não são infalíveis; que as suas verdades, pela mor parte, são meias verdades; que a unidade de opinião, a não ser quando resulta de se compararem, da forma mais ampla e livre, opiniões opostas, não é desejável, nem a diversidade constitui mal, e sim um bem, até que a humanidade seja muito mais capaz do que no presente, de reconhecer todos os aspectos da verdade; eis princípios aplicáveis aos modos de ação dos homens não menos que às suas opiniões.

Em contrapartida, ainda tendo vista a importância do debate político em um regime democrático e pluralista, é difícil pensar como expressões racistas capazes de suscitar atos violentos podem agregar na formação de soluções das questões controversas da sociedade. Isto porque, o debate crítico, indispensável na busca pela verdade, pressupõe respeito mútuo entre os participantes, partindo-se do reconhecimento do outro igualmente como detentor de direitos, não podendo se reduzir a mero ataque o qual não colabora na construção, e ainda compromete a continuidade do diálogo. Por conseguinte, somente as manifestações que, de alguma forma apelem a algum tipo de habilidade deliberativa, que podem ser respondidas com base em argumentos, podem gozar ao menos de certa presunção de boa-fé e contribuir verdadeiramente para a tomada de decisões (SILVA, 2010, p. 54). Ou seja: o simples insulto contra uma pessoa ou um grupo determinado de pessoas não pode ser nem mesmo incluído na área de proteção do direito fundamental em questão, vez que não se exprime uma ideia –

ou na dicção constitucional, um “pensamento” – com um simples ataque pessoal ou um xingamento. Fora da área de proteção do direito fundamental, tais manifestações podem e devem ser simplesmente proibidas, e até criminalizadas, como ocorre atualmente no estado brasileiro.³⁶

Nessas situações de ataque direto a um grupo determinado de pessoas, o discurso de ódio racial, xenofóbico, antissemita, entre outros, têm o condão de desqualificar e humilhar, justificando a discriminação e a privação dos direitos humanos e contrariando a ideia de justiça enquanto igualdade. Nesta perspectiva, verifica-se o conseqüente impacto desse discurso na esfera de direitos de outras pessoas, particularmente das minorias insultadas, ao promover a sua segregação e minimizar sua participação no exercício da cidadania. Há graves danos, físicos e morais, causados aos membros de minorias decorrentes do exercício abusivo da liberdade de expressão, que não pode ser considerado inofensivo. Além de provocar intenso e doloroso sofrimento emocional, aflorando sentimentos negativos, como vergonha e revolta, tem o efeito de bloquear o acesso de suas vítimas à esfera pública, uma vez que se sentem constrangidas de participar das diversas atividades da sociedade civil, inclusive do exercício da cidadania, e privá-las de seus direitos constitucionalmente garantidos.

Este efeito silenciador sobre a expressão de segmentos historicamente estigmatizados socialmente, que se tornam relutantes em expressar-se e não são ouvidas quando o fazem (SUNSTEIN, 2008, p. 185), abafa as suas manifestações e intensifica a exclusão de seus membros do processo político. Desse modo, numa perspectiva de inclusão social, o Estado Social Democrático deve garantir a voz e a visibilidade das ideias e reivindicações de grupos marginalizados, a fim de preservar seus direitos e oportunidades e atingir uma sociedade igualitária. Mas isso se faz com a criação de fóruns públicos de debate, não com a proibição de manifestações de ideias que não atinjam especificamente um grupo determinado de pessoas. O famoso caso de Siegfried Ellwanger, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (*HABEAS CORPUS* 82.424-2/RS, 2003), fornece um exemplo contundente de como não se deve tratar a liberdade de expressão. Aqui, a manifestação individual, que inegavelmente

³⁶ Vale lembrar que o Código penal brasileiro prevê pena de reclusão qualificada para a prática da injúria que tenha como um de seus elementos a “raça, cor, etnia ou origem” da pessoa injuriada (CP, art. 140, §3º).

tinha conteúdo odioso, não se dirigiu a um grupo determinado de pessoas.³⁷ Por isso, ao reprimir e censurar a expressão neste caso, o Supremo Tribunal Federal adentra no debate social acerca da validade e verdade de um específico ponto de vista e, com isso, infantiliza tanto os autores como os leitores de opiniões.

Quanto a isso, a observação de Leonardo Martins (2012, s.p.) é, portanto, muito pertinente: “não cabe ao Estado brasileiro decidir o debate, assumindo a defesa de uma ideologia que para os descendentes brasileiros do nazifascismo ou até mesmo para os descendentes de imigrantes alemães das ondas migratórias do séc. XIX pode não passar de uma ideologia dos vencedores”. Livros e ideias devem ser lidos e debatidos, não proibidos. É justamente o ato de proibir a veiculação de ideias e pensamentos que define o autoritarismo, e é exatamente por isso que não se pode admitir em uma democracia o debate, mesmo que ele envolva a veiculação de ideias radicais, ou odiosas. Esse entendimento foi recentemente afirmado pelo Supremo em julgamento que tratava da validade de regra do edital do Exame nacional do ensino médio (ENEM) que atribuía nota zero aos candidatos que desrespeitem ou afrontem os direitos humanos em sua redação. Ao julgar o mérito desta demanda, a presidente da Corte, Ministra Carmen Lúcia (STF, 2017), assentou que “não se combate a intolerância social com maior intolerância estatal. Sensibiliza-se para os direitos humanos com maior solidariedade até com os erros pouco humanos, não com mordada”.

Não há que se questionar quanto ao fato de que as manifestações de intolerância violam princípios da convivência social e atingem direitos fundamentais das vítimas, sendo contrárias à proteção constitucional da dignidade da pessoa humana. Contudo, o combate de tais manifestações não se faz com a proibição estatal, quanto menos com a imposição autoritária da validade de um ponto de vista específico. Intolerância não se combate com mais intolerância e a liberdade de expressão não deve ser reprimida e sim incentivada, sobretudo em situações que envolvam a propagação de ideias e ideais odiosos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o período de redemocratização no Brasil, observa-se a preocupação do

³⁷ Como foi argutamente observado pelo Ministro Marco Aurélio, o caso não envolvia alguém que distribuiu panfletos em praça pública pragando a morte aos judeus.

constituente em garantir o direito de cada indivíduo de manifestar livremente seus juízos de valor, de modo que foi adotada disposição clássica liberal, próxima ao ideário norte-americano, ao tratar da liberdade de expressão como um direito fundamental em 1988. Soma-se a isso o reconhecimento da proteção interna das diversas formas de manifestação através de uma análise constitucional, há também o amparo à liberdade de pensamento e de expressão no contexto dos direitos humanos no âmbito internacional, por meio de tratados os quais o Brasil é signatário.

A garantia da livre manifestação do pensamento tem o propósito de propiciar um ambiente de discussão igualitário, aberto para todo tipo de ideias, sem qualquer forma de discriminação, sendo um atributo da cidadania, indispensável ao desenvolvimento da autonomia de cada indivíduo. Sendo um direito base do atual Estado Democrático de Direito, a proibição da censura constitui um instrumento imprescindível para concretizar a abstenção do Estado no exercício efetivo de um discurso livre, consistindo-se em um direito de defesa contra o Poder Público. Dessa forma, ao abordar o discurso do ódio, caracterizado por toda forma de manifestação de desprezo e intolerância contra determinados grupos em razão de sua raça, religião, nacionalidade, orientação sexual, etnia, gênero, crença, condição física ou qualquer outra característica de identificação social, o tratamento deve ser respaldado nessa preocupação de se assegurar a igualdade primordial em uma democracia pluralista.

Malgrado se trate de uma manifestação de pensamento de exclusão social do outro que possa ser considerado como “diferente”, o presente estudo verificou que a sua proibição não é a medida ideal a ser adotada pelo Estado brasileiro. A preocupação em se coibir a prática do racismo e qualquer forma de discriminação deve ser efetivada por caminho distinto. Tendo em vista a contradição observada nos critérios norteadores da posição do judiciário brasileiro acerca da proteção constitucional ou não do discurso do ódio, evidenciando a falta de uma teoria concreta de argumentação, o que favorece a subjetividade nas decisões, concluiu-se que essa forma de censura em razão do conteúdo e ponto de vista da expressão se revela uma verdadeira ameaça ao direito fundamental conquistado efetivamente, no Brasil, após o período ditatorial.

Diante disso, tal intervenção estatal de limitação de direitos favorece o papel de censor do Estado na criação e divulgação de opiniões e ideologias, conforme as convicções

daqueles que estão no poder, colocando em risco a livre construção do pensamento a partir da colocação das diferentes perspectivas, base de uma sociedade democrática aberta. Nesse sentido, todas as ideias, por piores que sejam, devem ser protegidas pela liberdade de expressão para a formação de um debate democrático, não se restringindo àquelas que estão de acordo com a cultura dominante ou com os valores da maioria. O combate à discriminação de grupos sociais, em especial das minorias, deve ser trabalhado a partir da construção do diálogo, tolerando-se a liberdade de expressão do outro.

Portanto, consagrada a preocupação com os mais variados grupos sociais, o Estado Social tem papel de garantidor de direitos, inclusive da liberdade de expressão dos menos favorecidos. Exige-se uma atuação positiva no sentido de possibilitar uma real equidade de condições no debate, permitindo o discurso para a formação da identidade destes segmentos, com a exposição de suas reivindicações para que possam efetivamente participar das discussões públicas, a fim de se atingir a igualdade material entre os seus cidadãos. Mas não se permite que o Estado atue em meio ao debate democrático, taxando algumas formas de pensar como inválidas ou não admitidas. Essa prática não se ajusta a uma sociedade democrática e a sua aceitação indica que a construção da democracia brasileira é um processo dificultoso, que ainda tem de superar muitos obstáculos.

7. REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. “Meios de comunicação de massa, pluralismo político e democracia deliberativa: as liberdades de expressão e imprensa nos Estados unidos e no Brasil”, In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio, **Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. **Revista de Direito Público**, v. 15, n. 117, jan./mar (2007).

CASTRO, Matheus Felipe de. FREITAS, Riva Sobrado de. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão, **Revista Sequência**, v. 66, jul. (2013).

DIAS, Roberto. “Liberdade de expressão: biografias não autorizadas”. **Direito, estado e sociedade**, n. 41, jul./dez., p. 204-224, 2012.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**, São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: A leitura moral da Constituição norte-americana, trad. Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

EMERSON, Thomas. "Toward a general theory of the first amendment", 72 **Yale Law Journal**, 877, 1963, que afirma que "The command of the first amendment is "absolute" in the sense that "no law" which "abridges" "the freedom of speech" is constitutionally valid".

EMPT, Martin. "Virtuelle Kinderpornografie als verfassungsrechtlich geschützte Meinungsfreiheit?" **ZUM – Zeitschrift für Urheber und Medienrecht**, p. 613-620, heft 8/9, 2002.

FARIAS, Edilson Pereira. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2000.

HALL, Evelyn Beatrice. **The friends of Voltaire**, Londres: Smith Elder & co., 1906.

IPSEN, Jörg. **Staatsrecht II**: Grundrechte, 13. Auf. München: Franz Vahlen, 2010.

LAFER, Celso. Parecer - **O caso Ellwanger: anti-semitismo como crime da prática do racismo**, BRASÍLIA, a. 41, n. 162, abr./jun. (2004).

LAURENTIIS, Lucas Catib de. **A proporcionalidade no direito constitucional**: origem, modelos e reconstrução dogmática, São Paulo: Malheiros, 2017.

LEVIN, Abigail. "Pornography, hate speech and their challenge to Dworkin's egalitarian liberalism", **Public affairs Quarterly**, v. 23, n. 4, p. 357-373, 2009.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional**: leitura jurídico-dogmático de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais, São Paulo: Atlas, 2012.

MASING, Johannes. "Meinungsfreiheit und Schutz der verfassungsrechtlichen Ordnung", **JZ - Juristen Zeitung**, 67. Jahrgang, . n. 12, p. 585-592, 2012.

MEIKLEJOHN, Alexander. "The first amendment is an absolute" **The Supreme Court Review**, p. 245-266, 1961.

MENDES, Gilmar. **A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 02/09/2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2012.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Discurso do ódio**. (Doutorado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**, Petrópolis: Vozes, 1991.

MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. **Direitos fundamentais**, São Paulo: Saraiva/IDP, 2016.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, v. IV.

POST, Robert C. Meiklejohn's mistake: individual autonomy and the reform of public discourse. **Constitutional domains – democracy, community, management**, Colorado University Law Review, n. 64 (1995).

POST, Robert C. "Reconciling theory and doctrine in first amendment jurisprudence", **California Law Review**, Vol. 89, p. 2355-2374, January 2001.

REALE Jr, Miguel. Limites à liberdade de expressão, **Espaço Jurídico**, v. 11, n. 2, jul./dez. (2015).

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. "A liberdade de expressão e o problema do Hate Speech", In: **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHÄFER, Gilberto. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. SANTOS, Rodrigo Hamilton dos. Discurso de ódio: Da abordagem conceitual ao discurso parlamentar, **RIL Brasília**, a. 52, n. 207, jul./set. (2015).

SCHLINK, Bernhard. **Abwägung im Verfassungsrecht**, Berlin: Ducker und Humblot, 1976.

SILVA, Adrian Barbosa. OLIVEIRA, Felipe Guimarães de. RABELO, Victor Alberto P. de Albuquerque. A liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988 e no Supremo Tribunal Federal: uma análise sobre o caso Siegfried Ellwanger, **Estudios Constitucionales**, a. 09, n. 2, (2011).

SUNSTEIN, Cass R. **A Constituição Parcial**. Tradução de Manassés Martins e Rafael Triginelli, Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SILVA, Júlio César Casarin Barroso. Liberdade de Expressão e Expressões de Ódio, **Revista Direito GV**, v. 21, jan./jun. (2010).

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, **Revista dos Tribunais**, 798, (2002).

STONE, Geoffrey. “Free speech in the twenty-first century: Tem lessons from the twentieth century”, 36 **Papperdine Law Review**, 273, p. 273-300, 2008.

STROPPA, Tatiana; ROTHENBURG, Walter Claudius. “Liberdade de expressão e discurso de ódio: o conflito discursivo nas redes sociais”, **Revista Eletrônica de Direito da UFMS**, v. 10, n. 2, p. 450-468, 2015.

Data da submissão: 09/02/2021

Data da primeira avaliação: 07/03/2021

Data da segunda avaliação: 24/03/2021

Data da terceira avaliação: 16/06/2021

Data da aprovação: 16/06/2021

**DEVER FUNDAMENTAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E O AUXÍLIO
SOLIDÁRIO EM CIRCUNSTÂNCIAS EXCEPCIONAIS DE PANDEMIA: UMA
ANÁLISE DIANTE DO PARADIGMA DO LUCRO**

*FUNDAMENTAL DUTY OF THE COMPANY'S SOCIAL FUNCTION AND SOLIDARITY
AID IN EXCEPTIONAL PANDEMIC CIRCUMSTANCES: AN ANALYSIS BEFORE THE
PROFIT PARADIGM*

Rubens Laranja Musiello¹**Daury Cesar Fabriz²**

RESUMO: O presente trabalho se propôs investigar os seguintes problemas de pesquisa: à luz do fundamento de solidariedade, seria a função social da empresa um dever fundamental? Em sendo, é justificável a atitude dos administradores/diretores e membros do conselho de administração de companhias transnacionais de capital aberto de destinar recursos para combate à pandemia da COVID-19, isentando eventual responsabilidade civil por violação do direito dos acionistas ao lucro? Como objetivo geral, traçado a partir da análise do paradigma do lucro e da função social da empresa como dever fundamental, a pesquisa visou verificar se a pandemia do coronavírus criou ambiente diferenciado, que justifique tomadas de posição atípicas, bem como se o cenário apreciado geraria a isenção de responsabilidade pelos atos praticados. A pesquisa se pautou no método dedutivo, com procedimento de análise bibliográfica, a fim de abordar o tema. A partir da análise do referencial teórico e do aprofundamento técnico da doutrina, pôde-se concluir que a função social da empresa é um dever fundamental, que vincula administradores, controladores e os próprios acionistas, bem como que não há campo para buscar reparação civil mediante responsabilização dos administradores que tenham destinado recursos para combate à pandemia da COVID-19.

Palavras-chave: Lucratividade; Solidariedade; Pandemia; Função social; Responsabilidade;

ABSTRACT: The objective of this paper was to investigate the following research problems: in the light of the principle of solidarity, would companies' social role be a fundamental responsibility? If so, is it justified for the administrators, directors, and

¹ Mestrando do programa de pós-graduação strictu sensu da Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Latin Legum Magister (LL.M) em Direito Societário pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. Latin Legum Magister (LL.M) em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. Advogado. E-mail: rubens@dclsadvogados.adv.br; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3526385222500427>; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3859-3246>

² Doutor e mestre em Direito Constitucional pela FD/UFMG. Ex-professor Adjunto da FD/UFMG. Professor Associado do Departamento de Direito/UFES. Professor da Faculdade de Direito de Vitória-FDV (graduação, mestrado e doutorado). Advogado. E-mail: daury@terra.com.br; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7280691457104972>; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3781-5890>

members of the board of publicly listed transnational companies to allocate resources to combat the COVID-19 pandemic, exempting themselves from the civil liability for violation of the shareholders' right to profit? As a general objective, based on the analysis of the profit paradigm and the social role of companies as a fundamental responsibility, this research intended to prove whether the coronavirus pandemic created a differential environment, justifying atypical positions, and whether such extraordinary scenario would breed the exception of responsibility for the acts performed. To address the issue, the research was based on the deductive method, following a bibliographic analysis procedure. From the analysis of the theoretical basis and the technical in-depth study of the doctrine, it was possible to conclude that companies' social role is a fundamental responsibility binding administrators, controllers, and shareholders, as well as that there are no grounds to seek civil damages through accountability of the administrators who have assigned funds to combat the COVID-19 pandemic.

Key-words: Profitability; Solidarity; Pandemic; Social role; Responsibility;

Sumário: 1. Introdução; 2. O objetivo central da sociedade anônima aberta transnacional: paradigma do lucro; 3. A função social da empresa como dever fundamental fundado na solidariedade; 4. O auxílio solidário no combate à pandemia frente ao direito dos acionistas mundo afora à lucratividade e retornos dos investimentos; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A pandemia do coronavírus assola o mundo, registrando altíssimos números de casos de contágio e de óbitos. Essa situação ocasionou uma comoção dos mais variados setores da sociedade e um grande foco das grandes corporações transnacionais nas formas de viabilizar meios de auxílio ao combate à pandemia do coronavírus.

Antes de desenvolver na temática, importante destacar o recorte de análise ao qual o artigo se aterá, que são as companhias de capital aberto, ou seja, aquelas que negociam valores mobiliários no mercado de valores mobiliários, nas quais se observam estruturas de governança aptas a possibilitar, com maior clareza, a problemática que é o alvo do estudo.

Em uma corrente solidária quase imediata, não foram poucas as corporações transnacionais que, na tentativa de acudir a população e o próprio Governo Federal no enfrentamento da pandemia, assumiram protagonismo para contribuições.

Como exemplo, a Vale S/A, como anunciado pelo então Ministro da Saúde, Luiz Henrique Mandetta, viabilizaria sua logística para trazer, junto a parceiros chineses, testes rápidos para detecção da COVID-19. Outros exemplos foram a AMBEV e a IPÊ, que

afirmaram que inclinariam parte de suas produções para a fabricação de álcool em gel, que, no início do pânico, esgotaram rapidamente.

Esses atos, em que pese estarem voltados a um viés de solidariedade, têm um potencial problema que é o interesse dos acionistas, das mais variadas nacionalidades, que porventura investiram seu capital nessas corporações, com fito no lucro.

Essa atitude dos diretores e conselheiros de administração, caso não tenha contado com a aprovação assemblear que autorize – e é bem provável que não tenha, haja vista o curto espaço de tempo e a impossibilidade de reuniões com grande número de pessoas imposta pelos governos –, por ocasionar gastos não previstos e não aprovados pelas assembleias previamente, bem como o próprio desvio de objeto social, podem gerar a busca pela responsabilização dos administradores e membros dos conselhos de administração, ante os prejuízos e diminuição de lucros dos acionistas mundo afora.

Por essa análise, verificar-se-á se o paradigma do lucro, como fim do investimento deverá se sobrepor, ou não, a um dever fundamental para com a coletividade, não só do Brasil, mas também de outros países porventura beneficiados com atos dessas companhias e se a função social da sociedade empresária são fontes de isenção de responsabilidade.

Como objetivos, foram traçadas a análise do paradigma do lucro como um objetivo da própria existência da sociedade e um direito dos acionistas das Sociedades Anônimas transnacionais de capital aberto; analisar se a função social da empresa é um dever fundamental; verificar se a pandemia do coronavírus cria um ambiente diferenciado, que justifica tomadas de posição atípicas; analisar se, em sendo um dever fundamental a função social, se seria justificativa para isenção de responsabilidade pela utilização de valores da sociedade para fins não lucrativos, que serão alcançados mediante utilização do método dedutivo, com procedimento de análise bibliográfica.

A temática atrai uma dicotomia de posições, pois, de um lado se observa potencial prejuízo aos investidores nacionais e estrangeiros, acionistas em geral, que estão no bojo da companhia com o estrito fim de conseguir lucros; e de outro lado estão o diretor/administrador e os membros do conselho de administração agindo com distanciamento do objeto social, gerando gastos, para atender à função social, mormente em tempos de pandemia.

Neste sentido, é imprescindível antecipar-se à análise do tema, para que se observe se essa responsabilização se justifica ante a situação de pandemia e comoção internacional. Faz-se importante analisar o caso à luz do dever fundamental de função social da sociedade empresária para compreender se é justificável a atitude dos administradores/diretores e membros do conselho de administração nessa tomada de posição, estando eles sujeitos a responsabilidade civil, ou não, à luz desse dever fundamental.

2. O OBJETIVO CENTRAL DA SOCIEDADE ANÔNIMA ABERTA TRANSNACIONAL: PARADIGMA DO LUCRO

Muito se destaca acerca do escopo da lucratividade como objetivo central para a formação das Sociedades Anônimas, principalmente no que tange às transnacionais, que são atrativas aos investidores mundo afora, no intuito de gerar engrandecimento financeiro e patrimonial. Entretanto, paira a dúvida acerca dessa função exclusiva de lucratividade. A “presunção legal de comercialidade” é caracterizada por Carvalhosa e Kuyven (2018, p. 125) como “absoluta” das Sociedades Anônimas, fixando como essência desse tipo societário a realização e distribuição de lucros.

À luz dessa análise, verificada por um viés exclusivamente a partir de um “critério finalístico do contrato”, esse tipo societário visaria a “constituir-se uma pessoa jurídica com o fim de produzir frutos do capital investido, seja pela maximização da distribuição de dividendos, seja pela constante criação de valor para as ações subscritas e adquiridas pelos seus acionistas” (CARVALHOSA e KUYVEN, 2018, p. 124).

E é fundamentada nessa ideia que, a priori, se analisa a razão de ser das Sociedades Anônimas, principalmente aquelas tratadas no presente estudo, que são as de capital aberto – ações postas à negociação em bolsa –, especialmente aquelas transnacionais, que envolvem um interesse difuso, que se intensificou após as formações dos grandes fundos de investimentos mundo afora, onde se imiscuem investidores pulverizados de diversos países, visando a lucratividade. As próprias previsões legais brasileiras, a respeito das anônimas, servem de suporte para essa ideia (vide arts. 2º e 206, da Lei nº 6.404/76), nos quais se observam a finalidade lucrativa como sendo condição de existência desse tipo de sociedade.

Nesse exato sentido dispõem, Carvalhosa e Kuyven (2018, p. 125):

A lucratividade é requisito fundamental para a existência da companhia. Na medida em que a sociedade anônima não puder produzir lucro, cabe dissolvê-la, conforme dispõe o referido art. 206, II, b, da Lei Societária.

O preceito está previsto no art. 2.º: “Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes. O termo “fim” que consta da norma tem duplo alcance, querendo dizer, no plano estatutário, a atividade empresarial nos limites do objeto social, no sentido teleológico, a de toda a sociedade anônima ter como finalidade a produção de lucros (CARVALHOSA E KUYVEN, 2018, p. 125).

Contudo, a Sociedade Anônima, e o recorte aqui são as transnacionais, como dito, de capital aberto, que tomam investimentos relevantes de todos os cantos do planeta, toma para si uma posição muito maior que a mera lucratividade.

Gomes e Varela (1977, p. 217) já elencavam, desde o início da vigência da Lei nº 6.404/76 que as Sociedades Anônimas cuidam de “interesses que transcendem a finalidade lucrativa e ultrapassam a dos sócios”. E prosseguem com essa ideia (1977, p. 217):

À medida que se agigantam, as sociedades anônimas passam a exercer função de interesse social que contraria a sua natureza de organização destinada, exclusivamente, à repartição de lucros. Já se fala em sua publicação no sentido de que continuam privadas unicamente na forma, porquanto, pelo menos as grandes companhias, assumem poderes e responsabilidades que se apresentam como parte indispensável da preservação das instituições nacionais (RSTOW).

Carvalhosa e Kuyven (2018, p. 125) também destacam que devem voltar-se para “o atendimento do interesse coletivo”, não se apegando à questão meramente lucrativa, mas, verdadeiramente, para além dos interesses dos acionistas no lucro ou valorização das ações. Parte-se deste viés, para uma análise que transcende a mera finalidade do lucro, envolvendo, segundo os autores, caráter institucional e organizacional fortes.

E nessa visão um pouco mais alargada sobre as finalidades das Sociedades Anônimas fica evidente na própria previsão do art. 116, que trata da conceituação do que seria o acionista controlador, pois, nitidamente elenca a atenção à função social como dever do controlador, lembrado por Tavares Borba (2018, p. 163).

A partir dessa visão do conceito de acionista controlador, o autor (TAVARES BORBA, 2018, p. 163) elenca os destinatários do que chama de “tríplice interesse” que a Sociedade Anônima representa: “acionistas, empregados e comunidade”.

Com muito mais razão, fica evidente a posição da Sociedade Anônima de capital aberto transnacional, que, como dito, trabalha com interesses esparsos de modo difuso mundialmente.

Fica claro, neste sentido, que mesmo diante de um caráter patrimonial nítido, que os acionistas do planeta, investidores das grandes corporações, visando ao lucro e à valorização patrimonial de suas ações, muitas das vezes há interesses que se sobrepõem a isso, fazendo surgir para a companhia um dever para com outros atores. No caso, observa-se, como destacado anteriormente, “os empregados e a comunidade” (TAVARES BORBA, 2018, p. 163). E complementa, Tavares Borba (2018, p. 164), explicitando que

O acionista, aportando o capital à sociedade, torna-se merecedor de uma administração que adote as medidas conducentes a uma compensadora remuneração para o seu investimento. O empregado, emprestando sua força de trabalho à empresa, faz jus a uma administração que lhe garanta o emprego, bem como um padrão de vida adequado. A comunidade, vivendo em estreito relacionamento com a empresa, merece desta não só a permanência naquele meio social, como igualmente a adoção de processos capazes de evitar danos ou prejuízos à população local e ao meio ambiente.

Esta visão em destaque é a função social, que deve ser sempre observada pelos acionistas controladores e por aqueles incumbidos da administração das Sociedades Anônimas. E essa função social, dissecada acima por Tavares Borba, está positivada, quanto ao controlador e aos administradores, nos artigos 116 e 154, da Lei nº 6.404/76. E o autor (2018, p. 164), dispõe, que tais normas não possuem “natureza programática ou simplesmente indicadora de critérios interpretativos. Trata-se de regra autoexecutável, com nítido caráter imperativo, pois impõe [...] determinado comportamento”.

Com efeito, fixa-se que o intuito lucrativo e de valorização do capital em favor dos acionistas, investidores desse tipo societário, de modo difuso no mundo, é um direito. Nada obstante, esses direitos podem estar limitados pela função social – que pode ser destacada em favor dos empregados da companhia ou da própria comunidade. E, neste sentido, é importante compreender mais precisamente no que consiste esse dever de função social da empresa, para compreensão sobre as repercussões de eventuais desvios dessa finalidade lucrativa em prol do atendimento dos direitos desses atores (empregados e comunidade).

3. A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO DEVER FUNDAMENTAL FUNDADA NA SOLIDARIEDADE

Antes mesmo de compreender se são justificáveis os desvios da finalidade lucrativa para atendimento a interesses que não os patrimoniais, mas dos empregados e comunidade, direta ou indiretamente afetados pela existência da sociedade empresária anônima transnacional, cumpre analisar a caracterização da função social como um dever fundamental, constitucionalmente previsto.

Neste espeque, importante analisar o conceito de deveres fundamentais, elaborado pelo Grupo de Pesquisa “Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais”, coordenado pelos professores doutores Daury Cesar Fabríz e Adriano Sant’Ana Pedra, do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado e Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, que consistem em

[...] uma categoria jurídico-constitucional, fundada na solidariedade, que impõe condutas proporcionais àqueles submetidos a uma determinada ordem democrática, passíveis ou não de sanção, com a finalidade de promoção de direitos fundamentais.

Do excerto, observa-se que a teoria dos deveres fundamentais é pautada na solidariedade. Essa solidariedade, que se encontra prevista no art. 3º, I, da Constituição Federal, foi explicada por Freitas e Pedra (2015, p. 63), como um dever para “além da atuação estatal”, sendo “necessários certos comportamentos positivos e negativos das pessoas para a proteção de direitos fundamentais”.

Explicam a solidariedade como a busca pela “satisfação das necessidades básicas do ‘outro’” (FREITAS e PEDRA, 2015, p. 64):

A solidariedade é a maneira de atuar que impele à vontade individual e coletiva para buscar conscientemente a satisfação das necessidades básicas do “outro”. Como a solidariedade é um comportamento consciente, é uma qualidade que só pertence aos seres humanos. Assim, é necessário ter capacidade para o cumprimento de um compromisso em relação ao “outro”. A solidariedade é um autêntico respeito pela espécie humana e também por seu entorno natural e social. O “outro” não é alguém fora de sua vida. Ou seja, as pessoas não só devem comportar-se no sentido de que suas condutas não causem dano ao “outro”, mas também a ética dos direitos humanos baseia-se na prática da solidariedade.

Assim, a liberdade deve ceder à solidariedade. Mas isso não significa que se esteja tolhendo a liberdade de uma pessoa; pelo contrário, a solidariedade garantirá a liberdade de todos. Para tanto, é preciso que as pessoas renunciem ao egoísmo. (FREITAS e PEDRA, 2015, p. 64)

Melhor explicitando a ideia de solidariedade, Diniz (2008, p. 31), em artigo no qual se dedicou especificamente ao tema, dispõe que advém desde Aristóteles, por entender que o “Homem não é um ser que possa viver isolado; é, ao contrário, ordenado teleologicamente a viver em sociedade”. Ou seja, no sentido finalístico do existir da humanidade está o ser social, a convivência em grupo.

E seria justamente por isso que a solidariedade “exorta atitudes de apoio e cuidados de uns com os outros. Pede diálogo e tolerância. Pressupõe um reconhecimento ético e, portanto, co-responsabilidade” (DINIZ, 2008, p. 32).

Mendonça (2014, p. 91) expõe acerca da necessidade das relações privadas observarem a “justiça social fulcrada na solidariedade” que

O desenvolvimento pleno do contrato deve permitir verificar a concretização da justiça social enquanto construção moral fulcrada na paridade de direitos e na solidariedade coletiva, considerando, no ato da manifestação da vontade que a o exercício da liberdade individual deve ser equânime entre os cidadãos, de forma que, o direito é limitado pela razão e as obrigações devem ser honradas em respeito à solidariedade para com o outro, que se deve fomentar em respeito a defesa e manutenção da liberdade.

Inclusive, Reis e Dias (2011, p. 173) afirmam que a função social “visa a impedir a sobreposição particular sobre a coletividade e os direitos fundamentais”. E esse ensinamento dialoga diretamente com o já citado Diniz (2008, p. 33), que defende, justamente que

a modernidade política põe a necessidade dialética de um passo maior em direção à justiça social: o compromisso constante com o bem comum e a promoção de causas ou objetivos comuns aos membros de toda a comunidade.

E é importante observar que essa visão acerca da importância da solidariedade para a sociedade, pois corremos o “risco de perder o conceito de responsabilidade pública, ante a descrença no Estado e o quadro de competitividade e individualismo exacerbado” (ROSSO, 2007, p. 13). A ideia do autor parte do pressuposto de que há a “intenção de que a

solidariedade deixe de ser apenas algo “desejável” para se tornar atuação obrigatória de toda a sociedade”, pois “não se tem a mera pretensão de se garantir a liberdade, mas também de estimular a atuação de toda a sociedade em prol da igualdade” (ROSSO, 2007, p. 14).

Nesse contexto, à luz desses fundamentos, retornando à percepção apresentada no tópico anterior, é possível compreender que o necessário balizamento da finalidade lucrativa da sociedade empresária, em especial a Sociedade Anônima transnacional, de capital aberto, que, além dos próprios interesses da comunidade e empregados (micro interesses), encontra-se em um patamar de impacto em interesses transindividuais (macro interesses), concernentes a toda uma coletividade (um país e até globalmente considerada). Assim, qualquer modificação estrutural dessas sociedades, seja em sua estrutura organizacional, ou até mesmo nas alterações financeiras que sofram, causam impactos relevantes de modo global.

E esse impacto deve sempre ser balizado por meio de uma visão de função social, fulcrada nessa solidariedade que foi bem explicitado por Basso (2016, p. 91) quando aduz que

[...] os deveres fundamentais encontram fundamento jurídico na solidariedade, que decorre da necessidade de o ser humano ser reconhecido como “responsável pela comunidade à sua volta”, eis que a sociedade pressupõe um respeito mútuo entre os indivíduos, sem o qual se inviabiliza qualquer convívio (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 138). Ao posicionar a solidariedade como fundamento dos deveres fundamentais, estes passam a significar a inserção de valores comunitários nas relações privadas, conduzindo o indivíduo a parâmetros éticos diferenciados da lógica de mercado, em seu sentido puramente individualista (DUQUE; PEDRA, 2013, p. 150-2).

Isso porque “solidariedade não prescinde do desejo de liberdade (preocupação individualista, também acatada pela Constituição), mas, indubitavelmente, a busca da igualdade é seu maior escopo” (ROSSO, 2007, p. 15).

Vê-se dos ensinamentos dos autores citados (tanto naquilo concernente à teoria dos deveres fundamentais/humanos quanto nos autores societários/comercialistas) que há um real encontro entre a função social da empresa e o próprio fundamento da teoria dos deveres fundamentais/humanos, que é, justamente, a solidariedade.

E além de encontrar a solidariedade fundamento constitucional no art. 3º, I, da

Constituição, está calçado no art. 170, III da Lei Maior. O aludido dispositivo, que regula a “ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa” deixa evidente que esta organização da economia está atrelada à busca pela existência digna de todos, ajustando-se aos ditames da justiça social, observando, como princípio, dentre outros, a função social da propriedade, que lato sensu, compreende a função social da empresa (pessoa jurídica de direito privado, expoente da exploração da propriedade privada e dos bens de capital).

Fica muito evidente, neste sentido, considerando a função social da empresa como parte integrante da função social da propriedade, que se encaixa, a partir dessa compreensão como componente de um contexto constitucional de solidariedade, que a mesma encaixa-se nos exatos termos do conceito de dever fundamental.

Despiciendo entendimentos divergentes, a função social da propriedade, e aqui englobada a da empresa, por seu atrelamento à solidariedade para com a comunidade, os empregados, o meio ambiente, e outras partes interessadas, está nesse contexto das obrigações que a norma constitucional de função social impõe (FREITAS e PEDRA, 2015, 67). Nesse sentido também é a lição de Nery e Nery (2014, p. 894), ao elencar que

A função social da propriedade não pode ser vista como simples limitação ao direito de propriedade, porque provoca alteração material no conceito de propriedade. [...] A função social da propriedade não possui caráter programático. Sua positivação na ordem constitucional, seja como direito fundamental (CF 5.º XXIII), seja como princípio da ordem econômica (CF 170 III), permite sua aplicação imediata pelo Judiciário, independentemente de qualquer outra regulamentação ou complementação.

Com efeito, parece evidente que a função social, atrelada ao exercício empresarial/societário, fonte de formação de toda a interpretação do sistema de direito comercial, é um dever fundamental, embasado na solidariedade, que é a fonte conceitual dos deveres fundamentais.

Neste esboço, deve ser observada a função social sempre, inobstante o paradigma do objetivo da lucratividade. Isso deixa mais evidente que esse paradigma como um direito supostamente inviolável do acionista/investidor, nacional ou estrangeiro, não é absoluto e pode (deve) ser mitigado, em prol de interesses transindividuais relevantes.

4. O AUXÍLIO SOLIDÁRIO NO COMBATE À PANDEMIA FRENTE AO DIREITO DOS ACIONISTAS MUNDO AFORA À LUCRATIVIDADE E RETORNOS DOS INVESTIMENTOS

Fixada essa premissa da solidariedade como fonte de fundamento para a função social, afirmada aqui como um dever fundamental, limitador do paradigma do lucro, passa-se à observação da atuação das companhias transnacionais no combate à COVID-19 no mundo, durante a pandemia, que ainda está em franco curso, e a repercussão aos gestores (administradores/diretores/membros dos conselhos de administração) quanto definiram medidas de auxílio às comunidades.

Observe-se que o art. 154, da Lei nº 6.404/76 traz expressamente o dever de atenção à função social da empresa como algo a ser satisfeito pelo administrador no exercício de suas funções, pois “deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa”.

Nesse sentido, e, observada toda a construção anteriormente formatada quanto à função social da empresa se enquadrar como dever fundamental, fulcrada na solidariedade, limitadora do intuito puramente lucrativo, analisa-se a possibilidade, ou não, de responsabilização dos administradores que porventura tenham empregado auxílio no combate ao novo coronavírus (Sars-Cov-2), causador da pandemia da COVID-19, que originou a emergência global sanitária.

É importante verificar que muitos investidores mundo afora podem sentir seu direito aos lucros lesado em razão desses auxílios prestados, mormente se considerado que esses atos, tomados durante a pandemia, podem não ter sido autorizados pela assembleia geral – órgão máximo deliberativo da companhia.

E, se analisado por base do critério puramente finalístico, com olhos voltados ao paradigma do lucro, em tese, até haveria razão, pois, precipuamente, o intuito de se tornar acionista não é filantrópico ou solidário, mas sim patrimonial.

Ocorre que a atenção à função social decorre da própria lei, que, como já visto, impõe essa conduta aos diretores, controladores e à própria pessoa jurídica. E não é só isso, mas também se verificou que a função social é um dever fundamental, pois os indivíduos – e aqui

consideram-se todos esses listados acima – “precisam cumprir deveres para com o próprio corpo social, eis que a solidariedade é uma das facetas daquela dignidade, que só se realiza completamente em uma sociedade dotada de certo compromisso comunitário.” (BASSO, 2016, p. 92).

O cumprimento da função social, como um dever fundamental oriundo da solidariedade é, de fato, uma forma de efetivação da dignidade humana, da garantia do bem-estar social da comunidade onde se encontra a empresa.

Logo, a atuação em atenção a um bem comum maior, comunitário, ainda mais em se tratando de tão relevante prestação de auxílio para combate à calamidade sanitária, causada pela COVID-19, certamente se enquadra nessa ótica de um agir de acordo com a lei, com a Constituição.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dessa análise, fica clarividente que não deve prosperar eventual intento de responsabilização de administradores (ou até de controladores) das companhias transnacionais, pelo deferimento de auxílio no combate à pandemia, porque essa atuação, mesmo que desapegada de deliberação assemblear, se deu em prol de um bem maior, difuso, que atende à função social da empresa, que, como defendido por Gomes e Varela (1977, p. 217) “as grandes companhias, assumem poderes e responsabilidades que se apresentam como parte indispensável da preservação das instituições nacionais (ROSTOW).”

Esta visão, como feito na construção do presente trabalho, decorre do reconhecimento desses atos como integrados em um sistema de função social, que é imperativo, principalmente nessas companhias transnacionais, que assumem função extremamente relevante no cotidiano econômico, político e até organizacional dos países e, em alguns casos, até do mundo.

O poderio econômico gera uma relevância muito maior que o mero interesse patrimonial. E quanto maior essa relevância, maior se tornam as obrigações para com a comunidade, inclusive podendo essa comunidade ser considerada global.

E não é só isso, mas também a própria capacidade que muitas das vezes essas corporações possuem, a fim de criar, por exemplo, vias logísticas para presta auxílio a países,

ou até mesmo capacidade produtiva de determinados produtos ou serviços que não estão em seus escopos operacionais, mas que podem viabilizar a defesa dos interesses difusos, principalmente na situação calamitosa.

Com efeito, o eventual desvio no cumprimento de um interesse patrimonial/lucrativo da companhia para atenção a interesses da comunidade, em cumprimento da função social, que toma por base um princípio de solidariedade, ainda mais considerada a situação calamitosa causada pela pandemia, tem o condão de afastar qualquer eventual pretensão de responsabilização por eventual violação de expectativa de direito a lucros ou de valorização patrimonial.

Vale dizer, também, que essa atuação em prol da comunidade enseja ganhos intangíveis, no sentido reputacional, ou seja, engrandecem a imagem e prestígio da corporação no seio da sociedade em que se insere, e, em determinados casos, até no mundo todo, gerando, até mesmo, de maneira transversa, a possibilidade de retornos futuros.

6. REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Erasmo Valladão; FRANÇA, Novaes; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Empresa individual de responsabilidade limitada e sociedades de pessoas**, 2 ed. rev. atual. e ampl. In CARVALHOSA, Modesto (coord.) Coleção tratado de direito empresarial, vol 2. São Paulo: Thomson Reuters, 2018

BASSO, Joaquim. Notas sobre o regime dos deveres fundamentais. **Revista direito UFMS**. Campo Grande, MS. v.1. n. 2. p. 87-108. jan./jun. 2016.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**, 16^a ed. São Paulo: Atlas, 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 70/2012. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2007

CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando. **Sociedades Anônimas**, 2 ed. rev. atual. e ampl. In CARVALHOSA, Modesto (coord.) Coleção tratado de direito empresarial, vol 3. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: Direito de Empresa**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Vol 1 e 2.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. Estado social e princípio da solidariedade. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 3, p. 31-48, jul./dez. 2008.

FABRIZ, Daury César; GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti. Dever fundamental: a construção de um conceito. **Teoria geral e mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha: Tomo I**. DE MARCO, Cristhian Magnus; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; STEINMETZ, Wilson (org). Joaçaba: Unoesc, 2013. – (Série Direitos Fundamentais Civis), p. 87-96.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. **A business judgement rule no quadro dos deveres gerais dos administradores**. In LUPION, Ricardo (Org.), 40 anos da lei das sociedades anônimas (6404/76). Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2017.

FREITAS, Rodrigo Cardoso de; PEDRA, Adriano Sant’Ana. Função social da propriedade como um dever fundamental. **Revista da faculdade de direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 66, pp. 53 - 74, jan./jun. 2015.

GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti. Empreendedorismo particular e dever fundamental de diagnosticar e planejar: uma análise no contexto jurídico brasileiro. **Revista de direito ambiental**. RDA. vol. 89. jan./mar. 2018.

LIMA, Osmar Brina Correia da. **Regra de Julgamento de Negócios (“Business Judgement Rule”)**. In Direito societário: estudos sobre a Lei de Sociedades por Ações/Coordenador Alexandre Couto Silva. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDONÇA, Saulo Bichara. Boa-fé: condicionante da eficácia nas relações contratuais. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, vol. 15 n. 2, p. 89-106, jul./dez. 2014.

NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. **Regra de Julgamento de Negócios (“Business Judgement Rule”)**. In Direito societário: estudos sobre a Lei de Sociedades por Ações/Coordenador Alexandre Couto Silva. São Paulo: Saraiva, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. Coordenadores: Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PARGENDLER, Mariana. **Responsabilidade civil dos administradores e business judgement rule**. In LUPION, Ricardo (Org.), 40 anos da lei das sociedades anônimas (6404/76). Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2017.

PEDRA, Adriano Sant’Ana. A importância dos deveres humanos na efetivação de direitos. **Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha**. ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜLER, Hans Jörg; PAULO, Hahn (org.). Joaçaba: Unoesc, 2013. p. 281-301.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz, **Direito empresarial**: 7. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

REIS, Jorge Renato dos; DIAS, Felipe da Veiga. As liberdades informativas e a participação privada dos meios de comunicação no processo de desenvolvimento democrático: um paralelo entre os monopólios econômicos e os interesses sociais. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 10, p. 171-190, jul./dez. 2011.

ROSSO, Paulo Sergio. Solidariedade e direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 3, p. 11-30, jul./dez. 2007.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Elementos para uma teoria dos direitos fundamentais: uma perspectiva jurídica. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. vol. 95. ano 24. p. 125-159. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2016.

VIEIRA, Pedro Gallo; PEDRA, Adriano Sant'Ana. O rol de deveres fundamentais na Constituição como *numerus apertus*. **Derecho y Cambio Social**, ano 10, v. 31, p. 1-14, jan./mar. 2013.

WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. **Teoria geral da empresa**, 2 ed. rev. atual. e ampl. In CARVALHOSA, Modesto (coord.) Coleção tratado de direito empresarial, vol 1. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

Data da submissão: 08/04/2021

Data da primeira avaliação: 16/04/2021

Data da segunda avaliação: 09/08/2021

Data da terceira avaliação: 30/08/2021

Data da aprovação: 30/08/2021

**A OBRIGAÇÃO DE RESGUARDO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL E
O PODER POTESTATIVO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA DE FIRMAR
TRATADOS INTERNACIONAIS: ANTINONÍMIA NO SISTEMA
CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.**

*THE OBLIGATION TO RESPECT HUMAN RIGHTS IN BRAZIL AND THE
POTESTATIVE POWER OF THE PRESIDENT OF THE REPUBLIC OF FIRING
INTERNATIONAL TREATIES: ANTHINONYMIA IN THE BRASILIAN
CONSTITUTIONAL SYSTEM.*

Marcos Roberto Funari¹

Motauro Ciocchetti de Souza²

RESUMO: A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República e esteio do Estado Democrático de Direito. Decorre desse axioma a previsão do art. 4º, inciso II, da Constituição Federal, segundo o qual o Brasil está obrigado a primar pelo resguardo dos Direitos Humanos nas suas relações internacionais, hauridos os princípios protetivos advindos de tratados e convenções ao patamar dos direitos fundamentais, desde que firmados pelo Brasil (art. 5º, § 2º, da Constituição Federal). A envergadura de tais direitos – que devem ser vivificados para a consagração do vetor da dignidade da pessoa humana e que se encontram legitimados pela observância do devido processo legal internacional em sua construção – parece soar contraditória com o poder discricionário do Presidente da República de celebrar tratados, convenções e atos internacionais (art. 84, VIII, da Constituição Federal), sujeitos a referendo do Congresso Nacional (art. 49, I, da Constituição Federal). O presente texto intenciona, justamente, analisar a compatibilidade entre tais princípios, ambos advindos do constituinte originário, no sentido de afirmar a existência de vinculação do Chefe do Executivo quanto à assecuração da plena efetividade dos Direitos Humanos no Brasil.

Palavras-chave: Convenções e tratados de direitos humanos; Internalização; Princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito; Vinculação do Presidente da República.

ABSTRACT: The dignity of the human person is one of the foundations of the Republic and the mainstay of the democratic rule of law. It follows from this axiom the provision of art. 4, item II, of the Federal Constitution, according to which Brazil is obliged to strive for

¹ Mestre em Direitos Humanos pela PUC/SP. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. marcos.funari@gmail.com

² Professor Assistente-doutor nos cursos de graduação, mestrado e doutorado da PUC/SP. motauri@uol.com.br

the safeguarding of human rights in its international relations, having safeguarded the protective principles arising from treaties and conventions to the level of fundamental rights, provided that they are signed by Brazil (art. 5, § 2, of the Federal Constitution). The scope of such rights - which must be lived up to the consecration of the dignity vector of the human person and which are legitimized by the observance of the due international legal process in its construction - seems to be contradictory with the private and discretionary power of the President of the Republic to enter into international treaties, conventions and acts (art. 84, VIII, of the Federal Constitution), subject to referendum by the National Congress (art. 49, I, of the Federal Constitution). The present text intends, precisely, to analyze the compatibility between such principles, both coming from the original constituent, in the sense of affirming the existence of a link between the Chief Executive regarding the assurance of the full effectiveness of Human Rights in Brazil.

Key-words: Human rights conventions and treaties. Internalization. Principles of human dignity and Democratic Rule of Law. Binding of the President of the Republic.

Sumário: 1. Introdução; 2. Discorrendo sobre direitos humanos. Conceito. Direitos humanos e direitos fundamentais. Organismos internacionais de proteção dos direitos humanos; 3. O direito internacional dos direitos humanos e suas fontes. O sistema brasileiro de incorporação dos tratados de direitos humanos; 4. Efetividade interna das normas internacionais de direitos humanos à luz do art. 4º da Constituição Federal; 5. Interpretação dos artigos 49, I, e 84, VIII, da Constituição Federal, frente ao disposto no artigo 4º, II, da Carta de 1988. Cotejo entre os §§ 1º e 2º do artigo 5º e o artigo 4º da Constituição Federal e o poder do Presidente da República de firmar ou não um tratado, viabilizá-lo e concretizá-lo; 6. Considerações finais; 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO.

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República e esteio do Estado Democrático de Direito. Não por outro motivo, o país está obrigado a primar pelo resguardo dos Direitos Humanos nas suas relações internacionais, hauridos os princípios protetivos advindos de tratados e convenções ao patamar dos direitos fundamentais, desde que firmados pelo Brasil (arts. art. 4º, II, e 5º, § 2º, da Constituição Federal). A relevância desses direitos parece soar contraditória com o poder privativo e discricionário do Presidente da República de celebrar tratados, convenções e atos internacionais (art. 84, VIII, da Constituição Federal), sujeitos a referendo do Congresso Nacional (art. 49, I, da Constituição Federal).

Neste trabalho, analisaremos a compatibilidade entre tais princípios, discutindo se seria possível concluir pela vinculação dos poderes do Presidente da República ao primado

da universalização progressiva das normas de direito internacional dos direitos humanos, afastando critérios de conveniência e oportunidade quando se trate de incorporá-las ao arcabouço jurídico nacional.

Para tanto, num primeiro tópico, discorreremos sobre direitos humanos e direitos fundamentais, conceituando-os. Depois, trataremos do direito internacional dos direitos humanos, suas fontes, voltando a atenção aos tratados de direito internacional de direitos humanos e ao sistema brasileiro de incorporação ao arcabouço jurídico nacional. O item seguinte se dedica à efetividade interna das normas internacionais à vista do disposto no art. 4º, II, da Constituição Federal. Para concluir, promoveremos a interpretação dos artigos 49, I, e 84, VIII, da Constituição Federal, frente ao disposto no artigo 4, II, da Carta de 1988, procedendo ao cotejo dos §§ 1º e 2º do art. 5º, com o art. 4º, da Constituição Federal, e o poder do Presidente da República de firmar ou não um tratado, viabilizá-lo e concretizá-lo.

2. DISCORRENDO SOBRE DIREITOS HUMANOS. CONCEITO. DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS. ORGANISMOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A tarefa de conceituar direitos humanos remete aos primados da liberdade, da igualdade e da dignidade do ser humano.

Desde que o patamar mínimo desses valores seja assegurado, já é possível falar, em princípio, numa existência que proporcione bem-estar, além de oportunidade de desenvolvimento individual e social.

A liberdade implica em respeito a essa individualidade, quer pelos semelhantes, quer pelo Estado. A par da abstenção de controles, pode, ainda, traduzir-se na possibilidade de exigir-lhes a atuação para garantia de direitos e satisfação das necessidades básicas.

A igualdade, no fato objetivo de que todos devem receber tratamento semelhante pela lei e não de ter as mesmas oportunidades de exercerem os seus direitos.

Quanto à dignidade, na definição proposta por Ingo Wolfgang Sarlet, consiste na “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade”. Reúne, então, “um complexo de direitos e deveres fundamentais” cujo objetivo é resguardar a pessoa contra “ato de cunho degradante

e desumano”, proporcionar-lhe “as condições existenciais mínimas para uma vida saudável”, além de “promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos” (SARLET, 2001, p. 60).

Daí a definição de direitos humanos de Antônio Enrique Pérez Luño, sempre lembrada, por conta da referência ao componente histórico que deve se fazer presente nessa tarefa. Trata-se do

conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional (PÉREZ LUNÓ, 1995, p. 48).

Recorde-se que os direitos humanos se distinguem dos direitos fundamentais.

Objetivamente, fundamentais são os direitos positivados, explícita ou implicitamente, na esfera constitucional, enquanto os direitos humanos se atrelam aos preceitos de direito internacional, condizentes com a dignidade do ser humano, independentemente da recepção por qualquer estatuto constitucional de um país. Estes últimos irradiam seus efeitos de modo universal, servindo a todos os povos e lugares. São bons exemplos desses diplomas a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Declaração Europeia de Direitos do Homem e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Contudo, uns não excluem os outros; ao contrário, interagem e devem complementar-se. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 admite a existência de direitos fundamentais além daqueles elencados nos diversos incisos do art. 5º (§ 2º do art. 5º da Constituição Federal). André de Carvalho Ramos observa que

Há sempre a possibilidade de uma compreensão aberta do âmbito normativo das normas de direitos humanos, que fixa margens móveis para o conjunto de direitos humanos assegurados em uma determinada sociedade. Enquadra-se como parte do conjunto dos direitos humanos, então, aquele direito cujo conteúdo é decisivamente constitutivo da manutenção da dignidade da pessoa humana em determinado contexto histórico. Esse filtro axiológico, que é a fundamentalidade material, existe mesmo com a positivação constitucional e internacional dos chamados direitos humanos, sendo também denominado eficácia irradiante dos direitos fundamentais. Assim, os direitos humanos são dotados de uma carga expansiva, devendo a sua interpretação ser ampliativa, de modo a favorecer o

indivíduo. Logo, como sustenta Rothenburg (1999, p. 59), ‘o catálogo previsto de direitos fundamentais nunca é exaustivo (inexauribilidade ou não tipicidade dos direitos fundamentais), a ele podendo ser sempre acrescidos novos direitos fundamentais’. A própria Constituição brasileira de 1988, em seu art. 5º, § 2º, faz remissão a outros direitos fundamentais não constitucionalizados. Fica claro que a fundamentalidade formal (fruto da positivação) aceita a fundamentalidade material (RAMOS, 2018, p. 263).

Efetivamente, o § 2º do art. 5º da Constituição estatui que os direitos e garantias expressos neste diploma não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

A referência aos tratados internacionais encontrada nesse importante dispositivo constitucional conduz à necessária abordagem sobre os organismos internacionais de proteção dos direitos humanos.

A experiência dolorosa da Segunda Grande Guerra conduziu a civilização mundial à idealização de mecanismos de garantia de proteção dos direitos humanos, sobressaindo a importância da dignidade humana, a ideia de limitação da soberania nacional e o reconhecimento de que os indivíduos possuem direitos inerentes à sua existência que devem ser protegidos. Por isso, são reconhecidos como sujeitos de direitos, antepondo-se à figura do Estado nessa qualidade.

Desse modo, tornam-se realidade não só o direito internacional dos direitos humanos, mas também organizações internacionais, das quais a expoente é a Organização das Nações Unidas (ONU).

Sidney Guerra lembra que a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem e da atuação da ONU, “as relações dos Estados com seus nacionais deixam de ter apenas o interesse doméstico e passam a ser de interesse internacional”. Reversamente, “o sistema internacional deixa de ser apenas um diálogo entre Estados, sendo a relação de um Estado com seus nacionais uma questão de interesse internacional.” (GUERRA, 2017, p. 113).

Além da Declaração Universal dos Direitos do Homem, têm destaque diversos tratados e convenções engendrados na senda da Organização das Nações Unidas, tais como os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Bem por isso, fala-se na existência de um sistema onusiano de proteção dos direitos

humanos, expressão utilizada em referência à Organização das Nações Unidas, particularmente destinado à contenção de abusos no mais das vezes perpetrados pelo Estado-membro, sem descartar a possibilidade de se estender tal sistema a governos que não integrem a organização, firme na impossibilidade do socorro indevido ao conceito de soberania para acobertar violações aos direitos humanos, que não mais se encaixam dentre as matérias exclusivas das jurisdições nacionais.

Esse sistema de proteção internacional dos direitos humanos é subdividido. Além daquele titularizado pela ONU, foram criados os sistemas regionais europeu, africano e americano, com suas Cortes e Comissões Internacionais.

Interessa-nos de perto o sistema americano, cujos procedimentos de proteção constam da Carta da Organização dos Estados Americanos, da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e da Convenção Americana de Direitos Humanos.

3. O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E SUAS FONTES. O SISTEMA BRASILEIRO DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

Tradicionalmente, afirma-se que o Estado, como pessoa jurídica, deve reunir elementos essenciais de constituição, que são o território, a população e exercício de poder, aqui incluída atuação soberana reconhecida interna e externamente.

Na ordem global, não temos um grande Estado, particularmente porque não existe um poder central a comandar a comunidade internacional pela aplicação coercitiva da ordem jurídica.

Na realidade, “o mundo é uma sociedade de Estados, na qual a integração jurídica dos fatores políticos ainda se faz imperfeitamente.” (DALLARI, 2013, p. 259).

A integração jurídica a que se refere Dalmo de Abreu Dallari não é a ideal, mas tem sido aperfeiçoada ao longo da história, tornando realidade, a partir da união consensual de diversos Estados e respeitando princípios como o da boa-fé e do *pacta sunt servanda*, a existência do direito internacional, cuja efetividade é perseguida por intermédio de organizações internacionais.

Em princípio, buscou-se, com o direito internacional, limitar-se as guerras de

conquista de territórios. Mais adiante, a preocupação voltou-se à contenção do ímpeto imperialista de alguns dos Estados europeus, que subjugarão e escravizaram povos por eles considerados não civilizados. Vieram, então, as duas grandes Guerras Mundiais, a partir das quais, “em parte porque a própria guerra havia aproximado os Estados e, em parte pelo temor de nova conflagração, multiplicaram-se as organizações de Estados”, a par da formação da consciência comum de que o uso arbitrário da força era repulsivo (DALLARI, 2013, p. 261-262), tudo a contribuir, sobremaneira, para a consagração não apenas do direito internacional, também nominado “direito das gentes” (REZEK, 2010, p. 3), mas também do importante ramo que é o direito internacional dos direitos humanos.

Avanço importante a ser destacado ao longo desse período histórico, portanto, é o de que o direito internacional passou a servir não só aos interesses dos Estados enquanto entes jurídicos – uma relação interestatal, principalmente com intuito econômico-financeiro –, mas também e principalmente às pessoas como sujeitos de direitos.

Nessa seara, sobreleva considerar que

uma inovação de extraordinária importância para a humanidade e que teve início com a extinção da União Soviética e o conseqüente fim da Guerra Fria foi o reordenamento das relações jurídicas internacionais e a valorização dos tratados e das convenções. A par do surgimento de novas alianças e da recuperação dos ideais de alianças regionais, vem ocorrendo, com muita evidência, o aumento da autoridade efetiva, não apenas formal, das normas internacionais de afirmação e proteção dos Direitos Humanos. Identificou-se, desde então, a exigência de cumprimento das obrigações internacionais assumidas pelos Estados tendo por objetivo a proteção da dignidade da pessoa humana. A par da ativação das Cortes internacionais e de outros instrumentos de controle do respeito aos tratados e demais normas de Direitos Humanos, passou-se a exigir a criação de condições para que sejam efetivados os direitos fundamentais, sem qualquer espécie de discriminação ou marginalização. Apesar de haver ainda muitas resistências, pode-se afirmar que ganhou novo impulso a busca da universalização dos Direitos Humanos (DALLARI, 2013, p. 269).

Nessa linha de exposição, Antônio Augusto Cançado Trindade, prefaciando obra jurídica de Flávia Piovesan (2015, p. 59, grifo do autor), afirma que o direito internacional dos direitos humanos consubstancia “um *direito de proteção*, marcado por uma lógica própria, e voltado à salvaguarda dos direitos dos seres humanos e não dos Estados”, ou seja,

Podemos, na verdade, ir mais além do plano puramente internacional, ao articular

a formação do novo *Direito dos Direitos Humanos*, a abranger as normas de proteção de origem tanto internacional quanto nacional. Este novo direito impõe-se, a meu modo de ver, de modo irreversível, pela conjunção de dois significativos fatores: por um lado, a atribuição expressa de funções, pelos próprios tratados de direitos humanos, aos órgãos públicos do Estado; e, por outro, a referência expressa, por parte de um número crescente de Constituições contemporâneas, aos direitos consagrados nos tratados de direitos humanos, incorporando-os ao elenco dos direitos garantidos no plano do direito interno. Desse modo, o direito internacional e o direito público interno revelam uma alentadora identidade de propósito de proteção do ser humano, e contribuem à cristalização do novo Direito dos Direitos Humanos.

Assistimos, na esfera internacional, para além da normatização das relações entre Estados, ao disciplinamento das relações Estado-indivíduo, em homenagem à dignidade humana.

Flávia Piovesan, no capítulo em que trata da relação da Constituição brasileira de 1988 com os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, na obra *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, também aborda o tema ao discorrer sobre a “emergência de um novo paradigma jurídico” (PIOVESAN, 2015, p. 181-184).

A jurista observa que, na América Latina, essa relação das Constituições com o direito internacional dos direitos humanos é viabilizada por cláusulas de abertura constitucional. De seu turno, num verdadeiro diálogo, o direito internacional dos direitos humanos traz “parâmetros protetivos mínimos sob o lema da primazia da norma mais favorável e mais benéfica à vítima”. É certo que “É a partir dos diálogos local-regional-global em um sistema jurídico multinível que se vislumbra a emergência de um novo paradigma jurídico” (PIOVESAN, 2015, p. 182).

Bem por isso a autora entende haver uma crise do que denomina paradigma tradicional. Além disso, descortina-se “a emergência de um novo paradigma a guiar a cultura jurídica latino-americana”, vale dizer, pelo primeiro dos critérios, a Constituição estava no ápice da ordem jurídica, o direito estava calcado na ordem jurídica interna, prevalentemente normativa, e sobrepujavam a soberania do Estado no âmbito externo e a segurança nacional internamente.

Agora, a Constituição e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos figuram no cume de um trapézio imaginário, verificando-se a “integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, ampliando e

expandindo o bloco de constitucionalidade”, proporcionando justamente a “abertura do direito”.

Há uma terceira característica desse novo paradigma, que consiste no *human rights approach*, e tem como guias mestras “a soberania popular e a segurança cidadã no âmbito interno.” (PIOVESAN, 2015, p. 183).

Enfim, vislumbra-se a materialização de um sistema normativo internacional próprio, calcado na dignidade humana, a ser irradiado e adotado pelos que estão na lida com o direito, como condicionante de validade das Constituições nacionais e de todo o arcabouço normativo delas decorrente.

Quanto às fontes do direito internacional dos direitos humanos, de acordo com o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça³, podemos afirmar que as normas internacionais têm forma convencional (onde se enquadram os tratados de direito internacional) e extraconvencional. Nesta última categoria, encontram-se os costumes, os princípios gerais do direito, os atos unilaterais e as decisões das organizações internacionais.

Interessam-nos particularmente, aqui, os tratados de direitos humanos e o sistema brasileiro para a respectiva incorporação ao arcabouço jurídico nacional.

Cada Estado pode disciplinar a forma de celebrar tratados, a maneira como eles se incorporam ao direito interno e a hierarquia que assumem assim que ratificados.

No direito comparado, é possível identificar uma tendência à incorporação automática dos tratados de direitos humanos ratificados.

Assim, em Portugal as normas e os princípios de direito internacional integram o direito do país. As normas constantes de convenções internacionais ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado português. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte, como a ONU, vigoram diretamente na ordem interna, bastando que isso se encontre expressamente estabelecido nos respectivos tratados constitutivos (art. 8º da Constituição da República Portuguesa).

³ O Decreto n. 19.841, de 22 de outubro de 1945, promulgou a Carta das Nações Unidas, tendo como anexo o Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

Nesse mesmo diapasão, temos as regras do direito francês (art. 55 da Constituição), espanhol (art. 96 da Constituição), austríaco (art. 9º da Constituição), holandês (art. 63 da Constituição) e suíço, que não traz previsão semelhante em âmbito constitucional, porém conta com a admissão da doutrina e da jurisprudência (PIOVESAN, 2015, p. 166).

Na Alemanha, as normas gerais de direito internacional público integram o direito federal, sobrepõem-se às leis e constituem fonte direta de direitos e obrigações para os habitantes do território federal. É facultado à federação transferir direitos de soberania para organizações supranacionais (artigos 24 e 25 da Lei Fundamental da República).

Na América Latina, as Constituições da Argentina, Venezuela, Peru, Nicarágua, Guatemala, Colômbia, Bolívia, Chile, Equador e México tratam da abertura ao direito internacional dos direitos humanos, da incorporação automática dos tratados ratificados e, quando não conferem hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, asseguram que tenham posição especial em relação ao ordenamento interno, casos estes da Guatemala, da Colômbia e da Bolívia.

No que se refere à atenção dispensada às normas internacionais de direitos humanos, merecem destaque dois blocos de países. Num primeiro bloco estão Peru e Nicarágua, ao preverem, em suas Constituições, a incorporação ao direito interno as disposições da Declaração Universal de Direitos Humanos. Na Nicarágua, conforme afirma Piovesan (2015, p. 152-153), a Constituição vai além, abarcando os direitos previstos não só na Declaração Universal, mas também na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, nos pactos de Direitos Humanos da ONU e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

No outro bloco, encontram-se o Equador e o México, que “apresentam maior grau de refinamento no tocante às cláusulas de abertura”, na medida em que consagram “a regra interpretativa do princípio *pro persona*, radicada na primazia da norma mais benéfica, mais protetiva e mais favorável, tendo como vetor maior a prevalência da dignidade humana” (PIOVESAN, 2015, p. 154-155).

No Brasil, de acordo com a literalidade da Constituição Federal de 1988, é exigida a

ratificação dos tratados⁴, o que se concretiza através de um conjunto de atos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, conjugados.

Rezam os §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal que “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” e que “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”.

O Presidente da República tem poderes para “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional” (art. 84, VIII, da Constituição Federal), enquanto ao Congresso Nacional compete “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (art. 49, I, da Constituição Federal).

Em apertada síntese, havendo interesse do país em aderir ao tratado, o que se verifica na fase de negociação, o Presidente da República subscreve o documento, enviando-o ao Congresso Nacional para aprovação, que se dá através de Decreto Legislativo. Com a aprovação da Casa de Leis, o Chefe do Executivo está apto a ratificá-lo, fazendo-o através da troca (caso o tratado seja bilateral) ou do depósito do instrumento (na hipótese de tratado multilateral) de ratificação junto ao Estado ou ao organismo internacional encarregado da custódia do documento.

No Brasil, existe uma praxe segundo a qual, após a ratificação, para a materialização interna do que foi ajustado, deve ser editado um decreto de execução, baixado pelo Presidente da República, promulgando e publicando no Diário Oficial da União o conteúdo do tratado.

É o procedimento agasalhado pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 1.480-DF, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo STF, n. 109, DJU, 13.5.1998). Para a Corte,

O decreto presidencial que sucede à aprovação congressional do ato internacional e

⁴ A Constituição brasileira utiliza a expressão “tratados” para se referir a qualquer tipo de acordo entabulado entre Estados, regulado pelo Direito Internacional (PIOVESAN. 2015, p. 110). Abrange convenções, acordos, protocolos e troca de instrumentos.

à troca dos respectivos instrumentos de ratificação, revela-se – enquanto momento culminante do processo de incorporação desse ato internacional ao sistema jurídico doméstico – manifestação essencial e insuprimível, especialmente se considerados os três efeitos básicos que lhe são pertinentes: a) a promulgação do tratado internacional; b) a publicação oficial de seu texto; e c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno.

Entretanto, não há previsão constitucional desse pressuposto de eficácia interna do tratado, diversamente do ocorrido com as leis em geral por força do art. 84, IV, da Carta Magna.

Assentado que, por força do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, os tratados de direitos humanos integram o direito interno, é preciso rememorar que as normas incorporadas têm aplicação imediata a partir da ratificação, conforme dispõe o § 1º do art. 5º da Carta da República: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Entendemos, com apoio na doutrina de Flávia Piovesan (2015, p. 161-162), que o decreto de execução é desnecessário.

Digno de destaque, mais ainda, o alerta sobre a maneira incompleta como a Constituição Federal de 1988 disciplinou o ritual de ratificação dos tratados nos artigos 49 e 84:

Contudo, cabe observar que a Constituição brasileira de 1988, ao estabelecer apenas esses dois dispositivos supracitados (os arts. 49, I, e 84, VIII), traz uma sistemática lacunosa, falha e imperfeita: não prevê, por exemplo, prazo para que o Presidente da República encaminhe ao Congresso Nacional o tratado por ele assinado. Não há ainda previsão de prazo para que o Congresso Nacional aprecie o tratado assinado, tampouco previsão de prazo para que o Presidente da República ratifique o tratado, se aprovado pelo Congresso. Essa sistemática constitucional, ao manter ampla discricionariedade aos Poderes Executivo e Legislativo no processo de formação dos tratados, acaba por contribuir para a afronta ao princípio da boa-fé vigente no Direito Internacional (PIOVESAN, 2015, p. 116).

4. EFETIVIDADE INTERNA DAS NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS À LUZ DO ART. 4º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Linhas acima, tratamos do direito internacional dos direitos humanos, suas fontes, e verificamos que a incorporação dos tratados de direitos humanos no Brasil ocorre por meio da ratificação. Por força dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal, passam

automaticamente a integrar o ordenamento jurídico nacional, com hierarquia constitucional.

Vimos que as normas constitucionais que disciplinam a internalização dos tratados não são perfeitas, pois o rito adotado no país não é detalhado, particularmente quanto à fixação de prazos para deflagrar e processar a ratificação de tratados internacionais, o que pode ensejar a não ratificação ou a demora injustificada na concretização do ato complexo em que se consubstancia.

Foi o que se verificou com a incorporação da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, que aguardou 23 anos para ser enviado ao Congresso para aprovação.

Isso, enfim, prejudica ou mesmo impede a entrada em vigor dos atos internacionais relevantes, conforme observou Paula Wojcikiewicz Almeida, para quem

A falta de vontade política pode, portanto, prejudicar, ou até mesmo impedir a entrada em vigor dos atos internacionais. Pode eventualmente levar a excluir a participação do Congresso Nacional, quando este deveria se pronunciar. Esta mesma situação pode ocorrer quando o poder executivo não adota o decreto de promulgação de um tratado internacional. Mesmo que a promulgação intervenha após a aprovação legislativa, o poder executivo não é obrigado a fazê-lo. Portanto, é possível ativar desnecessariamente a máquina do processo legislativo mesmo que as razões de conveniência política conduzam o poder executivo a não mais se obrigar na esfera internacional. A exigência de promulgação não está prevista no texto constitucional, mas resulta de uma prática diplomática brasileira que data da época do Império. Essa prática já é incompatível com as exigências da sociedade internacional, favorecendo uma defasagem entre a entrada em vigor no nível internacional e a entrada em vigor no nível brasileiro. A consequência é uma insegurança jurídica que poderia levar a questionar os compromissos assumidos pelo Brasil no âmbito internacional (ALMEIDA, 2018, p. 386).

De fato, preocupa o hiato por vezes existente – e consta não serem poucas as situações em que isso ocorre⁵ – entre a assinatura de tratados de direitos humanos e a ratificação desses acordos, proporcionando um vazio que merece ser considerado.

Igualmente, preocupam a manifestação de desinteresse na ratificação de tratados já assinados, a denúncia, as possíveis reservas, declarações restritivas, cláusulas e procedimentos facultativos, e mesmo a eventual indiferença do país em face de tratados de direitos humanos disponibilizados para adesão, levando ao esvaziamento da proteção esperada – quando não, indispensável – dos direitos humanos.

⁵ Reportagem publicada em 22 de abril de 2014, no jornal **O Estado de S. Paulo**, indicando que o Brasil tinha mais de 300 acordos sem ratificação.

No Brasil, recentemente tivemos exemplos concretos dessas possibilidades.

O primeiro caso refere-se ao Acordo de Paris. No dia 22 de abril de 2016, o país firmou o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, ocorrida em 12 de dezembro de 2015.

Esse acordo foi aprovado pelo Congresso Nacional, que baixou o Decreto Legislativo n. 140, de 16 de agosto de 2016, e foi ratificado. O respectivo instrumento foi entregue às Nações Unidas em 21 de setembro de 2016, e promulgado pelo Presidente da República por meio do Decreto n. 9.073, de 05 de junho de 2017.

No entanto, com a mudança do governo federal ocorrida em 1º de janeiro de 2019, foi anunciado que o Brasil, devido a restrições fiscais e orçamentárias, não mais sediará a Conferência das Partes da Convenção do Clima das Nações Unidas, a COP-25, agendada para o final deste ano de 2019 e destinada a negociar a implementação do Acordo de Paris.

Além disso, o governo manifestou, internamente, a intenção de retirar-se do próprio Acordo de Paris, o que provocou reação contrária de vários setores da sociedade civil, incluindo o setor produtivo exportador, que se engajou no movimento porque, para o sucesso das suas transações comerciais, deve atender aos padrões dos mercados consumidores, principalmente os do Japão e da União Europeia, sempre exigentes no que se refere ao cumprimento de compromissos ambientais.

O segundo caso paradigmático, agora mais grave, refere-se à manifestação do país, junto à ONU, da intenção de revogar a adesão do Brasil ao Pacto Global para Migração Segura, Ordenada e Regular, sob justificativa de que seria preciso preservar a soberania nacional (AGÊNCIA BRASIL-EBC, 2019).

Nessas circunstâncias, não apenas o Estado brasileiro, mas também seus cidadãos, restam desguarnecidos dos seus direitos, criando situações de vulnerabilidade, decorrentes de tratados de direitos humanos ratificados, porém denunciados; tratados de direitos humanos ratificados que o Brasil pretenda denunciar – motivo pelo qual o Estado se mantém inerte no cumprimento dos compromissos assumidos –, podendo ser mencionados nessa situação, também, os tratados com declarações restritivas ou cláusulas e procedimentos facultativos que inviabilizem a efetivação completa dos direitos humanos; tratados assinados, mas não ratificados, sem perspectiva de que isso se concretize, quer por falta de

encaminhamento ao Congresso, quer pelo silêncio do Legislativo em apreciar os documentos encaminhados; tratados ratificados, mas que não foram promulgados, restando ser baixado o Decreto Presidencial; manifestação expressa, pelo Presidente da República, do não interesse na ratificação de tratados já assinados; e indiferença do país em face de tratados de direitos humanos disponibilizados para adesão.

Tudo nos leva a questionar, portanto, quais são os limites do poder atribuído ao Presidente da República e ao próprio Congresso Nacional nessa seara, respectivamente, pelos artigos 49, I, e 84, VII, da Constituição Federal, à vista dos princípios de direitos humanos positivados na Carta de República, particularmente daquele encontrado no art. 4º, II – vale dizer, a República rege-se nas suas relações internas e internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos.

De se indagar se estamos diante de poder discricionário ou de ato vinculado, mesmo para afirmar a compatibilidade entre as normas constitucionais citadas.

A ofensa aos direitos humanos nas situações de vulnerabilidade indicadas legitima o ofendido a exigir a abstenção de determinada conduta (obrigação de não fazer), a prestação do Estado (obrigação de fazer) ou o dever de indenizar, não sendo incomum a cumulação dessas pretensões.

Para isso, há de se socorrer aos órgãos competentes para apreciarem suas demandas. Eles exercerão o controle de convencionalidade, promoverão a integração do direito nacional, complementando-o em suas lacunas, tornando-o efetivo, ou, verificando ser o caso, compatibilizando a normatização interna com as regras do direito internacional dos direitos humanos, nesta última hipótese observando a legislação que proteja com maior eficácia o interessado.

No entanto, o Presidente da República, como mandatário da República, está obrigado a conferir, internamente, concretude imediata às normas de direito internacional de direitos humanos, para além de preservá-las, circunstância sobre a qual discorreremos a seguir.

5. INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 49, I, e 84, VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, FRENTE AO DISPOSTO NO ARTIGO 4º, II, DA CARTA DE 1988. COTEJO ENTRE OS §§ 1º E 2º DO ARTIGO 5º E O ARTIGO 4º

DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O PODER DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA DE FIRMAR OU NÃO UM TRATADO, VIABILIZÁ-LO E CONCRETIZÁ-LO

Neste tópico, impende verificar a existência de colisão entre o Estado de Direito e o Estado Democrático consubstanciada na concessão de poder potestativo ao Presidente da República e ao Congresso Nacional quanto à ratificação e a aprovação de tratados internacionais de Direitos Humanos.

Em decorrência do art. 4º, II, harmonizado com a previsão dos §§ 1º e 2º do art. 5º, da Constituição Federal, fala-se no controle de convencionalidade interna e externa.

Inclui-se, aí, a atividade integrativa do direito nacional para proteção dos direitos humanos, fazendo incidir a norma que mais os agasalhe, preenchendo-se a lacuna naquelas situações de vulnerabilidade com as normas extraconvencionais do direito internacional dos direitos humanos, das quais a Declaração Universal dos Direitos Humanos é a expoente.

No particular caso do Brasil, essa atividade integrativa decorre da observância da Declaração Universal, mas também, não exaustivamente, da aplicação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos).

Até esse ponto, no entanto, assistimos a uma postura reativa do Estado, provocada por aqueles que se acham vitimizados.

Ocorre que a ordem jurídica nacional e internacional demanda outra postura governamental, que é a de protagonista na defesa dos direitos humanos, de modo que os poderes do Presidente da República e do próprio Congresso Nacional no processo de ratificação e manutenção dos tratados de direitos humanos estão vinculados a princípios e regras positivadas na Constituição Federal, particularmente, no que aqui nos afeta, ao princípio encontrado no art. 4º, II, da Carta de 1988, aliado à circunstância irrefutável de que vivemos em um Estado Democrático de Direito

destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias” (Preâmbulo da Constituição Federal de 1988).

As normas constitucionais insertas nos arts. 4º, II, e 5º, § 2º, apregoam a supremacia dos Direitos Humanos, assim como a sua imediata efetividade.

O art. 84, VIII da Constituição Federal parece conferir poder ilimitado ao Presidente da República quanto à análise de requisitos tais como os de conveniência e oportunidade antes de ratificar tratados internacionais protetivos de Direitos Humanos. No entanto, cabem algumas considerações sobre o tema.

A norma constitucional em comento encontra-se amparada pelo Estado de Direito, vez que inserta no texto originário da Constituição Federal de 1988, fator apto inclusive a obstaculizar o reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

Pode-se resumir o fenômeno constitucional ou aquilo que denominam Constitucionalismo, mais precisamente no caso brasileiro, como uma síntese do conteúdo da Constituição Federal de 1988, o qual se divide, basicamente, na estruturação do Estado (Soberano) e na previsão de direitos mínimos para os indivíduos e para a coletividade, consubstanciados nos direitos fundamentais (SOUZA e OLIVEIRA, 2017, p. 311).

Não podemos nos olvidar de que essa “construção” é pautada e deve ser interpretada com base em dois princípios estruturantes, como tal escolhidos pela Assembleia Nacional Constituinte: Estado Democrático e Estado de Direito. Tamanha deve ser a sinergia entre eles que o texto constitucional emprega a expressão “Estado Democrático de Direito”, a fim de consignar a correlação harmônica entre ambos, não se podendo admitir que um ou outro caminhe isoladamente.

Nesse sentido, o que buscamos frisar é a necessidade de que, ao analisar o conteúdo normativo constitucional do preceituado no inciso VIII do art. 84, não devemos fazê-lo apenas pautados no seu caráter de positivação originária, o que estaria de acordo com o denominado Estado de Direito, mas, a nosso ver, não condiria com o seu princípio estruturante “siamês”, o Estado Democrático. Tratando-se de Princípios Fundamentais estruturantes (Constituição Federal de 1988, artigo 1º *caput*), conectados como são, não podem ser invocados, aplicados e interpretados de modo apartado.

Assim, deve-se conferir interpretação sistemática e teleológica aos artigos 49, I, e 84, VIII, da Constituição Federal, harmonizando-os com os fundamentos do Estado Democrático de Direito, máxime o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da

Constituição de 1988), e com os objetivos fundamentais da República relacionados no art. 3º da Carta Cidadã, de constituir uma sociedade livre, justa e solidária, de garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem assim de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Portanto, conclui-se que o poder conferido ao Presidente da República no tocante à internalização dos tratados internacionais de direitos humanos é vinculado – e não discricionário.

Dessa forma, garante-se a unidade da Constituição na busca da maior efetividade possível – leia-se concretização – dos direitos humanos e fundamentais.

A propósito, o Ministro Luís Roberto Barroso assevera que

“A ideia de unidade da ordem jurídica se irradia a partir da Constituição e sobre ela também se projeta. Aliás, o princípio da unidade da Constituição assume magnitude precisamente pelas dificuldades geradas pela peculiaríssima natureza do documento inaugural e instituidor da ordem jurídica. É que a Carta fundamental do Estado, sobretudo quando promulgada em via democrática, é o produto dialético do confronto de crenças, interesses e aspirações distintos, quando não colidentes” (BARROSO, 2008, p. 196). Mais ainda,

É precisamente por existir pluralidade de concepções que se torna imprescindível a unidade na interpretação. Afinal, a Constituição não é um conjunto de normas justapostas, mas um sistema normativo fundado em determinadas ideias que configuram um núcleo irreduzível, condicionante da inteligência de qualquer de suas partes. O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre as normas. Deverá fazê-lo guiado pela grande bússola da interpretação constitucional: os princípios fundamentais, gerais e setoriais inscritos ou decorrentes da Lei Maior” (BARROSO, 2008, p. 196).

Dessa forma, reforçamos: ainda que originário de 1988, o poder potestativo do Presidente da República de ratificar tratados internacionais não se coaduna com um dos Princípios Fundamentais da Magna Carta, o Princípio Estruturante do Estado Democrático, o qual, como vimos, compõe a fórmula Estado Democrático de Direito.

Nessa linha, Sidney Guerra consigna que

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CR/88) constitui-se em marco importante, uma vez que tal valor impõe-se como critério de orientação e interpretação de todo o ordenamento. A dignidade da pessoa humana representa significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira o ordenamento jurídico dos Estados de Direito (GUERRA, 2017, p. 220).

Condizente com a obrigação de o Presidente da República, em ato vinculado, internalizar as normas de direito internacional de direitos humanos, viabilizando, dentre outras providências, a adesão do país aos tratados internacionais de direitos humanos, o autor acima invocado leciona que em relação aos direitos sociais de cunho prestacional, por exemplo, o Estado é obrigado a adotar providências como a adequação da legislação às demandas da sociedade, o planejamento e a implementação de políticas públicas acompanhadas de previsão de recursos efetivos e suficientes a tanto, tudo para garantir níveis essenciais de direitos, observando premissas de progressividade e proibição de retrocesso (GUERRA, 2017, p. 215-216).

Essas premissas delineiam a atuação do Presidente da República, de forma que, por exemplo, na hipótese de tratados de direitos humanos ratificados, a denúncia é inconcebível, posto que vedado o retrocesso na proteção dos direitos humanos.

A partir da incorporação do tratado, ele passa a integrar as cláusulas pétreas. Para nós, inclusive, o § 3º do art. 5º da Constituição Federal, fruto de Emenda, é inconstitucional, de modo que os tratados incorporados têm *status* constitucional, formal e material. Não há fundamento para distinção entre tratados de direitos humanos aprovados ou não pelo rito qualificado. Eles têm a mesma natureza e objeto de proteção. Não existem categorias diferentes de direitos humanos. A denúncia, portanto, encontra obstáculo no art. 60, § 4º, IV, da Constituição de 1988.

Com isso, a denúncia pode eventualmente gerar a responsabilização do Presidente da República pelo desrespeito à regra e os legitimados do art. 103 da Constituição Federal, dentre eles o Procurador-Geral da República, estão autorizados a ajuizarem ações de controle abstrato, como Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação Direta de Constitucionalidade e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, para questionarem a legislação interna incompatível com os tratados incorporados sob o rito do § 2º do art. 5º da Carta de Princípios.

As mesmas conclusões se aplicam aos tratados de direitos humanos ratificados que o Brasil pretenda denunciar.

Nesse caso, ainda, o Estado não pode se manter inerte no cumprimento dos compromissos assumidos. Deve velar pela progressividade na concretização das obrigações pactuadas, eliminando, na medida do possível, mas numa solução de continuidade, as declarações restritivas ou cláusulas e procedimentos facultativos que inviabilizem a efetivação completa dos direitos humanos.

No tocante aos tratados ratificados, mas que não foram promulgados, restando ser baixado o Decreto Presidencial, entendemos que o decreto de promulgação não tem previsão legal, decorrendo de prática não mais admissível atualmente, porque implica no apequenamento do resguardo dos direitos humanos no país e na ofensa ao previsto nos §§ 1º e 2º do art. 5º, interpretados em harmonia com o art. 4º, II, da Constituição Federal. Portanto, nessas situações, os tratados devem ser considerados em pleno vigor.

Sobre os tratados assinados, mas não ratificados, sem perspectiva de que isso se concretize, quer por falta de encaminhamento ao Congresso, quer pelo silêncio do Legislativo em apreciar os documentos encaminhados, é preciso recordar que, dentre outros aspectos, o art. 18 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 7.030/2009, traz a obrigação de o país não lhes obstar o objeto e a finalidade antes da entrada em vigor:

Um Estado é obrigado a abster-se da prática de atos que frustrariam o objeto e a finalidade de um tratado, quando: a) tiver assinado ou trocado instrumentos constitutivos do tratado, sob reserva de ratificação, aceitação ou aprovação, enquanto não tiver manifestado sua intenção de não se tornar parte no tratado; ou b) tiver expressado seu consentimento em obrigar-se pelo tratado no período que precede a entrada em vigor do tratado e com a condição de esta não ser indevidamente retardada.

Entretanto, o Presidente da República não pode se mostrar desinteressado na ratificação de tratados já assinados ou indiferente em face de tratados disponibilizados para adesão.

Em apoio a essas conclusões, convém tecer algumas considerações sobre universalização, indivisibilidade, vedação de retrocesso e soberania e proteção internacional

dos direitos humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, contribuiu para consolidar “a chamada concepção contemporânea, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos” (CANOTILHO *et al.*, 2018, p. 160).

A universalização condiz com a imperiosidade da expansão dos direitos humanos a todos os recônditos do planeta, como também com a necessidade de conferir tratamento igualitário e uniforme aos conflitos de interesses surgidos a propósito dos mais variados temas, decorrentes do convívio em comunidade, sem distinção de classes ou de pessoas.

O desafio, aqui, consiste em “ser universal na diversidade”, conforme expõe André de Carvalho Ramos (2016, p. 209), considerando a diversidade cultural característica da humanidade.

A universalização é imprescindível, mesmo porque existem determinadas categorias de direitos humanos que exigem o concerto de todos os países do globo para serem resguardadas.

Exemplo marcante está no direito ao meio ambiente marinho ecologicamente equilibrado. Não importa o engajamento de alguns Estados em sua preservação se os demais frequentadores do ambiente assim não procederem e adotarem práticas degradadoras, como se verifica com a realização de testes nucleares, pesca predatória, descarte de resíduos e derramamentos de produtos ou substâncias poluentes.

Quanto à indivisibilidade, entende-se que os direitos humanos têm suas bases na garantia dos direitos civis e políticos como pressuposto do resguardo dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa, todos inter-relacionados por elos que não podem se romper.

Trata-se de formar “um todo inseparável, ligado em conjunto à ideia de dignidade da pessoa humana”, impedindo a cisão ou o resguardo de uma parcela em detrimento de outra sob a justificativa, por exemplo, de “atrasos econômicos ou problemas sociais ou políticos” (TRINDADE, 1997, v. 1, p. 227).

É o que foi estabelecido no art. 5º da Declaração de Viena de 1993, segundo o qual “todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de maneira justa

e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase”.

Consequentemente, é preciso estabelecer que a indivisibilidade também há de abranger os direitos da fraternidade, como a paz, o desenvolvimento, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, a preservação do patrimônio histórico e cultural, a autodeterminação dos povos, a democracia e o patrimônio genético, porque são valores atrelados à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial.

Essa perspectiva já encontrou ressonância na Corte Internacional de Justiça em 2011, quando foi solicitada a interpretar a sentença de 1962 prolatada no caso do Templo de Préah Vihear (Camboja *versus* Tailândia), não apenas para conferir proteção ao território local, mas também à população que ali vivia e ao Templo em si, declarado patrimônio cultural e espiritual da humanidade pela Unesco (TRINDADE, 2017, p. 130-131).

Cite-se, ainda, na mesma linha protetiva, a sentença de 31.03.2014, da Corte Internacional de Justiça, no caso da Pesca de Baleias na Antártida (Austrália *versus* Japão, com intervenção da Nova Zelândia), proibindo a atividade econômica para preservar os recursos marinhos vivos e o meio ambiente, ante o princípio da equidade intergeracional (TRINDADE, 2017, p. 156-158).

Arelada a essas duas premissas, temos a vedação de retrocesso, significando afirmar que não se pode admitir a reversão das conquistas havidas na proteção dos direitos humanos.

Nessa seara são frequentes os avanços e os retrocessos, mas o norte há de ser o do não amesquinamento ou diminuição das conquistas realizadas. Ao contrário, a tônica é de ampliação e da efetiva materialização das inovações positivas verificadas, ao menos no que toca ao conteúdo essencial dos direitos consagrados.

Cristina Queiroz, discorrendo, em Portugal, sobre o princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais, lembra que, adotado, implica em que “uma vez consagradas legalmente ‘as prestações’ sociais (v.g., de assistência social) o legislador não poderá depois eliminá-las sem alternativas ou compensações” (2006, p. 67). Ela exemplifica trazendo o que ocorre na esfera ecológico-ambiental:

a água, os solos, a fauna, a flora não podem ver aumentado o ‘grau de esgotamento’, surgindo os ‘limites do esgotamento’ como limite jurídico-constitucional da liberdade de conformação dos poderes públicos”, sob pena do

surgimento de uma “lacuna de proteção tão massiva ou generalizada” que ofenderia o Estado Democrático de Direito (QUEIROZ, 2006, p. 75-76).

É o que se acha expresso no artigo 2º, alínea 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, promulgado no Brasil pelo Decreto n. 591, de 06 de julho de 1992, e repetido no artigo 1º do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador), promulgado no País pelo Decreto n. 3.321, de 31 de dezembro de 1999:

Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

André de Carvalho Ramos argumenta que no Brasil a proibição do retrocesso encontra guarida nos seguintes dispositivos constitucionais:

1) Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*); 2) dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); 3) aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º); 4) proteção da confiança e segurança jurídica (art. 1º, *caput*, e ainda art. 5º, XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada); e 5) cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4º, IV (RAMOS, 2018, p. 103).

Como se nota, o tema também se afina com a possibilidade de revisão da Constituição e, assim, com a temática das cláusulas pétreas e da denúncia dos tratados de direitos humanos.

Acompanhamos, neste passo, o posicionamento do doutrinador (2018, p. 517-518), para quem todos os tratados internacionais de direitos humanos possuem *status* constitucional, por força do art. 1º, *caput* (Estado Democrático de Direito), e inciso III (consagração da dignidade humana como fundamento da República), em harmonia com o disposto no § 2º do art. 5º da Constituição de 1988 (incorporação dos tratados), de forma que não estão sujeitos à denúncia, “uma vez que há a proibição do retrocesso”.

Defendemos a inconstitucionalidade do § 3º do art. 5º da Constituição Federal⁶, o que afasta entendimentos doutrinários no sentido de que cabe a denúncia, fruto de poder discricionário do Presidente da República, se o tratado tiver sido ratificado pelo quórum comum. Não se cogita da denúncia se a aprovação ocorrer pelo quórum qualificado, porque neste último caso estaria dentre as cláusulas pétreas⁷.

Segundo André de Carvalho Ramos, o Supremo Tribunal Federal, desde 1997, aprecia a matéria (rito da denúncia de tratados de direitos humanos) na ADI 1.625, na qual a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura pretende invalidar o Decreto n. 2.100/1996, que promulgou a denúncia à Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho, cujo objeto é disciplinar o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, vedando a dispensa injustificada. Já foram proferidos votos sinalizando pela necessidade do aval do Congresso para que o Presidente denuncie tratados dessa espécie, o que, no entender do doutrinador, também exigiria rito especial em decorrência do disposto no § 3º do art. 5º da Constituição de 1988. Mas, destaca, “a denúncia de um tratado de direitos humanos submete-se ao crivo da proibição do retrocesso”, tornando-se imperioso “existir motivo para a denúncia que não acarrete diminuição de direitos e ainda cabe controle judicial para verificação da constitucionalidade da denúncia” (2018, p. 518).

Outro componente desse mosaico de proteção dos direitos humanos, interna e internacionalmente, é a soberania, atrelada aos princípios da independência nacional, autodeterminação dos povos, não intervenção, igualdade entre os Estados e cooperação entre os povos para o progresso da humanidade:

Fortalece-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não se deve reduzir ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse

⁶ De fato, não há como distinguir os tratados de direitos humanos tomando por base o processo previsto na legislação brasileira para incorporação ou denúncia. Na essência, eles têm natureza e importância semelhantes, e, portanto, merecem igual tratamento.

⁷ Confira-se a doutrina de Flávia Piovesan (2015, p. 464) e de Valério de Oliveira Mazzuoli (2018, p. 98-99), para quem os tratados de direitos humanos incorporados ao direito nacional pelo rito do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, são material e formalmente constitucionais, ao contrário daqueles que não foram submetidos à aprovação no Congresso Nacional pelo quórum especial. Estes seriam apenas materialmente constitucionais. Portanto, os tratados de direitos humanos material e formalmente constitucionais, passando a integrar o núcleo material da Constituição, vale dizer, compondo os valores fundamentais da ordem constitucional, são cláusulas pétreas. Em razão disso, por força do art. 60, § 4º, IV, da Carta de 1988, não podem ser denunciados.

internacional. Por sua vez, esta concepção inovadora aponta a duas importantes consequências: 1ª) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos; isto é, transita-se de uma concepção “hobbesiana” de soberania centrada no Estado para uma concepção “kantiana” de soberania centrada na cidadania universal; e 2ª) a cristalização da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direito (CANOTILHO, 2018, p.160).

Para salvaguardar todos esses pressupostos de garantia dos direitos humanos, concebeu-se um sistema internacional convencional e extraconvencional de proteção decorrente do exercício da soberania, ao mesmo tempo em que ela se vê relativizada, na expectativa de um “consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos – do ‘mínimo ético irreduzível’”. Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho *et al.* (2018, p. 160), esses parâmetros trazem dados importantes⁸ sobre a adesão de países a tratados⁹ internacionais: até 2017, 169 Estados haviam aderido ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, 166 deles firmaram o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e 162 subscreveram a Convenção contra a Tortura. A Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial contava com 178 Estados partes, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher com 189 e a Convenção sobre os Direitos da Criança, com o acolhimento maior, de 196 Estados partes.

O sistema normativo internacional de que falamos está centralizado na Organização das Nações Unidas, mas também é composto de sistemas regionais (europeu, africano e interamericano), complementando-se uns aos outros, sempre norteados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A propósito, José Augusto Lindgren Alves discorre:

Na área dos direitos humanos, as construções internacionais existentes ultrapassaram as noções tradicionais de soberania e interesses. Ao subscrever uma convenção internacional sobre direitos humanos, ao participar de organizações regionais sobre o assunto, ou, conforme é hoje interpretação corrente, pelo simples fato de integrar-se às Nações Unidas – para quem a Declaração Universal dos

⁸ Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas. **Status of ratifications of the principal international human rights treaties**. Disponível em: <http://www.unhcr.ch/pdf/report.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2017.

⁹ Expressão utilizada em sentido amplo.

Direitos Humanos, se não era originariamente compulsória, tem força de *jus cogens* como direito costumeiro – os Estados abdicam soberanamente de uma parcela da soberania, em sentido tradicional, obrigando-se a reconhecer o direito da comunidade internacional de observar, e conseqüentemente, opinar sobre sua atuação interna, sem contrapartida de vantagens concretas. Enquanto prosseguem as discussões doutrinárias sobre a correção jurídica da atribuição de *jus cogens* à Declaração Universal, os fatos evidenciam que as Nações Unidas a vêm aplicando na prática, e são relativamente raros, atualmente, os Governos que a contestam invocando o princípio da não-ingerência. Se este último foi entronizado na Carta das Nações Unidas pelo Artigo 2º, parágrafo 7º, a própria Carta estabelece, pelo Artigo 56, em conjunção com o Artigo 55, alínea c, o compromisso pelos Estados-membros de agirem em conjunto ou em separado, em cooperação com a Organização, para a promoção do “respeito e observância universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião (ALVES, 2015, p. 5-6).

A Declaração pode, assim, ser encarada, conforme assinala Francesco Capotorti, como tendo “efeitos legais complementares” à Carta¹⁰.

Afinado com o artigo 4º, II, da Constituição Federal, Alves, destacando a relevância da Declaração de Viena no que diz respeito ao direito à autodeterminação – significando isso que os povos determinarão livremente sua situação política e procurarão livremente o seu desenvolvimento econômico, social e cultural –, e dando relevo ao tema da soberania do Estado, afirma que

Outra conquista conceitual de grande relevância consiste no reconhecimento da legitimidade da preocupação internacional com a promoção e a proteção dos direitos humanos, estabelecida no Artigo 4º. Confirma-se, dessa maneira, o entendimento predominante, mas às vezes ainda questionado, de que os direitos humanos extrapolam o domínio reservado dos Estados, invalidando o recurso abusivo ao conceito de soberania para encobrir violações. Concilia-se, ao mesmo tempo, o propósito de promover os direitos humanos do Artigo 1º, parágrafo 3º, da Carta das Nações Unidas, com o princípio da não-ingerência, estabelecido no Artigo 2º, parágrafo 7º (ALVES, 2015, p. 28-29).

De fato, a soberania e a proteção internacional dos direitos humanos são dois fundamentos a serem harmonizados, porque, conforme observa Valério de Oliveira Mazzuoli (2002, p. 170, com grifo original), “à medida que os Estados assumem

¹⁰ O autor cita Francesco Capotorti, “Human rights: the hard road towards universality”, p. 982. In: R. St. MacDonald e Johnston (org.). **The structure and process of international law: essays in legal philosophy doctrine and theory.** Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1986.

compromissos mútuos em convenções internacionais, que diminuem a competência discricionária de cada contratante, eles *restringem* a sua soberania”, o que constitui uma “tendência do constitucionalismo contemporâneo, que aponta a prevalência da perspectiva monista internacionalista para a regência das relações entre o direito interno e o direito internacional.”

Tratando-se de resguardo dos direitos humanos, sequer pode ser invocada a regra da não interferência internacional em assuntos internos, encontrada no art. 2º, alínea 7, da Carta das Nações¹¹, porque estamos diante de matéria de interesse de toda a comunidade mundial.

Valério de Oliveira Mazzuoli, após lembrar as lições de Fábio Konder Comparato a respeito, adiante transcrita, ilustra essa máxima citando a Constituição da Itália, a Carta Política do Chile de 1980 e uma decisão da Corte de Justiça Europeia:

Nesse compasso é que o art. 11 da Constituição italiana, já inserto dentro desse novo contexto, preceitua que a Itália “consente, em condições de reciprocidade com outros Estados, nas *limitações de soberania* necessárias a uma ordem asseguradora da paz e da justiça entre as Nações. Aliás, a Corte de Justiça Europeia, em certa ocasião, declarou-se competente inclusive para julgar – em tema de direitos fundamentais – os conflitos existentes entre o *direito comunitário* europeu e o *direito constitucional* interno dos países membros, com o escopo de dar prevalência ao primeiro em detrimento do segundo (cf. sent. de 9 de março de 1978, causa 106/1977) (vide BARILE, 1984, p. 445-446). No mesmo sentido, seguindo essa tendência moderna do constitucionalismo democrático, a Carta Política do Chile de 1980, reformada em 1997, estabelece, no seu art. 5 (2): “*El ejercicio de la soberania reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*”, complementando que é dever “*de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes*” (MAZZUOLI, 2002, p. 173-174 - destaques no original).

Abordando especificamente a combinação obrigatória do que está consignado no art. 4º, II, e no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, Fábio Konder Comparato, conforme nos referimos linhas acima, é incisivo, consignando que

O sentido desta última declaração de princípio parece ser o da supremacia dos

¹¹ Este o teor da regra: “Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VII”.

direitos humanos sobre quaisquer regras decorrentes da soberania internacional de nosso País, considerada esta como independência em relação a outros Estados e como poder, em última instância, para decidir sobre a organização de competências no plano interno. Tal significa, segundo a melhor exegese, que o Brasil reconhece a inaplicabilidade, para si, em matéria de direitos humanos, do princípio de não-ingêrência internacional em assuntos internos (Carta das Nações Unidas, art. 2º, alínea 7). A proteção aos direitos fundamentais do homem é, por conseguinte, considerada assunto de legítimo interesse internacional, pelo fato de dizer respeito a toda humanidade (COMPARATO, 1996, p. 282).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A existência humana há de se assentar em um patamar mínimo de bem-estar e na oportunidade de desenvolvimento individual e social, de modo a que se possa afirmar distanciada de atos discriminatórios, ofensivos à liberdade, à igualdade e à fraternidade entre as pessoas.

O arcabouço normativo apto a garantir essas condições de vida deve ser composto pela legislação interna, mas também pelas normas de direito internacional, das quais os tratados se destacam na qualidade de instrumentos indispensáveis de veiculação e de incorporação progressiva dos direitos humanos no país.

Entre nós, o Presidente da República e o Congresso Nacional desempenham papéis fundamentais no processo de internalização das normativas de direito internacional dos direitos humanos, competindo-lhes, respectivamente, celebrar tratados, convenções e atos internacionais (art. 84, VIII, da Constituição Federal), e referendá-los (art. 49, I, da Carta Magna).

Respeitado o entendimento daqueles que vislumbram ser discricionário o poder conferido ao Presidente da República nessa seara, entendemos que o seu desiderato, na hipótese, é vinculado, havendo de postar-se como protagonista na defesa dos direitos humanos.

Os poderes do Presidente da República e do próprio Congresso Nacional no processo de ratificação e manutenção dos tratados de direitos humanos estão vinculados a princípios e regras positivadas na Constituição Federal, particularmente, no que aqui nos afeta, ao princípio encontrado nos arts. 1º, III, e 4º, II, da Carta de 1988, aliado à circunstância irrefutável de que vivemos em um Estado Democrático de Direito “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade e a justiça como valores supremos de

uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias” (Preâmbulo da Constituição Federal de 1988).

Assim, deve-se conferir interpretação sistemática e teleológica aos artigos 49, I, e 84, VIII, da Constituição Federal, harmonizando-os com os fundamentos do Estado Democrático de Direito, máxime com o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição de 1988), bem assim com o princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II) e os objetivos fundamentais da República relacionados no art. 3º da Carta Cidadã, de constituir uma sociedade livre, justa e solidária, de garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem assim de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Apenas por intermédio de tal interpretação conglobada pode-se sustentar a harmonia intrínseca da Constituição Federal quanto ao tratamento do tema, de forma a preencher a vocação do Brasil de Estado Democrático de Direito.

7. REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL-EBC. **Bolsonaro confirma revogação da adesão ao Pacto Global para migração.** Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-01/bolsonaro-confirma-revogacao-da-adesao-ao-pacto-global-para-migracao>. Acesso em: 10 mar. 2019.

ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. **Revista de Direito da Cidade**, v. 10, n. 1, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/issue/view/1631>. Acesso em: 06 mar. 2019.

ALVES, J. A. Lindgren. **Os direitos humanos como tema global.** São Paulo: Perspectiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição – Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção aos direitos humanos e a organização federal de competências. In: **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. 2ª ed. San José: C. R., 1996.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ESTADÃO. **Brasil tem mais de 300 acordos sem ratificação**. 22 abr. 2014. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-tem-mais-de-300-acordos-sem-ratificacao,1156977>. Acesso em: 10 mar. 2019.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 39, n. 156, out.-dez., 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 5ª ed. São Paulo: Método, 2018.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Acordo de Paris**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/acordo-de-paris>. Acesso em: 10 mar. 2019.

OLIVEIRA, Danilo; SOUZA, Motaui Ciocchetti de. A representação do partido político no Congresso Nacional como condição para a impetração de mandado de segurança coletivo – uma exigência antidemocrática. In: **Revista de Processo**. São Paulo, v. 271, 2017.

ONU NEWS. **Saiba tudo sobre o Pacto Global para Migração**. 08 dez. 2018. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2018/12/1650601>. Acesso em: 10 mar. 2019.

PÉREZ LUÑO, Antônio. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**. Portugal: Coimbra, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva,

2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos fundamentais e suas características**. Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 29, out.-dez. 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TRINDADE. **Princípios do direito internacional contemporâneo**. 2ª ed. Brasília: FUNAG, 2017.

TRINDADE. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

Data da submissão: 27/01/2021
Data da primeira avaliação: 27/01/2021
Data da segunda avaliação: 27/01/2021
Data da aprovação: 27/01/2021

**FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: ANÁLISE
INTERPRETATIVA À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA
IGUALDADE**

*THE SPECIAL FORUM BY FUNCTION PREROGATIVE: INTERPRETATIVE ANALYSIS
IN THE LIGHT OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF EQUALITY*

Aloísio Bolwerk¹**Daniel Guedes dos Santos²**

RESUMO: O foro especial por prerrogativa de função apresenta-se enquanto instituto controverso ao debate jurídico. Sob a forma integral, a vigência do foro contribuiu para a absolvição ou prescrição de narrativas processuais impactadas nos tribunais. Tal efeito mostrou-se insustentável, demandando esforço técnico para se imprimir interpretação ao instituto alinhavada com a CF/88. O artigo levanta a problemática e tem como objetivo a reflexão se o foro especial resistiria a uma análise de adequação tendo como fundamento de validade a igualdade sob suas duas acepções: formal e material. A técnica da revisão bibliográfica, de abordagem qualitativa, partiu de recorte metodológico de materiais científicos, bem como de pesquisa das decisões do STF. O método dialético fora utilizado para se estabelecer o contraponto entre os posicionamentos sobre o tema, cujo desenvolvimento segue uma cadência cronológica de lapidação do entendimento hodierno. Ao final, constatou-se que, apesar da recente decisão do STF ter aplicado interpretação restritiva ao foro especial, a abrangência do *decisum* afeta tão-somente o legislativo federal, sendo ainda passível de ser empregado para outras autoridades. A crítica, então, é sobre a necessidade de maior extensividade interpretativa a fim de abarcar outros agentes quanto à limitação da prerrogativa.

Palavras-chave: Foro especial. Prerrogativa de função. Princípio da igualdade.

ABSTRACT: The Special Jurisdiction Privilege by prerogative of function presents itself as a controversial institute for the legal debate. In its integral form, the validity of the forum

1 Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor Adjunto de Direito da Universidade Federal do Tocantins (UFT) e Professor Permanente do Programa de Mestrado Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos UFT/ESMAT. Líder do Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos e Prestação Jurisdicional registrado no CNPQ. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/262455063915506>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4229-4337>. E-mail: bolwerk@uft.edu.br.

2 Pós-graduado em Gestão Pública e Sociedade pela Universidade Federal do Tocantins. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Tocantins. Graduado em Administração de Empresas pela Faculdade Atenas Maranhense. Gerente de Monitoramento e Avaliação na Secretaria de Planejamento e Orçamento do Estado do Tocantins. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7833852443708383>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1135-3325>. E-mail: danielguedes2@hotmail.com.

contributed to the acquittal or prescription of procedural narratives impacted in the courts. Such effect proved to be unsustainable, requiring technical effort to give an interpretation in coherence with CF / 88. The article raises the problematic and has as goal the reflection on whether the special forum would resist an adequacy analysis having as fundament of validity and equality under its two understandings: formal and material. The technique of bibliographic review, a qualitative approach, started from the methodological extraction of scientific materials, as well as from research of STF decisions. The dialectical method used to establish the counterpoint between the positions on the theme, whose development follows a chronological rhythm of polishing the current understanding. In the end, it was found that, despite the recent decision of the STF having processed a restrictive interpretation to the special forum, the coverage of the decisum affects only the federal legislature, still being able to be used by other authorities. The criticism, then, is about the need for greater interpretive extensiveness in order to include other agents as to the limitation of the prerogative.

Key-words: Special forum. Function prerogative. Equality principle.

Sumário: 1. Introdução; 2. Considerações históricas; 2.1 O foro especial por prerrogativa de função na Constituição Federal de 1988; 3. Alguns registros sobre o foro especial por prerrogativa de função; 4. O foro por prerrogativa de função à luz do princípio da igualdade; 4.1 Análise do foro especial sob a ótica de interpretação constitucional restritiva; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito pressupõe a existência de uma democracia baseada em uma jurisdição efetiva, capaz de oferecer soluções confiáveis para uma sociedade que atualmente clama por mais justiça.

Garantir um Estado assim é tarefa hercúlea que exige dos órgãos e instituições dos três poderes da República esforços planejados e controlados no sentido de cumprirem suas respectivas funções no âmbito de suas missões específicas.

No caso do poder judiciário, chama a atenção a percepção geral de injustiça verificada no país, sobretudo no que diz respeito às decisões destinadas à classe política. Em nosso ordenamento jurídico, as autoridades do mais alto escalão de governo não se submetem à jurisdição comum dos demais cidadãos brasileiros, mas, em razão da função que ocupam, recebem da Carta Constitucional, foro especial para julgamento de seus crimes comuns ou de responsabilidade, o denominado Foro Especial por Prerrogativa de Função.

O Foro Especial por Prerrogativa de Função é garantia oferecida a autoridades de alto

escalão na administração pública nos artigos 51, I; 52, I; 53 § 1º; 96, III; 102, I; 105, I, *a*; 108, I da Constituição Federal, entre outros contidos na legislação esparsa. Além destes dispositivos, é facultado aos Estados da Federação estipular em suas constituições a garantia de foro especial, também às suas diversas autoridades, desde que obedeçam ao princípio da simetria.

Esta prerrogativa fomentou uma discussão histórica no meio jurídico e muita polêmica junto a diversos setores da sociedade, pois é corriqueiro verificar que, mandatários acusados de crimes graves, uma vez submetidos ao foro especial, não foram devidamente punidos, conforme será demonstrado no sub tópico 4.1.

O Foro por Prerrogativa de Função, ou Foro Especial, durante o tempo em que vigorou em sua plenitude, contribuiu para que a população Brasileira enraizasse ainda mais a ideia de que políticos não são punidos por seus crimes, pois historicamente, o Supremo Tribunal Federal, seja por questões técnico-burocráticas, jurídicas ou políticas, praticamente não condenou nenhuma autoridade contemplada com prerrogativa de foro.

O tema foi escolhido pelo nível de sua problematização no meio jurídico, sua importância estratégica para a persecução legal dos crimes praticados pela alta cúpula do poder no Brasil e, sobretudo, para discorrer sobre as alterações verificadas em decisão recente do STF sobre a abrangência do foro especial.

O problema levantado questiona se o Foro Especial por Prerrogativa por Função pode coexistir com o princípio constitucional da igualdade. Em outras palavras, o objetivo fundamental desta pesquisa é verificar se o Foro Especial resiste a uma análise de adequação e eficácia frente ao ordenamento jurídico vigente, tendo como fundamento o princípio da igualdade em seus dois sentidos admitidos: - igualdade formal e igualdade material.

A metodologia utilizada consistiu em uma revisão bibliográfica que considerou todos os recursos disponíveis como livros - impressos e eletrônicos- trabalhos científicos publicados e sítios de internet, sobretudo, para pesquisa sobre decisões e jurisprudência do STF sobre o tema.

A análise qualitativa dos textos fundamentou-se na escolha dos autores a partir de sua adequação aos objetivos propostos pela pesquisa, principalmente os que diziam respeito

à opinião deles acerca da adequação do foro especial ao princípio da igualdade. Buscou-se, sobretudo no tópico 4.0, demonstrar opiniões tanto a favor como contra o controverso dispositivo, no intuito de oferecer uma visão imparcial e abrangente sobre o tema, garantindo a abstração necessária a um trabalho científico.

Os resultados obtidos foram expressos em forma de texto argumentativo, acompanhados de observações do autor verificadas no decorrer do trabalho.

Além da perspectiva ética, serão apresentadas algumas implicações práticas decorrentes da aplicação deste instituto durante o tempo em que vigorou e, por fim, apresentar-se-á a configuração do foro especial por prerrogativa de função após novo entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Para iniciarmos esta análise convém oferecer uma breve perspectiva histórica, necessária para a compreensão de como o foro especial adentrou no ordenamento jurídico brasileiro.

2. CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

O primeiro vislumbre do Foro por Prerrogativa de Função no Brasil aparece no artigo 99 da Constituição de 1824: “*Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma*”.

Tal entendimento seria bastante previsível em se tratando de um governo imperialista, como era o modelo de Estado à época da promulgação desta constituição. No entanto, mais espanto causa a leitura de trecho do Jornal Diário Fluminense de 1826, em que o autor apresenta a forma intocada e até “santificada” como era tratada a figura do imperador do Brasil à época, o Sr. Dom Pedro I.

Cidadãos Contitucionaes, que prezaes a Liberdade, respeitai o principio do Artigo 99 da Constituição. – A pessoa do Imperador he Inviolavel, e Sagrada – esta he a chave misteriosa do Systema Constitucional; o Imperador he huma Divindade impecável, e como Divindade não póde ser ofendido; se O for, em risco fica o Systema Constitucional. Censurai rigidamente os erros dos Ministros, e os de todos os Empregados, mas, por quanto há de mais sagrado, não consintaes, que alguém seja tão insolente, que se atreva a ofender impunemente a Pessoa do Imperador:... (DIÁRIO FLUMINENSE, 1826).

A constituição de 1824 nem sequer fazia menção a estabelecer qualquer tipo de

tribunal especial ou mesmo procedimentos para se apurar delitos por parte do Imperador, mas imputar uma inviolabilidade total e irrestrita à sua honra. Em termos práticos, era impossível acusar o imperador seja qual fosse o delito ou crime praticado.

Segundo BULOS (2015) a constituição de 1824 foi influenciada pela Carta Francesa de 1795, a qual estendia imunidade aos crimes comuns, aos delitos políticos e aos de opinião, consagrando entre nós uma regulamentação anfíbia das imunidades parlamentares.

Conforme aponta TAVARES (2016), só a Constituição Republicana de 1891 estabeleceria, pela primeira vez, que o presidente seria julgado pelo STF em casos de crimes comuns e, em crimes de responsabilidade pelo Senado.

O Presidente dos Estados Unidos do Brasil será submetido a processo e a julgamento, depois que a Câmara declarar procedente a acusação, perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, e nos de responsabilidade perante o Senado (BRASIL, 1891, art. 53).

A constituição de 1934 retirou do Senado a competência para julgamento do Presidente da República nos casos de crimes de responsabilidade e definiu para esta atribuição, um Tribunal Especial, composto de um colegiado sorteado entre ministros da Corte Suprema, Senadores e Deputados em igual proporção.

O Presidente da República será processado e julgado nos crimes comuns, pela Corte Suprema, e nos de responsabilidade, por um Tribunal Especial, que terá como presidente o da referida Corte e se comporá de nove Juizes, sendo três Ministros da Corte Suprema, três membros do Senado Federal e três membros da Câmara dos Deputados. O Presidente terá apenas voto de qualidade (BRASIL, 1934, art. 58).

Esta Corte Suprema corresponde ao atual Supremo Tribunal Federal. Era composta originalmente de 11 ministros indicados diretamente pelo Presidente da República, com aprovação pelo Senado Federal. Competia a ela julgar o Presidente da República e os próprios ministros da Corte em casos de crimes comuns. Em casos de crime de responsabilidade, tais ministros seriam julgados pelo Tribunal Especial referido no artigo 58.

A Constituição Ditatorial de 1937 trouxe novamente a exigência de aprovação pelo

Câmara dos Deputados acerca das denúncias contra crimes de responsabilidade do Presidente da República, à exemplo do que previa a Constituição de 1891. Após aprovação da denúncia pela Câmara dos Deputados, competia a um Conselho Federal, composto por dois representantes de cada Estado e eleitos por sufrágio direto, processar e julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade.

Em 1946, a nova Carta extinguiu a figura do Conselho Federal e atribuiu novamente ao Senado (à exemplo da Constituição Republicana de 1891), a competência para julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade, entre outras normas para o foro por prerrogativa de função.

A Constituição democrática de 1946, celebrada como um dos maiores marcos da trajetória constitucional do Brasil, deu ao Senado Federal a competência para julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade (se admitida a acusação pela Câmara dos Deputados) e os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com os daquele, bem como processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República, nos crimes de responsabilidade (art. 62, I e II). Nos crimes comuns, o Presidente da República seria submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, também se admitida a acusação pela Câmara dos Deputados (art. 88). Quanto ao Supremo Tribunal Federal, competia-lhe processar e julgar originariamente o Presidente da República nos crimes comuns, bem como os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República nos crimes comuns... (art. 124, IX). (TAVARES, 2016, p. 7).

A Constituição de 1967, outorgada pela Ditadura Militar, conservou os mesmos moldes regulatórios que a Constituição anterior, quanto as responsabilidades institucionais para processar autoridades com foro especial. As alterações referiam-se ao rito processual adotado à época.

Um das inovações trazidas por essa Carta, foi em relação ao rito do processo e julgamento nos casos de competência originária do Supremo Tribunal Federal, que passou a ser fundado em seu regimento interno, e outra advindo da aprovação da Emenda Constitucional nº. 7, de 13 de abril de 1977, que distribuiu a competência penal originária ao Tribunal Federal de Recursos, passando este a ser competente para processar e julgar os juízes federais, do trabalho e os membros dos Tribunais Regionais do Trabalho, bem como dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal e os do Ministério Público da União nos crimes comuns e de responsabilidade (MELLO e MENEZES, 2017, p. 5).

O foro por prerrogativa de função esteve presente em todos os textos constitucionais

desde o Brasil Império até a promulgação da constituição contemporânea. Neste período, o instituto passou por alterações diversas, ora restringindo, ora estendendo a abrangência do foro. Neste interim, o instituto já foi atribuído em função da pessoa, no que ficou conhecido como foro privilegiado e, em razão da função ocupada, isto é, o foro por prerrogativa de função, conforme é entendido na atualidade. Apesar de apresentar uma pretensa evolução no conceito (em razão da pessoa x em razão da função), o foro especial jamais abarcou um leque tão grande de autoridades como na Constituição de 1988.

2.1 O FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Na constituição de 1988 o foro especial conservou a maior parte da configuração da constituição anterior. No entanto, a quantidade de autoridades contempladas obteve um aumento sem precedentes na história.

O alcance do foro para estas autoridades abrange desde o Presidente da República, passa por ministros de Estado, Governadores, estendendo sua previsão até mesmo a prefeitos dos mais diversos municípios do país. A constituição de 1988 estabelece foro especial por prerrogativa de função para agentes públicos na hipótese de crimes comuns e crimes de responsabilidade.

Infrações penais comuns são aquelas previstas no código penal, tais como roubo, furto, homicídio simples, entre outros. Podem ser cometidas por qualquer pessoa, estando sujeitas ao julgamento pela jurisdição competente para estes crimes, a justiça comum (Justiça federal, Justiça Estadual, Justiça Eleitoral).

Os crimes de responsabilidade são regulados pela Lei nº 1.079/50. Trata-se de um longuíssimo rol taxativo, mas, de forma resumida, tratam-se de hipóteses que atentem contra a administração pública, a segurança nacional, o Estado Democrático de Direito ou os poderes constituídos, entre outras hipóteses.

Vejamos o que dispõe o Art. 4º da Lei nº 1.079/50:

São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal, e, especialmente, contra: I – A existência da União;
II - O livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos poderes

constitucionais dos Estados; III - O exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; IV - A segurança interna do país; V - A probidade na administração; VI - A lei orçamentária; VII - A guarda e o legal emprego dos dinheiros públicos; VIII - O cumprimento das decisões judiciárias (BRASIL, 1950, art. 4º).

Pode-se estabelecer desde já, a definição necessária para diferenciar o crime comum dos crimes de responsabilidade: Crimes comuns estão tipificados no código penal e podem ser praticados por qualquer pessoa, inclusive autoridades políticas como Presidente da República, Vice-Presidente, Ministros, entre outros. Já os crimes de responsabilidade só podem ser praticados pelos titulares dos cargos acima citados. Os chamados cidadãos comuns não praticam crimes de responsabilidade, pois trata-se de tipo penal que só pode ser praticado por agentes públicos.

No caso de crimes comuns, o Presidente, o Vice-presidente, membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e o Procurador Geral da República são julgados pelo Supremo Tribunal Federal, conforme prevê o artigo 102, I, “b” da CF 1988.

Na hipótese de crimes de responsabilidade, Presidente, Vice-Presidente e os Ministros de Estado, conforme prevê o art. 51, I da CF 1988, serão submetidos a julgamento pelo Senado Federal, mediante instauração de inquérito pela Câmara dos Deputados.

O foro especial, até o julgamento da Ação Penal nº 937, de autoria do Ministro Roberto Barroso, contemplava, portanto, todos os crimes, sejam comuns, ou de responsabilidade, cometidos pelas autoridades amparadas pelo instituto, inclusive os que eram cometidos antes da investidura no cargo. Tal abrangência inclusive foi a mola motriz para que autoridades utilizassem esta disfunção para “fugir” do rigor da lei. Alguns autores continuaram utilizando a expressão foro privilegiado em uma referência a este fato, pois, o foro por prerrogativa de função estender seus efeitos até mesmo a crimes praticados antes da investidura em mandato ou cargo, caracterizaria um privilégio em razão da pessoa e não do cargo.

A incumbência para julgamento de autoridades atendidas pelo foro especial não se restringe apenas ao STF, Senado e Câmara dos Deputados, tendo também o Superior Tribunal de Justiça, incumbências referentes ao foro especial. O artigo 105, I, “a” da CF/1988 atribui ao Superior Tribunal de Justiça - STJ o julgamento de Governadores dos Estados e do Distrito Federal nos casos de crimes comuns e, julgamento dos

desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais.

O artigo 108, I, “a” da CF/1988 atribui aos Tribunais Regionais Federais - TRFs competência para processar e julgar, originariamente “*os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral*”.

Aos Tribunais de Justiça cumpre também “*julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral*”, de acordo com o artigo 96, III da CF/1988.

Conforme explica o Min. Luís Roberto Barroso, na questão de ordem da Ação Penal de nº 937:

[...] a CF/88 prevê que um conjunto amplíssimo de agentes públicos responda por crimes comuns perante tribunais. Estima-se que cerca de 37 mil autoridades detenham a prerrogativa no país. Não há, no Direito Comparado, nenhuma democracia consolidada que consagre a prerrogativa de foro com abrangência comparável à brasileira. No Reino Unido, na Alemanha, nos Estados Unidos e no Canadá nem existe foro privilegiado. Entre os países que adotam, a maioria o institui para um rol reduzido de autoridades. Na Itália, por exemplo, a prerrogativa de foro se aplica somente ao Presidente da República. Em Portugal, são três as autoridades que detêm foro privilegiado: o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República e o Primeiro-Ministro (BRASIL, 2018, p. 3).

De fato, o foro especial não é uma peculiaridade do ordenamento jurídico brasileiro. Diversos outros países o adotam.

O Ministro Sepúlveda Pertence, na Ação Penal nº 315 – DF, de 1999 identificou a previsão de foros especiais nas Constituições e leis de sete países: Estados Unidos, Argentina, Espanha, França, Itália, Portugal e Venezuela, chegando ele à constatação de que, dentre os ordenamentos que pesquisou, poucos eram “tão pródigos” no que diz respeito à

outorga de prerrogativa de foro para suas autoridades. (Supremo Tribunal Federal. AP 315 QO, RTJ 180-01, p. 41). Além disso, Tavares aponta que, nas Constituições colombiana, austríaca, alemã, dinamarquesa e norueguesa foram encontradas previsões de foro especial. Neste estudo, o autor chegou à conclusão que:

[...] a lógica que preside a atribuição de um foro especial por prerrogativa de função é semelhante em todos os países: o reconhecimento da especial relevância de uma função exercida por uma autoridade pública, e a designação de um órgão mais elevado na hierarquia institucional do Estado para processá-lo e julgá-lo. Na prática, entretanto, essa lógica levou às mais diferentes configurações concretas, não existindo uma sistemática homogênea – cada país escolheu um sistema que lhe é peculiar. Nenhum país estudado, entretanto, previu tantas hipóteses de foro privilegiado como a Constituição brasileira de 1988 (TAVARES, 2016, p. 13).

No Brasil, o Foro Especial por Prerrogativa de Função abrange um universo composto por 54.990 pessoas, entre autoridades políticas, juízes e servidores públicos, segundo relatório publicado pelo Senado Federal em abril de 2017 (CARVALHO, 2016; CAVALCANTE FILHO e LIMA, 2017). Conforme demonstra este trecho extraído da Ação Penal nº 937 RJ, só o STF é competente para julgar e processar, em tese, aproximadamente

[...] 800 agentes, que incluem o Presidente da República, o Vice-Presidente, 513 deputados federais, 81 senadores, os atuais 31 ministros de Estado e, ainda, os 3 comandantes militares, os 90 ministros de tribunais superiores, 9 membros do Tribunal de Contas da União e 138 chefes de missão diplomática de caráter permanente. Além disso, há mais de 30 mil detentores de foro por prerrogativa nos tribunais regionais federais e nos tribunais de justiça (BRASIL, 2018, p. 6).

Uma quantidade tão grande de beneficiados sob a tutela dos tribunais superiores, gerou um vultoso congestionamento das ações em que figuram pessoas cobertas pelo foro especial por prerrogativa de função e conseqüentemente um empecilho para a eficiência e a celeridade processual no âmbito dos tribunais envolvidos.

3. ALGUNS REGISTROS SOBRE O FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

Uma pesquisa publicada em 2007 pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e intitulada “Juízes Contra a Corrupção: Diagnóstico do Problema da Impunidade e

Possíveis Soluções propostas pela AMB”, demonstrou os resultados práticos da aplicação do foro por prerrogativa de função no STF desde a promulgação da Constituição de 1988.

Os dados apurados referem-se aos processos de autoridades sujeitas ao foro por prerrogativa de função e seus resultados, considerando o período de dezembro de 1988 a junho de 2007.

Esta pesquisa concluiu que, durante o período supracitado, tramitaram no Supremo Tribunal Federal 130 (cento e trinta) processos criminais contra autoridades que possuem foro por prerrogativa de função. De todas estas autoridades investigadas, nenhum foi condenado. Das 130 (cento e trinta) ações criminais protocoladas no Supremo, estavam em tramitação 52 (cinquenta e duas); o restante, ou resultaram em absolvição, ou prescreveram, ou foram arquivadas ou acabaram transferidas para instâncias inferiores.

Outro estudo publicado pela Fundação Getúlio Vargas – FGV em 2017, intitulado “O Supremo em Números”, analisou todos os inquéritos e ações penais autuados no Supremo Tribunal Federal (STF) entre 2002 e 2016. O resultado aponta para números ainda mais expressivos.

O estudo demonstra que, em todos os anos, contados a partir de 2007, a quantidade de processos que adentram ao STF é superior à dos encerrados. Se considerarmos que o número de ministros é fixo, ou seja, nunca ultrapassa 11 (onze), e que este pequeno quantitativo de magistrados é responsável por julgar um total estimado de 77.159 processos, chegamos à impressionante marca de aproximadamente 7.014 (sete mil e quatorze) processos por gabinete de cada Ministro do STF. Deste total, aproximadamente 500 (quinhentos) correspondem à inquéritos ou ações penais abarcadas pelo foro especial por prerrogativa de função. (CARVALHO, 2016).

Em 2016, somente o ministro Teori Zavascki, até então relator da Lava-Jato, tinha em seu gabinete 7.358 processos para análise. Apesar da quantidade apontada não se referir somente aos processos de foro privilegiado, é possível dimensionar a realidade do Supremo e a vantagem trazida pelo fim da competência especial, ao contribuir para o “desafogamento” da casa. (CARVALHO, 2016).

O resultado da equação é o acúmulo do número de processos por ministro. Com isso – e não poderia ser diferente –, a demora nas apreciações e no trânsito em julgado, sendo

comuns situações em que o réu, além do tratamento diferenciado recebido pelo cargo que ocupa, é beneficiado pelo instituto da prescrição.

O estudo da FGV apontou o universo de decisões proferidas pelo STF nos anos compreendidos entre janeiro de 2012 e dezembro de 2016. No período em apreço, considerando um total de 991 (novecentas e noventa e uma) decisões em inquéritos, 25,31% dos resultados foram pela declinação de competência ou reconhecimento da prescrição. Quase metade das decisões foram favoráveis à defesa: 46,72. Menos de 6% dos inquéritos instaurados perante o Supremo resultaram em efetivos processos contra o parlamentar. (FALCÃO et al., 2017).

No rol dos dez casos-limite com maior tempo de duração para o trânsito em julgado, está a Apelação Penal (AP) nº 347, relativa aos crimes de peculato, apropriação indébita e estelionato supostamente praticados pelo deputado Aníbal Gomes (PMDB) e outros, cujo resultado – absolvição – foi proferido após 11,5 anos. Desse mesmo grupo, 4 processos foram prescritos. Somente a AP nº 409, desvio de verba federal cometido pelo deputado Zé Geraldo (PMDB), teve como resultado a condenação inédita de um parlamentar em exercício; isso após 9,4 anos de tramitação (FALCÃO et al., 2017).

Acerca dos crimes relativos à função, 52,88% dos processos incluem, pelo menos, um crime enquadrado como funcional. O crime de responsabilidade foi o de maior incidência nas ações com foro privilegiado. Nos processos da amostra, 83,78% das decisões terminativas declinaram a competência para o julgamento da ação penal; 6,99% foram julgados prescritos; 7,29% absolvidos; 0,61% condenados (FALCÃO et al., 2017).

Os números apontam tanto para uma baixa celeridade processual, considerando a demora nos julgamentos, sobretudo nos casos-limite apontados pelo estudo da FGV, quanto para a ineficácia do foro especial, uma vez que a maior parte das ações resultaram em declínio de competência, prescrição ou absolvição. A vergonhosa marca de uma única condenação, em um processo que durou mais de nove anos, durante toda a vigência do foro especial por prerrogativa de função colocou este dispositivo legal em xeque.

Sua disfuncionalidade foi discutida recentemente em questão de ordem proposta pelo ministro Roberto Barroso e acabou por restringir a abrangência do foro especial objetivando conferir mais celeridade aos processos em que figuram autoridades acusadas de crimes

funcionais. Esta decisão será discutida no subtópico 4.1. Antes, faz-se necessário tratar da adequação do foro especial aos princípios éticos constitucionais, sobretudo no que diz respeito ao princípio da igualdade.

4. O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Por seu caráter abrangente, o princípio da igualdade costuma ser amplamente utilizado, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência para lançar luz sob análises de dispositivos que pretendem se coadunar contextualmente com a constituição.

No que se refere ao Foro Especial por Prerrogativa de Função o princípio da igualdade deve ser analisado segundo suas duas correntes teóricas: a igualdade formal e a igualdade material.

O princípio da igualdade formal está expresso no artigo 5º da Constituição Federal de 1988: *“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade”*. (BRASIL, 1988, art. 5º, caput)

Por uma interpretação em seu sentido formal, o princípio da igualdade não admitiria relativizações, uma vez que o texto constitucional é enfático ao dizer que todos são iguais perante a lei. Disto poderia se deduzir que o princípio é inflexível.

No entanto, o princípio da igualdade não é mais entendido sob a ótica de se efetuar um juízo rígido e imparcial, que considere todos os cidadãos absolutamente iguais em todos os aspectos e circunstâncias. Aplicar este princípio, sem sua correta flexibilização, acabaria, na verdade, gerando injustiças.

Atualmente, o princípio da igualdade é interpretado segundo sua acepção material, atribuída a Aristóteles e mais tarde propagada pelo jurista Rui Barbosa, estabelecendo que os iguais devem ser tratados de maneira e igual e os desiguais de maneira desigual, na medida de sua desigualdade.

Vejamos a opinião da Associação Nacional dos Analistas Judiciários da União a respeito do tema:

O princípio da igualdade prevê a igualdade de aptidões e de possibilidades virtuais dos cidadãos de gozar de tratamento isonômico pela lei. Por meio desse princípio são vedadas as diferenciações arbitrárias e absurdas, não justificáveis pelos valores da Constituição Federal, e tem por finalidade limitar a atuação do legislador, do intérprete ou autoridade pública e do particular (ANAJUS, 2011).

Nesta perspectiva, apenas as diferenciações arbitrárias e absurdas são vedadas, mas não as que estão expressas no texto constitucional. Não se trata de uma igualdade formal perante a lei, mas a igualdade material (em razão da matéria).

O que se busca é uma igualdade proporcional porque não se pode tratar igualmente situações provenientes de fatos desiguais. “O raciocínio que orienta a compreensão do princípio da isonomia tem sentido objetivo: aquinohar igualmente os iguais e desigualmente as situações desiguais” (BULOS, 2002, p. 79).

Seguindo este entendimento, tanto a Constituição Federal, quanto a legislação infraconstitucional, podem fazer distinções e dar tratamento diferenciado, desde que respeitem critérios razoáveis e justificáveis, que visem conferir tratamento isonômico aos desiguais. Em outras palavras, o foro por prerrogativa de função, atenderia a alegação de que o princípio da igualdade significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais nos limites de suas desigualdades, ou seja, a igualdade em seu sentido material.

O foro especial por prerrogativa de função é concedido a determinados agentes públicos, por estes indivíduos deterem cargos de alta estrutura no poder. Assim, os ocupantes destes cargos públicos, reconhecida a importância da função e estando a mesma sujeita às intercorrências características da disputa pelo poder, mereceriam tratamento distinto da lei, colocando-os em um patamar superior de jurisdição.

É preciso ter em mente que os parlamentares e juízes têm atribuições mais complexas do que aquelas exercidas pelos demais profissionais da Administração Pública. Ao conceder tratamento diferenciado aos que governam e decidem os rumos da nação, o legislador constituinte não pensou em beneficiá-los, mas em conceder-lhes ampla autonomia e liberdade para o desempenho de suas funções (MEIRELLES; BURLE FILHO; BURLE, 2016).

Para TAVARES (2016) o foro por prerrogativa de função teria o objetivo de tornar o processo mais ágil e proteger as autoridades contempladas de pressões características das

relações de poder.

O foro privilegiado serve então para imprimir celeridade ao processo e resguardá-lo de pressões espúrias, já que é talvez mais provável que um juiz de primeira instância – ou delegado, ou promotor – possa ser influenciado quando julga altas autoridades do que um colegiado de magistrados experientes. Remeter esses casos para autoridades policiais e judiciais mais graduadas reduz o risco de manipulações e perseguições políticas (TAVARES, 2016, p. 14).

Os dados apresentados no tópico anterior contestam, por si só, a alegação de que o foro especial conferia celeridade processual às ações sob sua égide. Pelo contrário, os tribunais superiores, sobretudo o STF, responsável pelo julgamento da maioria dos crimes de responsabilidade, está congestionado por ações deste cunho, além de ter declinado competência na maior parte dos casos de ações cobertas pelo foro por prerrogativa funcional.

Leandro Ribeiro da Silva em seu artigo *Foro Especial: Concessão Especial ou Necessidade*, discorda veementemente da leitura do foro especial no sentido da igualdade material, nos seguintes termos:

[...] as autoridades não são diferentes das demais pessoas quando cometem crimes e não devem se diferenciar do cidadão comum que é sujeito à dureza da Lei. Defender o oposto seria admitir a existência de duas categorias de pessoas: os mais e os menos cidadãos (SILVA, 2018).

Para Aguiar e Lacerda, o foro especial só se justifica se for atribuído única e exclusivamente para a hipótese de crimes de responsabilidade:

[...] O foro especial por prerrogativa de função não deve permanecer para o julgamento dos crimes comuns por claramente violar o tratamento isonômico garantido aos indivíduos pela Carta Constitucional. A clara violação ao referido princípio é vista, por exemplo, nos casos em que o crime é praticado antes do mandato eletivo e, com a diplomação do parlamentar, o processo é automaticamente encaminhado ao Supremo. Destarte, a prerrogativa do foro privilegiado somente estará de acordo com o preceito da igualdade se for concebida, exclusivamente, para os crimes cometidos no estrito desempenho da função pública (AGUIAR e OLIVEIRA, 2017, p. 12).

Além deste autor, muitos outros reafirmam o caráter negativo do foro por prerrogativa de função, defendendo que, apesar de parecer norma que obedece à

constituição, na prática, o foro especial tem sido utilizado como verdadeira ferramenta de impunidade.

Para SARMENTO (2017) grande parte do foro especial traveste-se de privilegiado, abandonando a ideia de prerrogativa funcional para mostrar-se em verdade como um privilégio pessoal em função do poder.

A discussão entre o que é privilégio ou necessidade necessitaria assim de uma definição em razão da tipologia de crime. Os crimes de responsabilidade demonstrariam uma maior afinidade com a necessidade de se atribuir foro especial para seu julgamento, considerando que são crimes que envolvem práticas mais complexas, com características refinadas e de difícil detecção. Neste sentido, os tribunais superiores teriam maiores condições de identificar, investigar e punir tais práticas. Já os crimes comuns se distanciam da justificativa de atribuição de foro especial para investigação e julgamento, sendo lógico atribuí-los aos juízos de primeira e segunda instância, mais especializados no julgamento de ações penais deste tipo. Os crimes comuns, por esta perspectiva, não devem ser abarcados pelo foro por prerrogativa de função.

O Senador Randolfe Rodrigues, no relatório sobre a PEC 10/2013, apresentado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, apontou o foro especial como:

[...] um “anacronismo constitucional”; verdadeiro instrumento de impunidade e proteção política, utilizado por muitos dos que pleiteiam cargos políticos para abster-se do julgamento nos juízos criminais. A garantia como medida a proteger a função e não o sujeito deixou há muito de cumprir o seu papel, tornando-se inócua (BRASIL, 2018, p.128).

O Ministro do STF, Sr. Celso de Mello já se manifestou radicalmente contra o foro especial e propôs o fim da garantia para os crimes comuns cometidos por qualquer das autoridades cobertas pelo instituto. Para ele, os 11 (onze) ministros da Suprema Corte estão em número infinitamente menor que os juízes distribuídos pelas inúmeras varas criminais no Brasil. Não seria certo sobrecarregar o STF com situações que fogem da realidade do cargo ocupado. (VALENTE; SELIGMAN; MELLO, 2012).

Analisando de uma forma bastante pragmática, o foro especial se configurou, de fato, como um verdadeiro instrumento de impunidade, mesmo possuindo respaldo legal

constitucional. Apesar de constar no ordenamento jurídico para proteger a função pública de alta responsabilidade, é imperioso admitir que, por trás de cada função abrangida pelo foro existe uma pessoa. Proteger a função, então, envolveu proteger o sujeito. Esta correlação entre o cargo protegido e a pessoa, infelizmente permitiu que diversas autoridades, uma vez imbuídas de desejos ou intenções nefastas, utilizassem seus mandatos, na verdade, para beneficiarem-se do foro especial, durante o tempo em que vigorou (veremos à frente que o foro especial teve seu raio de abrangência restrito).

Políticos abdicavam de seus mandatos para retirar a competência de julgamento do STF quando estavam em vias de terem seus processos julgados, tendo seus processos remetidos à primeira instância. Ao notarem a proximidade de julgamento do processo em primeira instância, adentravam novamente em seus mandatos, pela via da eleição e a competência retornava para o STF em razão do foro especial. Esta dinâmica se configurou como uma prática corriqueira para fugir da persecução legal até que finalmente o instituto da prescrição colocava fim à lide.

O sistema é causa de grandes problemas no Supremo, que, além de cuidar de milhares de processos, precisa lidar com situações como o declínio de competência, sempre que um parlamentar renuncia ao mandato ou não é reeleito. A situação contribui para a prescrição da pretensão punitiva, prejudicando a efetividade da prestação jurisdicional (AGUIAR e OLIVEIRA, 2017, p. 11).

Visto sob o prisma da igualdade formal, nenhuma autoridade poderia ter tratamento diferenciado à luz do Direito brasileiro, considerando que todos os cidadãos seriam iguais perante a lei. No entanto, considerando a natureza e complexidade da sociedade atual, o princípio da igualdade se aproxima da visão atribuída ao jurista Rui Barbosa, mas proposta desde a antiguidade por Platão, isto é, igualdade significa atribuir tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida de sua desigualdade.

É certo que o fundamento da igualdade permite o tratamento desigual, quando necessário, para a materialização da letra da lei. Contudo, “privilégios odiosos” não devem prevalecer para proteger membros do legislativo, executivo e judiciário em ações que não se coadunam com a função exercida (AGUIAR e OLIVEIRA, 2017, p. 14).

O foro por prerrogativa de função seria então o reconhecimento de que, políticos, no exercício de suas funções, estariam mais sujeitos à ataques atribuídos à busca pelo poder, nesta que foi a justificativa para denominar o instituto como foro por prerrogativa de função e, não mais chamá-lo de foro privilegiado, pois não se relacionaria com um privilégio atribuído à qualidade do sujeito ou a posição social que ocupa.

O sentido isonômico deve prevalecer sem mais espaços para privilégios aristocráticos em nosso Estado Republicano. Apenas para os casos em que a função de fato merecer uma proteção especial é que se devem sufragar prerrogativas, sob pena de, a partir dos desvirtuamentos não isonômicos que percebemos hodiernamente nos depararmos com categorias privilegiadas sem fundamento razoável para a sua proteção, ou mesmo permitir a perpetração das mais putrefatas impunidades odiosas como inseridas no jogo de poder (SARMENTO, 2017).

O problema verificado em toda esta discussão, suscitada desde a promulgação da Constituição de 1988 e acirrada na última década - sobretudo após o fenômeno da operação Lava-Jato - é que o foro especial por prerrogativa de função contemplava também os crimes comuns, hipótese que muitos juristas defendem não ser digna do foro especial. Somou-se a isso, o constante decaimento de competência entre STF e tribunais de primeira instância em virtude do “método de fuga” utilizado pelos políticos pela via eleitoral, conforme descrito anteriormente.

A questão se mostrou controversa. No entanto, a doutrina levantada para elaboração deste trabalho se mostrou majoritariamente contrária à presença do foro especial. Para (AGUIAR e OLIVEIRA, 2017; MELLO apud VALENTE, SELIGMAN, MELLO, 2012; RODRIGUES, 2018; SARMENTO, 2016 e SILVA, 2018) o foro especial por prerrogativa de função não se justifica no ordenamento jurídico brasileiro por opor-se ao princípio da igualdade.

Para (BULOS, 2002; MEIRELLES, BURLE FILHO, BURLE, 2016 e TAVARES, 2016) o foro especial se justifica em virtude da proteção que ele oferece à função pública e não ao agente. Considerando esta problemática, a legalidade e aplicabilidade do foro especial por prerrogativa de função foi rediscutida no plenário do STF, na forma de uma questão de ordem proposta na Ação Penal de nº 937 de iniciativa do Ministro Roberto Barroso.

4.1 ANÁLISE DO FORO ESPECIAL SOB A ÓTICA DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL RESTRITIVA

Em 16/2/2017, em julgamento da Ação Penal nº 937 RJ, proposta pelo Ministério Público do Rio de Janeiro em face de Marcos da Rocha, pela prática do crime de captação ilícita de sufrágio, o ministro do STF, Luís Roberto Barroso, propôs questão de ordem, contida de preposição acerca da restrição do foro especial para membros do Congresso Nacional.

A intenção do ministro era aplicar uma interpretação restritiva às regras que estabelecem o foro por prerrogativa de função, objetivando mitigar os dois maiores problemas atribuídos à esta prerrogativa.

Assim, à luz de uma hermenêutica restritiva, o magistrado intentou reduzir o campo de aplicação da norma, afastando do foro – que se costumava afirmar que possuía prerrogativa apenas funcional – a cobertura por práticas de crimes comuns; e estabelecer um marco temporal como limite para estabelecimento de competência para realização do julgamento relacionado às ações como foro especial por prerrogativa de função.

Na primeira hipótese, afastar-se-ia o conflito histórico entre os que defendiam a necessidade do foro por prerrogativa de função, justificado assim como uma garantia para mitigar os ataques aos ocupantes dos cargos de poder, ou seja, uma tentativa de garantir a efetiva atuação do gestor público, prevenindo as possíveis perseguições políticas, muitas vezes utilizando-se da jurisdição.

Desta forma, prevaleceria o foro especial, porém, especificamente para julgamento de crimes de responsabilidade. Em casos de crimes comuns, qualquer autoridade envolvida teria seus processos remetidos para o juiz de primeira instância. Assim, um criminoso comum não seria coberto pelo “manto” da prerrogativa funcional, pois a prática do crime o afasta, como é lógico, da prática funcional, distanciando-o por consequência da proteção do foro especial.

A segunda hipótese (estabelecer o marco temporal para a fixação de competência) contribuiria para evitar o “sobe e desce” das ações sob cobertura do foro especial. Trata-se da sugestão com maior importância dentre todo o cenário discutido até o momento, pois, a prática de fugir do julgamento utilizando-se do processo eleitoral teria por fim, um limite

temporal. Abdicar do mandato para retirar a competência do supremo para que o processo fosse remetido à primeira instância, permanecer sem mandato para “estacionar” o processo na vara de primeira instância, e ainda, adentrar ao mandato para retornar o processo ao supremo, teria enfim uma limitação legal que obstaculizaria este ciclo que por algumas décadas resultou em prescrição dos processos referentes ao foro especial.

Após cinco sessões plenárias discutindo o tema, o STF, no dia 03 de maio de 2018, em sede de Ação Penal, abaixo colacionada, decidiu dar nova interpretação ao foro por prerrogativa de função. A tese proposta pelo relator, ministro Luís Roberto Barroso, foi aprovada na íntegra, definindo a seguinte interpretação para o instituto:

- 1) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas.
- 2) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar as ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo (AP 937, 2018).

Para fins de aplicação da segunda hipótese, estabeleceu-se como “final da instrução” processual, o exato momento da publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais. Assim, o STF definiu um marco temporal objetivo, de fácil aferição, que impedirá que qualquer agente público tenha competência alterada em função de vir a ocupar outro cargo público ou perder/abdicar do mesmo.

Na prática, mesmo que um agente esteja respondendo a processo sob cobertura do foro especial no STF ou outro tribunal incumbido da lide, caso já tenha havido a publicação do despacho de intimação de alegações finais, não terá seu processo remetido à primeira instância, sendo prorrogada a competência do STF ou tribunal originário até a finalização do processo. O mesmo entendimento vale para as outras instâncias envolvidas, isto é, ficam todas vinculadas ao mesmo marco temporal.

No que tange às discussões sobre a restrição do foro especial, cabe efetuar algumas considerações sobre o voto dos ministros, pois trazem informações relevantes que podem nortear futuras discussões restantes acerca do instituto.

Os ministros Edson Fachin, Luiz Fux e Celso de Mello e as ministras Rosa Weber

e Cármen Lúcia concordaram integralmente com a tese do relator. Marco Aurélio acompanhou o relator sobre a primeira proposição (limitação do instituto) mas divergiu quanto à segunda hipótese (estabelecimento do marco temporal ao fim da instrução processual) pois, em sua visão, a prerrogativa de foro deveria cessar com a perda do mandato, independentemente do momento processual.

Alexandre de Moraes sugeriu que o foro fosse restrito aos crimes cometidos durante o mandato, independentemente de terem relação com a função, ao que foi acompanhado por Lewandowski e, parcialmente por Dias Toffoli.

Toffoli apresentou uma terceira tese, propondo que a restrição ao foro fosse ampliada a todos os cargos e não só a deputados federais e senadores. Para eficácia de sua proposição, Toffoli defendeu que fosse declarada a inconstitucionalidade de constituições estaduais no ponto em que ampliam a prerrogativa de foro. Para fundamentar sua tese o ministro suscitou o princípio da isonomia, o qual deveria obrigar a aplicação da supressão do foro por prerrogativa a todos os dispositivos que determinam prerrogativa de foro a não parlamentares.

O ministro Gilmar Mendes também defendeu a argumentação de Dias Toffoli e sugeriu a pronúncia de inconstitucionalidade de todas as prerrogativas e inviolabilidades previstas por lei em constituições estaduais.

Voto vencido, a tese de Toffoli, acompanhada de Gilmar, não encontrou viabilidade, ao menos quando se discutiu a restrição do foro. No entanto, mesmo considerando a restrição do foro especial e o estabelecimento de um marco temporal para limitar a alteração de competência dos tribunais, resta ainda uma enorme gama de autoridades cobertas pelo foro especial.

Como não se estendeu o entendimento da restrição do foro aos dispositivos estaduais e, não estando vinculado através de súmula do STF, tem-se ainda uma última discussão a entrar na pauta da Suprema Corte: a extensão da interpretação da AP 937 RJ aos dispositivos constitucionais dos estados da Federação, bem como aos demais agentes públicos.

Para Gilmar Mendes, *“É inconstitucional dispositivo de constituição estadual que disponha sobre competência do TJ para julgar autoridades sem cargo similar contemplado pela CF”* (AP 937, 2018).

O foro especial por prerrogativa de função foi apenas restringido, via poder hermenêutico atribuído à função jurisdicional do Supremo Tribunal Federal. No entanto, conforme demonstrado pelas questões suscitadas por Dias Toffoli e Gilmar Mendes, restam ainda um extenso rol de autoridades do judiciário, oficiais de forças armadas, bem como autoridades abarcadas pelo foro especial previsto em todas as constituições estaduais.

A posteriori, seguindo o exemplo de entendimento da Suprema Corte, deve ser discutida, via Projeto de Emenda Complementar – PEC, isto é, pela via adequada, uma maior limitação do instituto do foro especial a ser viabilizada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa demonstrou que a razão de tanta divergência sobre o foro especial por prerrogativa de função justificava-se primordialmente pelo fato de o foro especial apresentar, até o advento da Ação Penal nº 937 RJ, uma configuração mista, isto é, contemplava tanto a hipótese de crimes comuns, quanto os crimes de responsabilidade.

O problema levantado por ocasião do projeto de pesquisa questionava: o foro especial por prerrogativa de função pode coexistir com o princípio constitucional da igualdade?

Chegou-se à constatação de que o foro especial se coaduna com o princípio da igualdade somente em sua acepção isonômica, isto é, para estabelecer tratamento desigual aos desiguais, resguardada a justificativa e a proporção verificada. A desigualdade, para efeito do foro especial, correlaciona-se à proteção da função pública, necessária para o bom desempenho da missão atribuída aos detentores dos altos cargos, seja na esfera política ou jurisdicional.

No sentido da igualdade em sua acepção formal, o foro especial por prerrogativa de função não mostrou justificativa plausível, uma vez que a prática do crime comum, afasta por si só o agente público que o praticou, da envergadura moral imposta à função pública.

O objetivo geral consistia em “analisar a inconstitucionalidade do instituto do Foro Especial por Prerrogativa de Função em confronto ao princípio constitucional da igualdade”.

Para auferir este objetivo, elencaram-se três objetivos específicos, quais sejam: verificar se o foro especial se justifica no Estado Democrático de Direito por se opor

frontalmente ao princípio constitucional da igualdade; analisar a necessidade de utilização do foro por prerrogativa de função como proteção jurídica à função política dos agentes tutelados; e observar se a prerrogativa do foro especial gera impunidade junto aos agentes políticos.

Acerca do primeiro objetivo constatou-se que o foro especial se justifica, em parte, ao ordenamento jurídico brasileiro, pois se opunha ao Estado Democrático de Direito apenas no sentido da igualdade formal. Ainda se reconhece a importância do foro especial para proteção da função destinada ao agente público e, por este motivo, o mesmo não foi extinto em sua integralidade, mas apenas restringido. Tal análise responde também ao segundo objetivo específico, isto é, de acordo com entendimento do STF, o foro especial é necessário para a proteção jurídica à função pública dos agentes tutelados.

Sobre o terceiro objetivo específico, chegou-se à conclusão, através de dados apresentados no tópico 3, que o foro especial, durante o tempo em que vigorou em sua integralidade, gerou impunidade, se comparada a quantidade de processos abrangidos pela prerrogativa de foro protocolados junto ao STF e o total de ações finalizadas com resolução de mérito.

No decorrer do estudo verificou-se um fator que não estava previsto no projeto de pesquisa, isto é, a ineficiência do sistema e a baixa celeridade processual.

A morosidade e impunidade verificada nos julgamentos que envolviam a prerrogativa, possuíam muito maior relação com a burocracia peculiar da jurisdição brasileira do que com a discussão acerca da pertinência ética do foro especial junto à Constituição Federal.

O foro especial por prerrogativa de função não foi extinto. Pelo contrário, foi apenas restringido, deixando de abranger a hipótese de crimes comuns, além de receber um marco temporal para fixar competência e acelerar os processos com cobertura da prerrogativa funcional.

As próximas discussões provavelmente serão suscitadas em novas questões de ordem ou em Projetos de Emenda à Constituição no sentido de restringir ainda mais o foro especial por prerrogativa de função.

A principal contribuição deste trabalho à área do Direito Constitucional, consiste em

elucidar acerca da dicotomia presente na matéria, pois demonstrou que a divergência foi provocada por um único comando legal abranger duas tipologias distintas de crime: uma justificável, outra não.

A pesquisa se mostrou esclarecedora no sentido de se verificar à fundo, o que estaria envolvido em um famigerado e controverso instituto que gerou, por décadas, discussões acaloradas tanto no meio acadêmico, quanto no meio jurídico.

Em um país tão marcado pela desigualdade, serviços públicos precários e o abismo social aumentando cada vez mais, estas discussões são importantes para romper com o senso comum que naturalizou o convívio com a corrupção e a noção de impunidade. Em um cenário de impunidade, o Direito não deve se retrair, mas aprofundar a crítica sobre seus próprios métodos, buscando nestes mecanismos uma autoanálise, uma rediscussão de seus institutos e por fim, seu aprimoramento.

6. REFERÊNCIAS

AGUIAR, Júlio César de.; OLIVEIRA, João Paulo Lacerda. **O Fim do Foro Especial por Prerrogativa de Função**. 2017. Disponível em PDF.

Associação dos Magistrados do Brasil. **Juízes Contra a Corrupção - Diagnóstico do problema da impunidade e possíveis soluções propostas pela AMB**. Disponível em <https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_bra_stf.pdf> Acesso em: 20/10/2019 às 11:12h.

Associação Nacional dos Analistas Judiciários da União. **Artigo: Princípio Constitucional da Igualdade**. Disponível em <<https://anajus.jusbrasil.com.br/noticias/2803750/principio-constitucional-da-igualdade>> Acesso em: 25/10/2019 às 16:10h.

BRASIL. **Constituição do Império (1824)**. Constituicao Política do Imperio do Brazil: outorgada em 23 de marco de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em: 15/10/2019 às 9:33h.

BRASIL. **Constituição de 1891**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> Acesso em 16/10/2019 às 10:22h.

BRASIL. Constituição de 1934. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> Acesso em 16/10/2019 às 11:16h.

BRASIL. Constituição de 1937. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 10 de novembro de 1937. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm> Acesso em: 17/10/2019 às 14:30h.

BRASIL. Constituição de 1946. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao-1946-18-julho-1946-365199-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso em: 17/10/2019 às 16:18h.

BRASIL. Constituição de 1967. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm> Acesso em: 18/10/2019 às 8:20h.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acessado em: 18/10/2019 às 9:25h.

BRASIL. Lei nº 1.079 de 10 de abril de 1950 – Lei dos Crimes de Responsabilidade. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11079.htm> Acesso em 14/11/2019 às 10:01h.

BRASIL. Lei nº 4.737 de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm> Acesso em 14/11/2019 às 10:29h.

BRASIL. Senado Federal. Revista de Informação Legislativa. 217ª Edição. 2018. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217.pdf> Acesso em 2/11/2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AP 315 QO, RTJ 180-01, p. 41. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=%28%28JULGADOS+ENVOLVENDO+O+PRINC%CDPIO+DA+IGUALDADE+E+O+FORO+POR+PRERROGATIVA+DE+FUN%C7%C30%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y7xmb6oy>>. Acesso em 4/11/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. Questão de Ordem na Ação Penal 937 Rio de Janeiro. Disponível em <<file:///D:/Usu%C3%A1rios/87515326387/Downloads/Monografia%20-%20Gabriela%20B.%20Portela%20-%20Verso%20Final.pdf>> Acesso em: 5/11/2019.

BULOS, Uadi Lammego. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional. Volume único. 9ª edição**. Editora Saraiva. São Paulo – SP. 2015. Disponível em pdf.

CARVALHO, L. M. **O Supremo tem 7 mil processos para cada ministro**. Estadão, Brasília, 29 out. 2016. Disponível em <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,supremo-tem-7-mil-processos-para-cada-ministro,10000085198>> Acesso em: 10 out. 2017.

CAVALCANTE FILHO, J. T.; LIMA, F. R. **Foro, prerrogativa e privilégio (Parte 1): quais e quantas autoridades têm foro no Brasil?** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado Federal, 2017. (Texto para discussão; n. 233). Disponível em < file:///D:/Usu%C3%A1rios/87515326387/Downloads/TD233%20(1).pdf> Acesso em: 27 maio 2017

DIÁRIO FLUMINENSE, Jornal. **Trecho de publicação do Jornal Diário Fluminense de 1926 sobre o Imperador D. Pedro II**. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/4/art20180424-06.JPG>> Acesso em 19/10/2019 às 17:20h.

FALCÃO, Joaquim. [et al]. **V Relatório Supremo em Números: o foro privilegiado**. Rio de Janeiro : Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017. Disponível em <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18097/V%20Relat%c3%b3rio%20Supremo%20em%20N%c3%bameros%20-%20O%20Foro%20Privilegiado%20e%20o%20Supremo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 29/10/2019 às 11:16h.

MEIRELLES, H. L; BURLE FILHO, J. E.; BURLE, C. R. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. atualizada até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, César Antônio. MENEZES, Costa Tiago. **Artigo: Foro por Prerrogativa de Função, Privilégio ou Garantia?** Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/61709/foro-por-prerrogativa-de-funcao-privilegio-ou-garantia/1>> Acesso em 16/10/2019 às 11:40h.

SARMENTO, Leonardo. **Artigo: Foro por prerrogativa de função ou foro privilegiado? Nobres e plebeus? Limitação ou extinção?** 2017. Disponível em <<https://leonardosarmiento.jusbrasil.com.br/artigos/432821373/foro-por-prerrogativa-de-funcao-ou-foro-privilegiado-nobres-e-plebeus-limitacao-ou-extincao?ref=amp>> Acesso em: 5/11/2019 às 10:44h.

SILVA, Leandro Ribeiro da. **Foro Privilegiado: concessão especial ou necessidade?** Disponível em < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/foro->

privilegiado-concessao-especial-ou-necessidade-/> Acesso em 3/11/2019.

TAVARES, Newton Filho. **Estudo técnico - Foro Privilegiado: pontos positivos e negativos**. 2016. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema6/2016_10290_foro-privilegiado-pontos-positivos-e-negativos> Acesso em 29/10/2019 às 15:04h.

VALENTE, R.; SELIGMAN, F.; MELLO, F. **Ministro do STF defende fim do foro privilegiado**. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 26 fev. 2012. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/especial/27764-ministro-do-stf-defende-fim-do-foro-privilegiado.shtml>> Acesso em: 26 maio 2017.

Data da submissão: 25/06/2021
Data da primeira avaliação: 25/07/2021
Data da segunda avaliação: 28/09/2021
Data da aprovação: 28/09/2021

**PELA ESTABILIDADE DOS PRECEDENTES: ANÁLISE DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL***FOR THE STABILITY OF PRECEDENTS: ANALYSIS OF THE PRESUMPTION OF
INNOCENCE BY THE FEDERAL SUPREME COURT***Andressa de Liz Sampaio¹****João Rafael de Oliveira²****William Soares Pugliese³**

RESUMO: O cenário jurídico é dinâmico e vive em constante alteração, motivo pelo qual as leis não são suficientes para regular a vida em sociedade. A tradição que o Brasil segue é a romano-germânica, ou seja, o direito brasileiro é pautado na *civil law*, que tem a lei como meio de solução de conflito aplicada pelo magistrado ao caso concreto. O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, trouxe deveres ao magistrado de modo a construir entendimentos dos tribunais que possam servir de fundamentos para outras decisões em casos semelhantes. São os chamados precedentes. O Supremo Tribunal Federal tem importante papel na formação de precedentes e recentemente, em decisão em controle concentrado de constitucionalidade, firmou novo precedente acerca da presunção de inocência, revogando precedente anterior de 2016 que possibilitava a execução da pena após condenação em segundo grau de jurisdição. Essa decisão retoma o respeito à Constituição Federal de 1988, mas traz à tona questões importantes como segurança jurídica e unidade do Direito, que serão trabalhadas neste artigo.

Palavras-chave: Precedentes; Segurança jurídica; Supremo Tribunal Federal; Princípio da presunção de Inocência; Decisões.

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil; Especialista em Direito Processual Civil pelo UniCuritiba; Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil – IBDP; Advogada Sócia-fundadora do Escritório Valle & Sampaio Advocacia e Consultoria Jurídica. andressasampaio@vallesampaio.com.br

² Doutorando em Direito pelo Instituto Brasileiro de Direito Público. Mestre em Direito do Estado com ênfase em Direito Processual Penal pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Especialista em Direito e Processo Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDCONST e graduado em Direito - Unibrasil (2010), atuando principalmente nos seguintes temas: Direito e Processo Penal. Professor de Direito Processual Penal na UNIBRASIL e coordenador adjunto da pós-graduação em direito penal e processual penal da ABDCONST. Advogado Criminalista no escritório Monteiro Rocha Advogados

³ Pós-Doutor pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Doutor e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unibrasil (Mestrado e Doutorado). Coordenador da Pós-Graduação em Direito Processual Civil (Novo CPC) da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST). Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/PR. Advogado.

ABSTRACT: The legal scenario is dynamic and it is constantly changing, which is why laws are not enough to regulate life in society. The tradition that Brazil follows is Roman-Germanic, that is, Brazilian law is based on civil law, which has the law as a means of conflict resolution applied by the magistrate to the specific case. The 2015 Code of Civil Procedure, in turn, brought duties to the magistrate to build court understandings that could serve as grounds for other decisions in similar cases. They are the so-called precedents. The Federal Supreme Court has a key role in setting precedents and recently, in a decision on substantiated control of constitutionality, set a new precedent on the presumption of innocence, revoking previous precedent of 2016 that allowed defendants still guilty in the second instance to be arrested. This decision resumes respect for the Federal Constitution of 1988, but brings up important issues such as legal certainty and unity of law, which will be addressed in this article.

Key-words: Precedents; Legal security; Federal Court of Justice; Principle of innocence; Decisions.

Sumário: 1. Introdução; 2. Coerência, integridade e estabilidade das decisões judiciais: o dever de uniformização da jurisprudência; 3. O papel do Supremo Tribunal Federal no julgamento de casos que servirão de precedentes; 4. O julgamento das ADC's 43, 44 e 54 e o cenário jurídico atual frente à teoria dos precedentes; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 inovou ao determinar a uniformização da jurisprudência e conferir aos tribunais a tarefa de mantê-la estável, íntegra e coerente. Essa disposição está expressa no art. 926, do Código de Processo Civil, como medida imposta ao magistrado e aos tribunais de modo a garantir a segurança jurídica no ambiente jurisdicional, em consonância com o art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal. A atividade de uniformização depende, essencialmente, da prática reiterada de decisões pelos órgãos julgadores, pois esta é a técnica mais tradicional pela qual o Poder Judiciário se predica. A tomada de decisões também é objeto de tratamento legal, pelo art. 489, do referido Código, na medida em que as decisões devem conter relatório, fundamentação e dispositivo e que a fundamentação deve ter requisitos específicos.

Estas regras contribuem, ainda, para a construção de uma teoria dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. Neste aspecto, os tribunais têm sido essenciais para esta empreitada, principalmente o Supremo Tribunal Federal. A corte constitucional tem, com frequência, destacado a importância de suas decisões anteriores para a apreciação de novos

casos.

A questão que se pretende enfrentar neste artigo, porém, é a possibilidade, ou não, de a formação de um precedente ultrapasse os limites impostos pela Constituição Federal. Parte-se, para examinar este problema, de decisão de 2016 na qual o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em julgamento do Habeas Corpus n. 126.292-SP, de Relatoria do Ministro Teori Zavascki, decidiu, por maioria de votos, pela possibilidade de execução da sentença condenatória antes do seu trânsito em julgado, viabilizando a prisão em segunda instância.

Esse entendimento orientou toda a execução penal brasileira até que sobreveio novo pedido, por meio de Ações Declaratórias de Constitucionalidade, que trouxeram a questão novamente ao debate da Corte Constitucional. Com isso, em outubro de 2019, sobreveio a decisão no julgamento das ADC's 44, 45 e 54, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, que revisitou a interpretação constitucional e julgou, por seis votos a cinco, pela constitucionalidade do disposto no art. 283 do Código de Processo Penal, determinando a impossibilidade da execução da pena em segunda instância, devendo o réu ser considerado culpado, com as consequência daí decorrente, apenas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Esse contexto de mudança de orientação jurisprudencial em breve espaço de tempo dá ensejo a diversos questionamentos, teóricos e práticos, como: como ficam aqueles réus que, no período de vigência da orientação firmada em fevereiro de 2016, foram presos após o julgamento de recurso em segunda instância? O Estado se responsabilizará em caso de julgamento final pela inocência do réu que ficou preso? E, especialmente, questões processuais, como: o precedente de 2016 serviu como meio para aprisionamento de réus após o julgamento de recurso em segunda instância, em desacordo com a Constituição Federal, e em 2019 foi superado, pelo mesma Suprema Corte, mediante análise da mesma norma constitucional. Logo, a teoria dos precedentes está preparada para ser aplicada nos julgamentos pelas Cortes Superiores no Brasil?

O presente estudo objetiva, portanto, analisar a teoria dos precedentes a partir da instabilidade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, através da análise dos julgamentos do Habeas Corpus n. 126.292, de 2016 e das ADC's 44, 45 e 54 de 2019.

2. COERÊNCIA, INTEGRIDADE E ESTABILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS: O DEVER DE UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe, como uma de suas principais discussões, o dever de uniformizar a jurisprudência, a fim de mantê-la coerente, íntegra e estável. Acontece que o legislador ordinário não definiu os adjetivos atribuídos à letra da lei do art. 926 do referido Código, ficando a função de dar sentido à norma para a doutrina e para a própria jurisprudência.

É certo que as decisões judiciais devem ser justificadas e, a partir disso, merecem atenção quanto ao grau de coerência que será empregado na sua fundamentação, “desde que tais decisões tenham resultado de processos de otimização da coerência que considerem o contexto e sejam realizados por decisores epistemologicamente responsáveis” (PUGLIESE, 2017, p. 86).

A coerência deve servir para tornar uma decisão compreensível, factível do ponto de vista do receptor da mensagem empregada no conteúdo decisório. Uma das principais vozes a respeito do tema, Neil MaCCORMICK traduz a coerência como um compilado de normas que devem fazer sentido entre si, e explica que:

Portanto, a coerência de normas (consideradas como um conjunto de algum tipo), depende de que elas “façam sentido” em virtude de serem racionalmente relacionadas como um conjunto instrumental ou intrinsecamente voltado para a realização de alguns valores comuns. (...) Para que os princípios e valores sejam coerentes em si mesmos, exige-se que, na sua totalidade, eles possam expressar uma forma de vida satisfatória, ou seja, uma forma de vida pela qual seria possível serem humanos, tais como são os seres humanos, viverem juntos em razoável harmonia e com alguma percepção de uma bem comum do qual todos participam. Em resumo, a coerência de um conjunto de normas é a função de sua justificabilidade sob princípios e valores de ordem superior, desde que os princípios e valores de ordem superior ou suprema pareçam aceitáveis, quando tomados em conjunto, no delineamento de uma forma de vida satisfatória (MACCORMICK, 2008, p. 252-253).⁴

Há a necessidade, ao que se nota, de buscar o melhor argumento possível para expressar o sentido da decisão, já que a ideia é preservar o sentido do ordenamento jurídico quando o Poder Judiciário é provocado por seus jurisdicionados.

⁴ Registre-se que o autor trabalha a coerência normativa neste tópico, diferentemente da coerência fática, trabalhada pela doutrina da Amalia Amaya.

No que diz respeito ao dever de integridade, não há como deixar de registrar o aprofundamento do estudo realizado por Ronald Dworkin em *O Império do Direito*, no qual o autor traduz a integridade como elemento do direito, na medida em que os princípios da justiça, equidade e do devido processo legal são elementos essenciais para manter o direito como integridade, afastando-se do convencionalismo e do pragmatismo jurídico⁵, de modo que cumpre aos juízes decidir os casos com base na melhor interpretação extraída da norma (DWORKIN, 2014).

Seguindo a linha do mencionado autor, o direito como integridade é dever de atribuição de sentido da norma, inclusive extraíndo e trabalhando princípios que dela advenham, a fim de justificar uma decisão e mantê-la íntegra no ordenamento jurídico, cumprindo com sua função.

Trazendo essa brevíssima análise da integridade do direito é possível propor a compreensão de integridade como elemento capaz de compor um julgado que servirá de base para decidir outro igual, nos termos do que o legislador ordinário previu quando escreveu a letra do art. 926 do Código de Processo Civil.

As decisões judiciais devem manter a integridade do direito, não podendo romper com o ordenamento jurídico, excetuando-se as hipóteses de melhor interpretação sobre um caso já decidido. De resto, as decisões judiciais devem se manter íntegras até mesmo porque servem como meio para manutenção da segurança jurídica tanto aos jurisdicionados, quanto à sociedade em geral, que guarda respeito ao Poder Judiciário.

Já no que diz respeito ao dever de manutenção da estabilidade das decisões há que se considerar os fundamentos do sistema judicial brasileiro, já que o legislador deixou ainda mais obscuro o que quis dizer com “mantê-la estável”. Deste modo, como não há um pensamento jurídico acerca do conceito de “estabilidade”, necessário se faz revolver a tradição jurídica que o Brasil aderiu para então correlacioná-lo à intenção do legislador na atribuição da estabilidade como elemento formador de precedente.

⁵ Para Dworkin, o convencionalismo exige que os juízes estudem os repertórios jurídicos e os registros parlamentares para descobrir que decisões foram tomadas pelas instituições às quais convencionalmente se atribui poder legislativo. Uma vez aceito o convencionalismo, o juiz não terá novas ocasiões de interpretar o registro legislativo como um todo quando for decidir um caso específico. Já o pragmatismo jurídico representa o modo instrumental de pensar do Juiz sobre as melhores regras para o futuro. Ele nega que as pessoas tenham direitos com base em decisões políticas do passado.

Duas tradições jurídicas são comumente conhecidas no ambiente jurídico: a *common law* e a *civil law*. A tradição da *common law* se desenvolveu partindo da preocupação com a análise dos casos em si e com a aplicação do chamado “direito comum” que regulava a sociedade, pois não havia codificação. A função do magistrado anglo-saxônico é partir da premissa do fato que lhe fora colocado, examinando-o e aplicando uma regra para solucioná-lo da melhor forma possível⁶.

Já na tradição *civil law*, o centro do ordenamento são os códigos e, portanto, a lei. Cabe ao magistrado aplicar a lei ao caso, pela lógica da subsunção⁷. A premissa da tradição romano-germânica a disposição legal e não as disposições do fato, como na *common law*.

Ao que se percebe, portanto, é que a principal diferença entre as tradições é o método de aplicação do direito de modo a solucionar o caso (PUGLIESE, 2016, p. 21-38).

Pois bem, vencida a breve explanação acerca das tradições jurídicas é possível prosseguir e afirmar que o Brasil aderiu à tradição romano-germânica, ou seja, a *civil law*, na qual os magistrados partem da aplicação da lei ao caso concreto. Todavia, essa opção não inviabiliza que se utilize da teoria dos precedentes no direito brasileiro, mas, ao contrário, permite que ela seja amadurecida frente à previsão que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe a seara jurisdicional.

A estabilidade das decisões está, portanto, diretamente ligada ao modelo que o Código Processual buscou aplicar partindo da premissa de aplicação da teoria dos precedentes num ambiente de *civil law*, pois “o que a estabilidade sugere é que as próprias cortes tenham cuidado de preservar os entendimentos que devem ser preservados e que realize as alterações com o maior cuidado” (PUGLIESE, 2017, p. 135).

A estabilidade de uma decisão não pode significar que ela seja para sempre aplicada. Ao contrário, ela deve ser entendida como forma de garantia de unidade do direito, de segurança ao jurisdicionado, que tem o direito de se antever ao que será decidido em seu caso, de modo a evitar que haja dois ou mais casos iguais, com soluções distintas, podendo, por certo, serem adequadas de acordo com as alterações sociais e, por que não, legais.

⁶ Ver, nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁷ Sobre a relação entre o magistrado e a norma, ver MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Todos esses três elementos levam à construção da uniformização do Direito. A formação legislativa acerca do texto da lei não é e não pode ser suficiente para buscar essa uniformidade, na medida em que o legislador não é capaz de prever todas as situações passíveis de conflitos. Logo, entra em cena a necessidade de criação e formação de decisões judiciais que, após longa análise do caso e da lei que será aplicada ao caso, garanta um ambiente uniforme e seguro de solução de conflito.

3. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DE CASOS QUE SERVIRÃO DE PRECEDENTES

Vencida a etapa de análise dos elementos atribuídos ao art. 926, do Código de Processo Civil, para formação de precedentes, imperioso se faz, antes de adentrar na constitucionalidade do princípio da inocência, entender o papel do Supremo Tribunal Federal enquanto Corte de Precedentes.

O estudo se voltará apenas ao Supremo Tribunal Federal e não ao Superior Tribunal de Justiça pois é a partir da decisão daquele, enquanto Corte Constitucional, que surgiu a discussão da constitucionalidade ou não da prisão em segunda instância e a mitigação do princípio constitucional da inocência.

Pois bem, os precedentes, ainda que não sejam novidade no ordenamento jurídico brasileiro, agora ganharam *status* legal neste ambiente, pois a previsão do art. 926 do Código de Processo Civil é expressa e representa a positivação do direito numa tradição *civil law*.

A Constituição já previu, antes do regramento processual, a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar recursos que tenham repercussão geral e outras ações de competência originária ou em grau recursal proveniente do Superior Tribunal de Justiça.⁸

⁸ Letra do art. 102 da Constituição Federal, que prevê: Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança

Portanto, a competência do Supremo é delineada por norma constitucional e suas decisões têm efeitos que podem surtir entre as partes ou se estender à toda a sociedade, mas especialmente, suas decisões têm o dever de exprimir a interpretação da lei atribuindo sentido à norma constitucional e, a partir disso, criar precedentes.

Luiz Guilherme MARINONI ensina que “o direito modelado pela Corte Suprema tem que ter estabilidade, de modo que os precedentes obrigatórios se tornam indispensáveis para garantir a igualdade e a liberdade, as quais não mais dependam apenas da lei”. E continua explicando que “a força obrigatória do precedente não se destina a garantir a uniformidade da aplicação do direito objetivo, mas a preservar a igualdade perante o direito proclamado pela Corte Suprema” (MARINONI, 2017, p. 18-19).

O papel do Supremo Tribunal Federal enquanto Corte de Precedente é amplo e não pode ser deixado de lado frente ao papel de garantidor da Constituição. Não é possível pensar que somente os recursos extraordinários com repercussão geral, ações de controle concentrado de constitucionalidade, ou recursos repetitivos criam precedentes pois “a eficácia obrigatória das *rationes decidendi* das decisões das Cortes Supremas é algo que

e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta; g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro; h) (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados; l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais; n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados; o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal; p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; II - julgar, em recurso ordinário: a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; b) o crime político; III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

logicamente deflui da leitura da Constituição à luz da teoria do direito” (MARINONI, 2017, p. 24).

Há um dever de lealdade às normas constitucionais, mas há também um dever de garantia da segurança jurídica. “Se um ambiente jurídico capaz de proporcionar segurança entre as pessoas, é impossível conceber um espaço para que se possam fazer *escolhas* juridicamente orientadas. Sem um ambiente jurídico seguro, é impossível reconhecer qual o Direito vigente e que deve ser aplicado para todos *uniformemente*” (MITIDIERO, 2018, p 24-25).

A segurança jurídica das decisões do Supremo Tribunal Federal está intrínseca ao seu exercício e é o mínimo que se espera de suas *rationes decidendi*, motivo pelo qual não é concebível imaginar que o Supremo tome posições distintas frente à situações semelhantes ou, pior, tome posições distintas frente à mesma situação de fato que lhe fora trazida.

O papel do Supremo não é o de causar instabilidade, mas, ao contrário, deve atribuir sentido ao Direito, garantindo unidade do sistema, sob pena de tonar um caos nas decisões e nos movimentos dos jurisdicionados que não sentirão a segurança jurídica necessária para asseguramento da dignidade humana e da obtenção da justiça (MITIDIERO, 2018, p 24-25).

As decisões tomadas pelos Ministros também têm aberto um ambiente de grandes discussões na doutrina, uma vez que o princípio da colegialidade também fora mitigado, tendo o relator poderes legais para decidir determinada questão sozinho. Contudo, essa abertura ao princípio colegiado não significa que o Supremo deva assim proceder, mas, ao contrário, é necessário observar o julgamento por maioria até mesmo para que se abra a discussão sobre os fatos e o direito a ser aplicado, de modo a garantir abertura e participação ao debate.

Desta abertura “espera-se dos julgadores uma efetiva participação na discussão das questões que permeiam o raciocínio decisório do colegiado, uma vez que a decisão a ser tomada, mais do que resolver o caso, constituirá critério para o julgamento dos casos futuros, o que atribui uma outra dimensão de responsabilidade aos partícipes da Corte” (MARINONI, 2017, p. 28).

E este é o ponto que será abordado no tópico a seguir, ou seja, até onde o debate entre os julgadores do Supremo Tribunal Federal pode gerar instabilidade na segurança jurídica,

a partir de decisões (in)constitucionais ou de decisões que alteram a interpretação tradicional a respeito da constitucionalidade de dispositivos legais.

4. O JULGAMENTO DAS ADC'S 43, 44 E 54 E O CENÁRIO JURÍDICO ATUAL FRENTE À TEORIA DOS PRECEDENTES

Em 07 de novembro de 2019 o Supremo Tribunal Federal encerrou o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade ns. 43, 44 e 54 que serviram de paradigma para análise da constitucionalidade do disposto no art. 283 do Código de Processo Penal.⁹

Antes de adentrar no mérito do cenário atual frente a essa decisão, cumpre salientar que, em 2016, no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292 São Paulo, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, firmou entendimento de que é possível que haja prisão de réu considerado culpado em segunda instância, ou seja, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, sob o fundamento de que “a possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988”.

Neste julgamento, o Supremo, por sete votos a quatro, imprimiu interpretação criativa à norma constitucional prevista no art. 5º, inciso LVII, que prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, presumem-se inocentes os réus que ainda não tenha o trânsito em julgado da sentença que lhes assentou a culpa.

Num breve retrospecto, é possível perceber que o Supremo Tribunal Federal já havia se pronunciado em decisões isoladas acerca da possibilidade da prisão em segunda instância (HC 74.983, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 1997; HC 91.675, Rel. Min. Carmem Lucia, julgado em 2007; HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 1995, dentre outros).

Em 2008, por ocasião do julgamento do HC 84.078, de relatoria do então Ministro Eros Grau, o Pleno da Suprema Corte assentou entendimento consentâneo com a

⁹ Art. 283 do CPP: Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

expressamente prevista no artigo 5º, LVII, da Constituição da República, e passou a não permitir a chamada execução provisória da pena decorrente de acórdão condenatório proferido em segundo grau de jurisdição.

Contudo, após alguns anos, por meio do referido HC 126.292, de 2016, assentou-se precedente para que todas as condenações em segunda instância pudessem a produzir eficácia independentemente da interposição de recursos, e assim, ser decretada a prisão para início de cumprimento de pena, o que causou um verdadeiro caos na jurisprudência brasileira, com doutrinas e decisões criticando o precedente, principalmente em virtude da gritante diferença entre a norma e a interpretação conferida pelo STF.

Esse ambiente se estabilizou e por três anos se seguiu o precedente firmado pelo *Habeas Corpus* 126.292/SP, determinando-se a prisão do réu considerado culpado ainda em segunda instância, sem trânsito em julgado. Inevitável não reparar que a força da decisão proferida pelo Supremo é tamanha, enquanto Corte de precedente, que gerou a prisão de milhares de réus considerados culpados ainda em segunda instância, entre eles a prisão do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que ficou conhecida mundialmente em decorrência de sua figura pública e do escândalo lançado pela operação lava-jato.

Assim permaneceu a situação até que foram pautadas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade ns. 44, 45 e 54, ajuizadas ainda no ano de 2016, logo após a publicação do acórdão do HC 126.292/SP. Elas serviram de paradigmas para o julgamento do Supremo a fim de trazer à tona novamente, agora em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o princípio da presunção de inocência e a constitucionalidade do disposto no art. 283 do Código de Processo Penal.

A letra do mencionado artigo 283, do Código de Processo Penal, dispõe sobre quais as medidas restritivas de liberdade poderão ser tomadas em face de réu submetido à persecução penal, a saber: prisão em flagrante delito, prisão cautelar (temporária ou preventiva) ou em virtude de condenação penal transitada em julgado. A leitura desse artigo, por elementar, deve ser realizada a partir das garantias individuais positivadas no rol do artigo 5º da Constituição Federal, dentre os quais, a regra do estado de inocência¹⁰ (5º, LVII,

¹⁰ Sobre presunção de inocência, confira-se: MORAES, Maurício Zanoide. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão

CR/88).

Partindo dessa premissa, no momento em que o Supremo se pronunciou no sentido de permitir a prisão em segunda instância, no julgamento do HC 126.292/SP em 2016, a discussão era sobre a leitura inconstitucional do art. 283 do CPP realizada pelo Guardião da Constituição.

Fato é que a partir desse julgamento, inúmeros casos foram julgados pelo efeito do precedente e vários réus foram presos e, passados 3 anos, o Supremo superou o precedente e atribuiu nova interpretação conforme à Constituição, sob a ótica da constitucionalidade do mencionado art. 283 do CPP lido à luz do inciso LVII, do art. 5º da Constituição Federal. No entanto, deixou de se posicionar acerca dos efeitos da superação, de modo que várias pessoas que ficaram sob custódia podem vir a ter sentença absolutória, restando questionável a responsabilidade do Estado frente ao tempo de prisão, trazendo para a mesa a discussão sobre dignidade da pessoa humana.

A propósito, inevitável apontar a doutrina do próprio Ministro Gilmar Ferreira MENDES¹¹ acerca da consideração do princípio da dignidade da pessoa humana:

Não se pode conceber como compatível com o princípio constitucional da presunção de inocência qualquer antecipação de cumprimento de pena. Aplicação de sanção antecipada não se compadece com a ausência de decisão condenatória transitada em julgado.

Outros fundamentos há que se autorizar as prisão cautelar (*vide* art. 312 do Código de Processo Penal). No entanto, o cerceamento preventivo da liberdade não pode constituir um castigo àquele que sequer possui uma condenação definitiva contra si.

Parece evidente, outrossim, que uma execução antecipada em matéria penal configuraria grave atentado contra a própria ideia de dignidade humana. Se entender, como enfaticamente destacam a doutrina e a jurisprudência, que o princípio da dignidade humana não permite que o ser humano se convole em objeto da ação estatal, não há como compatibilizar semelhante ideia com a execução penal antecipada (MENDES, 2017, p. 601).

judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo I. Tradução Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 4ª ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavors, Luis Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 513 e ss; BOVINO, Alberto; BIGLIANI, Paola. **Encarcelamiento preventivo y estandares del sistema interamericano**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2011.

¹¹ Registre que tanto no julgamento do HC 126.292/SP, quanto no julgamento das ADC's 43,44 e 54 o Min. Gilmar Mendes votou pela constitucionalidade do art. 283 do CPP, entendendo pela inconstitucionalidade da prisão em segunda instância, salvo enquanto medida cautelar, legalmente autorizada.

Portanto, essa falta de consideração aos princípios constitucionais da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana causa, certamente, insegurança jurídica e gera um mar de discussões acerca da responsabilidade atribuída ao Estado pelas prisões inconstitucionais de réus considerados inocentes após o trânsito em julgado da sentença penal, já que no acórdão das ADC's 43, 44 e 54, o Supremo nada falou sobre o efeito da revogação do precedente.

Diante de todo esse imbróglio acerca da constitucionalidade ou não do art. 283 do Código de Processo Penal, da leitura do art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal, conclui-se que ainda há um longo caminho a se percorrer quanto à familiarização dos tribunais com o instituto dos precedentes. O sistema de precedentes é criado para uma jurisdição eficaz, célere e mais segura, não podendo tornar o ambiente jurídico instável.

É necessário assegurar as garantias constitucionais e elas são responsáveis por um processo e uma decisão justa, lida à luz dos ditames constitucionais e garantidas por Tribunal competente.

Essas garantias constitucionais, bem como os princípios nela estampados, guardam ligação direta com o devido processo legal, na medida em que um processo justo não é aquele que tramita mais rápido, mas sim aquele que é resolvido de forma eficaz de acordo com as normas constitucionalmente adequadas. Logo, cumpre aos envolvidos no processo a tarefa de assegurar as garantias constitucionais.

Esses dois julgamentos sobre situações de direito idênticas, mas com decisões distintas e, mais, com fundamentos absolutamente contraditórios entre uma decisão e outra, gera uma zona de descrença no Judiciário e não repassa aos jurisdicionados a segurança necessária para conferir legitimidade ao exercício do poder jurisdicional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do disposto no art. 283 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 12.403/2011 sempre foi feita à luz do art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal que, por sinal, sempre foi objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal.

Contudo, a grande questão que se coloca, além da leitura constitucional que o Supremo tem feito do mencionado artigo processual penal, cinge no fato de que há o dever

do magistrado em manter o direito uno, coerente, eficaz e efetivo, nos moldes do que determina o art. 926 do Código de Processo Penal.

O que se buscou apresentar foi que, com o julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP e das ADC's n. 43, 44 e 54, o Supremo Tribunal Federal não está preparado para se valer da teoria dos precedentes para julgar os casos, na medida em que a premissa base dessa teoria é o respeito aos fatos. Contudo, os mesmos fatos, dentro de um lapso temporal curto e já na vigência do Código de Processo Penal, levaram o Supremo a decisões divergentes e, pior, com votos absolutamente diferentes em seus fundamentos, com julgamentos por maioria entre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de um dispositivo que coloca o direito à liberdade do indivíduo em xeque.

A cada composição de julgadores do Supremo Tribunal Federal se tem posicionamentos absolutamente diferentes, o que gera, sem dúvidas, uma insegurança e uma incerteza jurídica, parecendo estarem os jurisdicionados “jogando na loteria” para ver quem tem a “sorte” de ter o entendimento favorável à sua situação.

Essa situação beira o absurdo e, pela pesquisa realizada, ainda que a intenção do legislador ordinário tenha sido a de trazer em voga a teoria dos precedentes, a Corte Suprema de Precedente não definiu os elementos previstos no art. 926 do CPC, tampouco está preparada para manter a jurisprudência una.

Portanto, a conclusão do presente estudo não poderia ser outra senão a necessidade de aprofundamento do tema pelos próprios tribunais, pelos profissionais do direito e, inclusive, pela sociedade, que deve exigir respeito aos precedentes, sob pena de se colocar em risco direitos fundamentais dos cidadãos, afinal, ninguém gostaria de ser preso sem ser culpado.

6. REFERÊNCIAS

BOVINO, Alberto; BIGLIANI, Paola. **Encarcelamiento preventivo y estandares del sistema interamericano**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2011.

CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo I. Tradução Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000.

DWORKIN, Ronald Myles. **O Império do Direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São

Paulo: Martins Fontes. 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 4ª ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavors, Luis Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

GLOBO.COM. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/ao-vivo/stf-julgamento-prisao-de-condenados-segunda-instancia.ghtml>. Acesso em 03 de dezembro de 2019.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad.: Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas**. Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. Justificativa do novo CPC. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**. Recompensa do sistema processual da Corte Suprema. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Zona de penumbra entre o STJ e o STF**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 2007.

MIGALHAS. **Julgamento histórico: STF muda jurisprudência e permite prisão a partir de decisão de segunda instância**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI234107,51045-JULGAMENTO+HISTORICO+STF+muda+jurisprudencia+e+permite+prisao+a>. Acesso em 03 de dezembro de 2019.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**. Da persuasão à vinculação. 3. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018.

MORAES, Maurício Zanoide. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PUGLIESE, William Soares. **Precedentes e a civil law brasileira**. Interpretação e

aplicação do novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

PUGLIESE, William Soares. **Princípios da Jurisprudência**. Belo Horizonte. Arraes. 2017.

*Data da submissão: 24/03/2021
Data da primeira avaliação: 26/03/2021
Data da segunda avaliação: 01/04/2021
Data da aprovação: 01/04/2021*

**A TEORIA DO DESVIO DE PODER E SUA APLICAÇÃO NA FUNÇÃO
LEGISLATIVA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

*THE THEORY OF THE DEVIATION OF POWER AND ITS APPLICATION IN THE
LEGISLATIVE FUNCTION IN LIGHT OF THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREME
FEDERAL COURT*

Hamilton Gomes de Santana Neto¹

Rafael da Silva Menezes²

RESUMO: O presente artigo objetiva a análise da teoria do desvio de poder e sua possibilidade de aplicação à Função Legislativa. De se notar que, no ordenamento jurídico brasileiro hodierno, muitas são, ou deveriam ser, as atribuições do Legislativo, razão pela qual a delimitação de seu campo de trabalho pode ensejar numa garantia aos direitos fundamentais. Afinal, se o povo é quem viverá as criações ou atuações legislativas de seus representantes políticos, por que não evidenciar métricas para o controle de tal atividade? O Legislativo é considerado, para além de uma função estatal da república, um Poder e, portanto, traz consigo enorme responsabilidade que deve ser observada para não se desviar de seus caminhos constitucionais. Assim, a análise baseada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem como objetivo expor situações fáticas envolvendo o Poder Legislativo e refletir sobre eventuais parâmetros para se identificar desvios das bordas constitucionais.

Palavras-chave: Desvio de poder; Função legislativa; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This excerpt excels in the analysis of the theory of power misuse and its possibility of application to the Legislative Function. It should be noted that, in today's Brazilian legal system, there are many attributions of the Legislative, which is why the

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. - UFAM. Especialista em Direito Processual pela Escola Superior da Magistratura do Amazonas – ESMAM. Especialista em Direitos Humanos pela Escola Superior de Advocacia do Amazonas – ESA – OAB/AM. Graduado pela Faculdade de Direito da UFAM. Professor Voluntário de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da UFAM. Técnico Judiciário em Assessoria de Desembargador do TJ/AM. E-mail: hgsneto1994@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4373365414837392>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6167-4290>.

² Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos na Universidade de Coimbra (IGC – Centro de Direitos Humanos). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG – Capes 6). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (UFAM), onde ministra a disciplina Direito Constitucional no Curso de Mestrado e as disciplinas Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil, nos cursos de Graduação e Especialização. E-mail: rafaelmenezes@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9067692701564707>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3910-243X>.

delimitation of its field of work can lead to a guarantee of fundamental rights. After all, if the people are the ones who will experience the creations or legislative actions of their political representatives, why not show metrics to control such activity? The Legislative is considered, in addition to a state function of the republic, as a Power and, therefore, brings with it an enormous responsibility that must be observed in order not to deviate from its constitutional paths. Thus, the analysis based on the jurisprudence of the Federal Supreme Court aims to expose factual situations involving the Legislative Power and reflect on possible parameters to identify deviations from the constitutional borders.

Key-words: Misuse of power; Legislative function; Federal Supreme Court.

Sumário: 1. Introdução; 2. O legislador e o plano ético-normativo; 3. O controle da função legislativa e o Supremo Tribunal Federal; 3.1. O vício no decoro parlamentar; 3.2. O estado de coisas inconstitucional; 3.3. O constante conflito de competências legislativas entre os Entes Políticos; 3.4. O “contrabando legislativo”; 3.5. Leis inúteis frente às leis necessárias; 3.6. O “orçamento secreto”; 4. O discurso democrático na busca por um Legislativo legítimo; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A teoria do desvio de poder é mais conhecida quando do estudo dos Poderes Administrativos, que são, em apressado conceito, atribuições de determinadas autoridades para consecução do interesse público (DI PIETRO, 2009, p. 88).

É de se notar que tal instituto é espécie, assim como o excesso, do gênero abuso de poder (CARVALHO FILHO, 2009, p. 44).

O excesso evidencia-se quando o agente atua fora dos limites de sua esfera de competência, ao passo em que o desvio ocorre quando o agente, embora competente, contraria finalidade prevista em norma que lhe conferiu tal atribuição (MEIRELLES, 1997, p. 96).

Sucedem que tal teoria não se limita ao campo dos poderes Administrativos, notadamente porque o termo “Poder” detém duplo sentido, ou seja, pode referir ao viés orgânico, que trata do centro de imputação do Poder estatal (Executivo, Legislativo e Judiciário) ou ao plano funcional, relativo ao modo de exercer a função pública (MOREIRA NETO, 2009, p. 20).

Aquele primeiro sentido de “Poder” é, pois, o alvo deste estudo, mais especificamente focado no Poder Legislativo, ou tecnicamente, na Função Legislativa, já que o Poder soberano de um Estado moderno é uno e indivisível (DALLARI, 2012, p. 87).

Tem-se como fonte da pesquisa a jurisprudência do Supremo Tribunal de Federal, que muito vem tergiversando acerca da matéria, principalmente ao apreciar questões sobre contrabando legislativo, vícios no decoro parlamentar frente ao controle de constitucionalidade, omissões quanto a direitos programáticos, reações legislativas (*backlash*), dentre tantos outros exemplos a serem explorados.

O estudo de tal cenário pode, ainda, suscitar novas problemáticas que envolvem as atribuições da Função Legislativa e o questionamento de até onde tal “Poder” é capaz de atuar sem configurar supostos desvios, trazendo-se exemplos práticos e hodiernos, como “devolução” de medidas provisórias, travamentos de pautas, demoras em votações, proposições legislativas de pouca “relevância” social, etc.

A exposição de tais panoramas fáticos, longe de trazer soluções herméticas ou simplesmente criticar, objetiva incitar o debate acerca dos limites da atuação do Legislativo e eventual incidência da teoria do desvio de poder para se pensar em possibilidades de controle, seja pelos outros “Poderes”, seja pelo próprio Povo, de maneira democrática e como elemento constitutivo de um Estado moderno (DALLARI, 2012, p. 101).

2. O LEGISLADOR E O PLANO ÉTICO-NORMATIVO

Como já visto, o desvio de poder revela-se como vício para além da função administrativa, compreendendo também o desempenho do poder preordenado, razão pela qual este será desviante caso não siga em direção a seu fim (MEDAUAR, 2008, p. 267).

Antes do desvio, no entanto, tem-se que determinada situação está compreendida no gênero abuso de poder que, para boa parte da doutrina, ainda estaria dentro do gênero maior da ilegalidade. Consoante observam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2021, p. 267):

(...) o abuso de poder é espécie do gênero ilegalidade, significa dizer, toda conduta que implique abuso de poder é uma conduta ilegal (contrária ao ordenamento jurídico, incluídos as leis e outros atos normativos, bem como os princípios jurídicos). Julgamos acertado afirmar que, embora nem toda ilegalidade configure abuso de poder, toda atuação com abuso de poder é ilegal.

Logo, o desvio do poder, como situação vacilante ao fim disposto em norma do ordenamento, é, antes de tudo, uma ilegalidade (CARVALHO FILHO, 2009, p. 44-45).

Não se deve olvidar, no entanto, que a prática de determinado ato ilegal transpõe a barreira da existência, mas esbarra na validade que, em sucinta conceituação, é a qualidade de estar de acordo com as “regras” do ordenamento jurídico (AZEVEDO, 2002, p. 42).

Deve-se ressaltar, ainda, a singularidade entre regras e princípios, espécies do gênero norma. Assim, o ato ou omissão, para não ser desviante, por mais que respeite as regras positivadas de um ordenamento, deve também respeito ao viés axiológico do sistema jurídico (GRAU, 1996, p. 19).

Afinal, no mundo moderno, os legisladores devem ser vistos não mais como meros “editores” de regras frias, mas como partes de um conjunto maior, onde as normas jurídicas se preocupam com o cenário fático (efetividade social) e buscam aspecto axiológico, valorativo (o bem comum, o ideal de Justiça).

Na visão de Max Scheler, toda e qualquer atividade humana, enquanto intencionalmente dirigida à realização de um valor, deve ser considerada conduta ética (SCHELER, 2004, p. 127).

Tal raciocínio serviu de base à obra de Miguel Reale, que há muito tempo já trazia a estrutura tridimensional do direito, na sua célebre concepção de que este é fato, norma e valor.

Para o professor, fatos, valores e normas se implicam e se exigem reciprocamente, o que se reflete também quando o jurisperito (legislador, advogado, juiz ou administrador) interpreta uma norma ou regra de direito para dar-lhe aplicação (REALE, 2002, p. 66).

As normas éticas não envolvem apenas um juízo de valor sobre os comportamentos humanos, mas culminam na escolha de uma diretriz considerada obrigatória numa coletividade, razão pela qual, para além de meros preceitos éticos, são, pois, normas e, portanto, devem ser respeitadas (REALE, 2002, p. 33).

Importante salientar que o campo da ética é deveras subjetivo, pois diz respeito ao sujeito humano. No entanto, tal característica não lhe tira o caráter normativo, muito porque, mesmo os preceitos principiológicos devem ser considerados na formação da norma, daí o papel do membro do Poder Legislativo em ter responsabilidade social na edição dos verbetes legiferantes.

De se notar, à guisa do tema que, na visão de Eros Grau, norma seria gênero do qual

são espécies as regras e os princípios (GRAU, 1996, p. 19), fator que corrobora, ainda mais, o enquadramento da ética como, ao menos, integrante de uma norma de conduta social.

Ao plano concreto, portanto, o viés ético impulsiona a conduta moral que, na sociedade brasileira hodierna, deve ter como escopo a tutela dos direitos fundamentais, como direitos humanos positivados na ordem jurídica (SARLET, 2009).

Repise-se, a postura moral, ou seja, de probidade para com o coletivo, enaltece a função legislativa em seu mister, principalmente no mundo moderno onde confiança é um dos valores mais caros nas relações interpessoais. Neste sentido, vale a lição de Anthony Giddens:

A confiança está basicamente vinculada, não ao risco, mas à contingência. A confiança sempre leva à conotação de credibilidade em face de resultados contingentes, digam estes respeito a ações de indivíduos ou à operação de sistemas. No caso de confiança em agentes humanos, a suposição de credibilidade envolve a atribuição de “probidade” (honra) ou amor. É por isto que a confiança em pessoas é psicologicamente consequente para o indivíduo que confia: é dado um refém moral à fortuna (GIDDENS, 1991, p. 35).

Em breve reflexão, as atribuições dos representantes do Poder Legislativo envolvem a defesa de interesses coletivos que, muitas das vezes, acabam por ganhar notório destaque com o discurso argumentativo que interessa, por óbvio, para além da relação jurídico-política, refletindo na própria formação do regime democrático (RAMOS FILHO; CASAS MAIA, 2021, p. 45).

Afinal, o valor do argumento legislativo é determinado pela capacidade de convencer uma audiência universal (ALEXY, 1989, p. 15), não pode se tornar atividade descompassada aos anseios da sociedade, pelo contrário, deve-se legislar para o povo de modo que a exposição de razões de uma norma reforça sua legitimidade no seio social.

A atividade legislativa também deve fazer uso do raciocínio jurídico, notadamente utilizado para justificar uma posição capaz de impactar sujeitos que não puderam participar, ao menos diretamente, daquele resultado.

Com isso, evidencia-se um objetivo argumentativo para persuadir e convencer pela apresentação de razões capazes de justificar (PERELMAN, 1980, p. 211).

Esta exposição dos motivos pelos quais se praticou aquele ato normativo é um dos

caminhos para abrir o diálogo com o Poder Legislativo, muito porque a linguagem é essencial ao manejo do direito, sendo capaz de construir a realidade a ser vivenciada pelo povo (FLUSSER, 2004, p.81).

Logo, a atuação legiferante deve se pautar nas normas éticas e morais de determinada localidade e, para isso, deve demonstrar o porquê de suas edições, por mais que esteja no uso de suas atribuições constitucionalmente conferidas.

Ou seja, seu poder, ou função, por já encontrar amparo na Constituição Federal pode até ser suficiente para o seu agir, no entanto, sua atuação velada, sem razões jurídicas e éticas maculam não a positividade do ato, mas, em essência, sua legitimidade.

Antes, ao falar de ética e condutas morais, distinções devem ser feitas para não se confundir os pensamentos.

No primeiro olhar, moral se relaciona com a regência das condutas e regras de determinada coletividade, ou seja, são normas não escritas que indicam o que a pessoa deve ou não fazer naquele grupo social.

Assim, a depender da sociedade e do fator tempo, a moral varia.

Demais disso, a concepção de moral tem relação com a noção do “bem”. Tal pensamento teve como berço a Grécia antiga, entre os chamados estoicos e os epicuristas. Para aqueles, o “bem” consistiria na resignação, na virtude como única fonte da felicidade, ao passo que, para estes, a ideia do “bem” teria relação com o “prazer” (NADER, 2012, p. 36).

Longe de fechar o conceito, toma-se por base o conceito de “bem” como tudo aquilo que promove a pessoa de uma forma integral e integrada de modo que a moral favorece o direito positivo na medida em que lhe empresta valores (NADER, 2012, p. 56).

Integral porque realiza a pessoa, e integrada porque condicionada aos interesses do próximo.

Logo, ao se estudar moralidade e a Função Legislativa deve-se ter em mente um conjunto de valores que conduzem o comportamento, as decisões e as ações do ser humano em sociedade.

Ao revés, a ética é vista como universal, resultado do estudo de “diversas morais”, possuindo caráter imutável de um grupo social para outro.

De se salientar, ainda, que, para os chamados utilitaristas, a ética visaria a “maior felicidade”, não do próprio agente, mas ao maior número de pessoas envolvidas, sendo defendida a nobreza de caráter, avaliada e classificada de acordo com extensão de seus efeitos ao bem comum (BENTHAM, 1979, p. 65).

Ao tratar da distinção entre ética e moral, Aristóteles ensina que ética só dependeria da vontade da pessoa e traça um paralelo com a concepção de virtude, sendo considerada um hábito que precisa ser cultivado, ou seja, exercido em sociedade. Importante a Lição de José Renato Nalini:

(...) Na concepção aristotélica, a ética só depende da vontade da pessoa. Para distinguir entre virtudes intelectuais e virtudes morais, Aristóteles exemplifica de maneira ainda hoje clara e apreensível: ‘não é, pois, por natureza, nem contrariando a natureza que as virtudes se geram em nós. Diga-se, antes, que somos adaptados por natureza a recebê-las e nos tornamos perfeitos pelo hábito’. (...) A virtude se obtém mediante o exercício: é um hábito. As aptidões, intelectuais ou físicas, são inatas. Para Aristóteles, a razão não basta. É preciso cultivar o hábito da virtude (...) A virtude, em Aristóteles, significa a ação. Significa uma prática, e não uma natureza. O homem virtuoso, portanto, é o homem ativo, que aprendeu pela prática (...) (NALINI, 2009, p. 59).

Assim, as condutas imorais, ou seja, às margens dos patamares éticos, representam ameaça potencial à sociedade e à formação de seus pilares morais em busca da virtude na existência humana, devendo o Poder Legislativo ter consciência do impacto de sua atuação social e não se render apenas a interesses momentâneos ou que possam trazer prejuízos à estabilidade da comunidade.

3. O CONTROLE DA FUNÇÃO LEGISLATIVA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A clássica ideia de tripartição dos “poderes”, disposta no art. 2º da Constituição Federal de 1988, não deixa de ser, também, um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, consoante já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), quando, por exemplo, no julgamento da ADI 97/RO (BRASIL, 1993, s.p.).

Em verdade, o próprio regime democrático, princípio sensível (art. 34, VII, *a*, da CF), depende de tal divisão para a devida coexistência dos entes federados.

Quanto ao Poder Legislativo, deve-se ressaltar que tem duas funções “típicas”, legislar e fiscalizar, possuindo para o controle externo, o auxílio dos Tribunais de Contas, órgãos cuja autonomia já é reconhecida há muito tempo. Nesse sentido:

(...) Os Tribunais de Contas ostentam posição eminente na estrutura constitucional brasileira, não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, de que não são órgãos delegatários nem organismos de mero assessoramento técnico. A competência institucional dos Tribunais de Contas não deriva, por isso mesmo, de delegação dos órgãos do Poder Legislativo, mas traduz emanação que resulta, primariamente, da própria Constituição da República. (STF, ADI-MC 4.190, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 10.03.2010, DJ 11.06.2010, p. 313)

Em se tratando da função de legislar, tal Poder não deve se deixar desviar de seu papel constitucional, devendo os representantes políticos cumprirem a missão para a qual se propuseram sem desviar do caminho.

3.1. O VÍCIO NO DECORO PARLAMENTAR

Exemplo de desvio é o chamado “vício de decoro parlamentar” que encontra previsão no art. 55, §1º da CF³ e exige do parlamentar uma postura condigna à sua posição, devendo valer de suas prerrogativas tão somente com a finalidade do seu mister constitucional de representante político.

Inclusive, em campo do controle de constitucionalidade, o STF já vem reconhecendo tal espécie de desvio funcional, notadamente ao considerar inválidos os votos “comprados”, ou seja, aqueles obtidos de maneira maculada, configurando nítida crise de representação, ofensiva ao princípio da moralidade. Nesse sentido:

(...) 4.O vício que corrompe a vontade do parlamentar ofende o devido processo constituinte reformador ou legislativo contrariando o princípio democrático e a moralidade administrativa. 5. Quebra do decoro parlamentar pela conduta ilegítima de malversação do uso da prerrogativa do voto pelo parlamentar configura crise de representação. (STF, ADI 4.887, Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, j. em 11.11.2020, DJ 24.11.2020, p. 279)

³ CF: “Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: (...) § 1º – É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas”.

Repise-se, um ato do Poder Legislativo pode, em estrita visão, estar ao amparo da regra fria do texto positivado. Sucede que a norma a ser tutelada pelo ordenamento vai além do texto e, assim, engloba seu viés axiológico e ético-normativo como no exemplo citado da “compra de votos”.

É dizer, como já analisado no item pretérito, a ética e seu aspecto moral de determinada sociedade também revelam força normativa para guiar a conduta do membro do Legislativo.

Neste primeiro exemplo, o voto proferido por parlamentar encontra amparo em texto positivado, no entanto, a real intenção que motivou aquele ato ofende, em essência, o plano axiológico, ou seja, o plano valorativo, apto, também, a ensejar sua invalidade no mundo jurídico.

3.2. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Outro exemplo se deu no caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, ainda em sede cautelar, o chamado “estado de coisas inconstitucional”, evidenciando um exemplo de “omissão” dos demais Poderes para com a situação carcerária no Brasil.

Neste caso, não apenas o Legislativo, como os demais Poderes, faltaram para com a situação do sistema carcerário. Em foco específico, a Função típica de fiscalizar por parte do Legislativo foi posta em evidência frente ao desumano cenário dos presídios brasileiros, resultado do que o STF chamou de “falência” das políticas públicas. Confira-se:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário

Nacional. 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. (STF, ADPF 347 MC, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, publicado em 19-02-2016)

No campo legiferante, por exemplo, mostrava-se a omissão quanto à regulação das famosas audiências de custódia, cuja previsão já se encontrava no art. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos⁴ e do art. 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos⁵.

Frente a tal cenário, o STF, inclusive, já vem admitindo a possibilidade do manejo da ADPF sempre que se estiver diante de uma omissão por parte do poder público, seja normativa ou não, mas desde que ameace preceito fundamental e a efetividade da norma constitucional negligenciada, citando como exemplo a ADPF 272/DF.

3.3. O CONSTANTE CONFLITO DE COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS ENTRE OS ENTES POLÍTICOS

Indo além, já se entende razoável falar na teoria do desvio de poder quando se trata das atividades do Poder Legislativo, notadamente servindo tal instituto para o controle de eventuais excessos que acabam fugindo das competências constitucionalmente previstas quanto à função típica de legislar. Confira-se precedente:

(...) APLICABILIDADE DA TEORIA DO DESVIO DE PODER AO PLANO DAS ATIVIDADES NORMATIVAS DO ESTADO – A teoria do desvio de poder, quando aplicada ao plano das atividades legislativas, permite que se contenham eventuais excessos decorrentes do exercício imoderado e arbitrário da competência institucional outorgada ao Poder Público, pois o Estado não pode, no desempenho de suas atribuições, dar causa à instauração de situações normativas que comprometam e afetem os fins que regem a prática da função de legislar. (ADI

⁴ Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: “Art. 9.3: Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.”

⁵ Convenção Interamericana de Direitos Humanos: “Art. 7.5: Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.”

2667, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2020, publicado em 19-10-2020)

Tal exemplo de desvio de poder refere-se à competência legislativa dos Entes políticos, ressaltando a exigência de razoabilidade não apenas no viés ético da atuação, mas também na neutralização de abusos do Poder Público no desempenho de funções normativas. Nesse sentido:

(...) TODOS OS ATOS EMANADOS DO PODER PÚBLICO ESTÃO NECESSARIAMENTE SUJEITOS, PARA EFEITO DE SUA VALIDADE MATERIAL, À INDECLINÁVEL OBSERVÂNCIA DE PADRÕES MÍNIMOS DE RAZOABILIDADE – As normas legais devem observar, no processo de sua formulação, critérios de razoabilidade que guardem estrita consonância com os padrões fundados no princípio da proporcionalidade, pois todos os atos emanados do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do “substantive due process of law”. Lei Distrital que, no caso, não observa padrões mínimos de razoabilidade. A EXIGÊNCIA DE RAZOABILIDADE QUALIFICA-SE COMO PARÂMETRO DE AFERIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DOS ATOS ESTATAIS – A exigência de razoabilidade – que visa a inibir e a neutralizar eventuais abusos do Poder Público, notadamente no desempenho de suas funções normativas – atua, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais (...) (ADI 2667, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2020, publicado em 19-10-2020).

Estes casos evidenciam-se corriqueiros, notadamente em se tratando de usurpação de competências legislativas quando se trata do estabelecimento de normas gerais por parte da União frente aos demais Entes políticos, considerado, pelo STF, como ato de transgressão constitucional. Nesse sentido:

USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA OUTORGADA À UNIÃO FEDERAL PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DAS LACUNAS PREENCHÍVEIS – NORMA DESTITUÍDA DO NECESSÁRIO COEFICIENTE DE RAZOABILIDADE – OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – ATIVIDADE LEGISLATIVA EXERCIDA COM DESVIO DE PODER – INCONSTITUCIONALIDADES FORMAL E MATERIAL DECLARADAS – AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. A USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA, QUANDO PRATICADA POR QUALQUER DAS PESSOAS ESTATAIS, QUALIFICA-SE COMO ATO DE TRANSGRESSÃO CONSTITUCIONAL – A Constituição da República, nas hipóteses de competência concorrente (CF, art. 24), estabeleceu verdadeira situação de condomínio legislativo entre a União Federal, os Estados-membros e o Distrito Federal (RAUL MACHADO HORTA, “Estudos de Direito Constitucional”, p. 366, item n. 2, 1995, Del Rey), daí

resultando clara repartição vertical de competências normativas entre essas pessoas estatais, cabendo à União estabelecer normas gerais (CF, art. 24, § 1º) e aos Estados-membros e ao Distrito Federal exercerem competência suplementar (CF, art. 24, § 2º). – A Carta Política, por sua vez, ao instituir um sistema de condomínio legislativo nas matérias taxativamente indicadas no seu art. 24 – entre as quais avulta, por sua importância, aquela concernente ao ensino (art. 24, IX) –, deferiu ao Estado-membro e ao Distrito Federal, em “inexistindo lei federal sobre normas gerais”, a possibilidade de exercer a competência legislativa plena, desde que “para atender a suas peculiaridades” (art. 24, § 3º). – Os Estados-membros e o Distrito Federal não podem, mediante legislação autônoma, agindo “ultra vires”, transgredir a legislação fundamental ou de princípios que a União Federal fez editar no desempenho legítimo de sua competência constitucional, de cujo exercício deriva o poder de fixar, validamente, diretrizes e bases gerais pertinentes a determinada matéria (educação e ensino, na espécie) (...) (ADI 2667, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2020, publicado em 19-10-2020)

Entra em debate outro aspecto, o do critério da razoabilidade como parâmetro para aferição da constitucionalidade material de determinado ato estatal, o que já vem sendo alvo de análise do STF há muito tempo quando do apreço das normas que lhe chegam ao apreço nas ações de controle de constitucionalidade. Confira-se:

A EXIGÊNCIA DE RAZOABILIDADE QUALIFICA-SE COMO PARÂMETRO DE AFERIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DOS ATOS ESTATAIS. - A exigência de razoabilidade – que visa a inibir e a neutralizar eventuais abusos do Poder Público, notadamente no desempenho de suas funções normativas – atua, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais. APLICABILIDADE DA TEORIA DO DESVIO DE PODER AO PLANO DAS ATIVIDADES NORMATIVAS DO ESTADO. - A teoria do desvio de poder, quando aplicada ao plano das atividades legislativas, permite que se contenham eventuais excessos decorrentes do exercício imoderado e arbitrário da competência institucional outorgada ao Poder Público, pois o Estado não pode, no desempenho de suas atribuições, dar causa à instauração de situações normativas que comprometam e afetem os fins que regem a prática da função de legislar. A EFICÁCIA EX TUNC DA MEDIDA CAUTELAR NÃO SE PRESUME, POIS DEPENDE DE EXPRESSA DETERMINAÇÃO CONSTANTE DA DECISÃO QUE A DEFERE, EM SEDE DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO. - A medida cautelar, em sede de fiscalização normativa abstrata, reveste-se, ordinariamente, de eficácia "ex nunc", "operando, portanto, a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal a defere" (RTJ 124/80). Excepcionalmente, no entanto, e para que não se frustrem os seus objetivos, a medida cautelar poderá projetar-se com eficácia "ex tunc", com conseqüente repercussão sobre situações pretéritas (RTJ 138/86), retroagindo os seus efeitos ao próprio momento em que editado o ato normativo por ela alcançado. Para que se outorgue eficácia "ex tunc" ao provimento cautelar, em sede de fiscalização concentrada de constitucionalidade, impõe-se que o Supremo Tribunal Federal expressamente assim o determine, na decisão que conceder essa medida extraordinária (RTJ 164/506-509, 508, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Situação excepcional que se verifica no caso ora em exame, apta a justificar a outorga de provimento cautelar com eficácia "ex tunc".(ADI 2667 MC, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 19/06/2002, DJ 12-03-2004)

Assim, a invasão no campo de competência entre os Entes políticos não pode ser vista como erro aceitável ou fruto de imperícias legislativas, pelo contrário, a corriqueira constatação de tais episódios leva à reflexão de que a atividade legislativa, seja de qual Ente político for, deve ser realizada olhando ao ordenamento de maneira holística e preocupada aos anseios do povo, e não de maneira obtusa (GODOY, 2017, p. 107).

3.4. O “CONTRABANDO LEGISLATIVO”

Outro exemplo de situação que vem acontecendo é o chamado “contrabando legislativo”, ou seja, quando os membros do parlamento apresentam emendas em normativas que, numa visão geral, não guardam relação mínima de compatibilidade.

O STF já apreciou tais casos, notadamente diante de demanda envolvendo medidas provisórias, entendendo ser incompatível com a CF a apresentação de emendas sem relação de pertinência temática com medida provisória submetida à sua apreciação. Nesse sentido:

EMENTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 113 A 126 DA LEI Nº 12.249/2010. CONVERSÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 472/2009. DISPOSITIVOS INCLUÍDOS POR EMENDA PARLAMENTAR. AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA COM O OBJETO ORIGINAL DA MEDIDA PROVISÓRIA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. ARTS. 1º, CAPUT, 2º, 5º, LIV, 62 E 84, XXVI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. Inclusão, por emenda parlamentar, dos arts. 113 a 126, versando sobre alteração de limites de unidades de conservação, na redação final da Lei nº 12.249/2010, conversão da Medida Provisória nº 472/2009. 2. Afronta ao princípio democrático, ao postulado da separação entre os Poderes e à garantia do devido processo legislativo, à ausência de pertinência temática entre a matéria veiculada na emenda parlamentar e o objeto da medida provisória submetida à conversão em lei. 3. Em 15.10.2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, embora reconhecendo formalmente inconstitucional, a teor dos arts. 1º, caput e parágrafo único, 2º, caput, e 5º, LIV, da Carta Política, a inclusão de emenda, em projeto de conversão de medida provisória em lei, versando conteúdo divorciado do seu objeto originário, ao julgamento da ADI 5127, forte no princípio da segurança jurídica, afirmou a validade dos preceitos normativos resultantes de emendas a projetos de lei de conversão, ainda que sem relação com o objeto da medida provisória, aprovados antes da data daquele julgamento. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 5012, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 16/03/2017, publicado em 01-02-2018)

Explorando um pouco a outra função típica do Poder Legislativo, qual seja, a de fiscalizar, tem-se de destacar a atribuição constitucional conferida no art. 50⁶, que diz respeito à possibilidade do parlamento federal de convocar autoridades e requisitar informações.

Em especial, o art. 50, §2º da CF dispõe sobre os pedidos de informações das autoridades públicas para fins de viabilizar o controle por parte do Legislativo⁷.

Tal “poder” é elencado pela Carta Magna com referência ao Parlamento federal de modo que os demais Entes Políticos, apesar da simetria, não podem ampliar o rol destas ferramentas fiscalizatórias. Confira-se:

FISCALIZAÇÃO – PODER LEGISLATIVO – CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – SIMETRIA. É incompatível, com o modelo previsto no artigo 50 da Constituição Federal, a ampliação, pelo constituinte estadual, do rol de autoridades sujeitas à fiscalização do Poder Legislativo. COMPETÊNCIA NORMATIVA – CRIME DE RESPONSABILIDADE – NORMA ESTADUAL – INCONSTITUCIONALIDADE. Conflita com a Constituição Federal, considerada a competência privativa da União para legislar sobre direito penal – artigo 22, inciso I –, ato normativo estadual a prever crime de responsabilidade. Precedente: ação direta de inconstitucionalidade nº 5.300, relator ministro Alexandre de Moraes, com acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico de 28 de junho de 2018. (ADI 5289, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2021, publicado em 16-08-2021)

O contrabando é um ato destruturante. De um lado, vale-se de instrumento legislativo para aproveitar de sua força e positivar situações ilegítimas; e, de outro lado, quebra a confiança, descompassa a instituição representativa da sociedade representada, minando sua própria liberdade institucional, posto que, não raro, tais situações acabam desaguando no Poder Judiciário, resultando no fortalecimento deste (LEITE, 2017, p. 116) e, conseqüentemente, no enfraquecimento do Poder Legislativo.

6CF: “Art. 50. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, poderão convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificação adequada.”

7CF: “(...) § 2º As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal poderão encaminhar pedidos escritos de informações a Ministros de Estado ou a qualquer das pessoas referidas no caput deste artigo, importando em crime de responsabilidade a recusa, ou o não – atendimento, no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas.”

3.5. LEIS INÚTEIS FRENTE ÀS LEIS NECESSÁRIAS

Há, no entanto, exemplos de atuações legislativas engajadas na defesa da população vulnerável, principalmente no recente cenário de pandemia do COVID-19, podendo-se citar a edição de normativas para o não corte de serviços públicos essenciais, como água e energia elétrica.

O STF já avalizou tais edições, entendendo cabível que os Estados legislem sobre tal assunto. Nesse sentido:

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO – CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. Cabe à Advocacia-Geral da União a defesa do ato normativo impugnado – artigo 103, § 3º, da Constituição Federal. COMPETÊNCIA NORMATIVA – CONSUMIDOR – PROTEÇÃO – AMPLIAÇÃO – LEI ESTADUAL. Ausente instituição de obrigação relacionada à execução do serviço de energia elétrica, são constitucionais atos normativos estaduais a versarem vedação do corte do fornecimento residencial, ante inadimplemento, e parcelamento do débito, considerada a pandemia covid-19, observada a competência concorrente para legislar sobre proteção do consumidor – artigo 24, inciso VIII, da Carta da República. (ADI 6588, Relator(a): MARCO AURELIO, Tribunal Pleno, julgado em 31/05/2021, publicado em 10-08-2021)

Por outro lado, há, também, atividades legislativas, no mínimo, questionáveis do ponto de vista da relevância social. Em famoso brocardo, Montesquieu já alertava que “leis inúteis enfraquecem as leis necessárias”.

A título de exemplificação, em consulta ao sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, tem-se que, no universo de 10 anos, entre 2011 a 2021, foram propostos aproximadamente 123.400 projetos de leis ordinárias⁸.

Ocorre que tal número expressivo de proposições nem sempre veiculam temas de relevância social, preocupando-se, muitas das vezes, em questões diminutas e com aspectos personalíssimos quando, em verdade, o poder de legislar deveria ser endereçado ao coletivo.

3.6. O ORÇAMENTO “SECRETO”

Outra questão interessante e atual é a do chamado orçamento “secreto” que tem a ver com as emendas parlamentares. O Poder Executivo, ao enviar a proposta de lei sobre o orçamento anual, fixa despesas e estima receitas.

⁸ <https://bityli.com/8IPCTsr>.

No entanto, os parlamentares, na votação de tal projeto, apresentam a emendas, individuais ou coletivas, cujo objetivo central seria a destinação de verbas para obras e projetos nas bases eleitorais.

A emenda constitucional n. 86/2015 alterou os artigos 165 e 166 da Constituição Federal de 1988, instituindo o chamado orçamento impositivo.

Segundo esses dispositivos, há a obrigatoriedade de aprovação de emendas parlamentares individuais ao projeto de lei orçamentária anual até o limite de 1,2% da receita corrente líquida (RCL) prevista no projeto de lei orçamentária encaminhado pelo Poder Executivo para aquele exercício financeiro.

Além disso, é obrigatória a execução orçamentária e financeira das programações resultantes dessas emendas. Essas, então, são conhecidas como emendas parlamentares individuais de execução obrigatória ou ainda emendas impositivas⁹.

Ocorre que, além das emendas individuais, há a emenda do “relator” que concentra a maior parte do orçamento nas mãos de poucos parlamentares, sendo, ainda, de execução não obrigatória.

Em breve síntese, neste tipo de emenda, não é possível saber qual membro do legislativo é o destinador dos recursos, daí o nome atribuído de “orçamento secreto”, além de provocar um desequilíbrio na destinação dos recursos.

Frente a tal cenário, a Ministra Rosa Weber do STF em recentes decisões nas ADPFs 850, 851 e 854, confirmadas pelo colegiado, suspendeu a execução de emenda do relator para o ano de 2021, cobrando transparência e ampla publicidade quanto à destinação das verbas de aproximadamente R\$ 17 bilhões.

O exemplo evidencia possível desvio de poder do Legislativo diante da falta de transparência na destinação de verbas públicas atinentes às emendas parlamentares, transpondo a barreira do coletivo em prol de interesses não republicanos. Confira-se:

⁹ CF: § 9º As emendas individuais ao projeto de lei orçamentária serão aprovadas no limite de 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita corrente líquida prevista no projeto encaminhado pelo Poder Executivo, sendo que a metade deste percentual será destinada a ações e serviços públicos de saúde. [...]

§ 11.É obrigatória a execução orçamentária e financeira das programações a que se refere o § 9º deste artigo, em montante correspondente a 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita corrente líquida realizada no exercício anterior, conforme os critérios para a execução equitativa da programação definidos na lei complementar prevista no § 9º do art. 165.

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DESPESAS PÚBLICAS DECORRENTES DE EMENDAS DO RELATOR DO PROJETO DE LEI ORÇAMENTÁRIA ANUAL. PRETENSÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FUNDADA TANTO EM SITUAÇÕES VERIFICÁVEIS NO PLANO OBJETIVO-NORMATIVO (PRÁTICAS INSTITUCIONAIS) QUANTO EM ALEGAÇÕES SOMENTE PASSÍVEIS DE CONSTATAÇÃO POR MEIO DE INVESTIGAÇÃO FÁTICO-PROBATÓRIA (CONDUTAS INDIVIDUAIS). INADMISSIBILIDADE DO CONHECIMENTO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO QUANTO AO SUPOSTO ESQUEMA DE DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS DENOMINADO “TRATORAÇÃO”. CONTROVÉRSIA CUJA ANÁLISE DEMANDA APROFUNDADO EXAME DE FATOS E INSTAURAÇÃO INCIDENTAL DEFASE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DE FATOS CONCRETOS E SITUAÇÕES ESPECÍFICAS EM SEDE DE PROCESSOS DE PERFIL OBJETIVO. EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA E FINANCEIRA DAS EMENDAS DO RELATOR (CLASSIFICADAS PELO IDENTIFICADOR RP 9). CONSTATAÇÃO OBJETIVA DA OCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AOS POSTULADOS REPUBLICANOS DA TRANSPARÊNCIA, DA PUBLICIDADE E DA IMPESSOALIDADE NO ÂMBITO DA GESTÃO ESTATAL DOS RECURSOS PÚBLICOS. PRÁTICAS INSTITUCIONAIS CONDESCENDENTES COM A OCULTAÇÃO DOS AUTORES E BENEFICIÁRIOS DAS DESPESAS DECORRENTES DE EMENDAS DO RELATOR DO ORÇAMENTO FEDERAL. MODELO QUE INSTITUI INADMISSÍVEL EXCEÇÃO AO REGIME DE TRANSPARÊNCIA NO ÂMBITO DOS INSTRUMENTOS ORÇAMENTÁRIOS. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. REFERENDO.1. As práticas institucionais e padrões de comportamento verificáveis objetivamente na esfera dos Poderes Públicos traduzem formas de atuação estatal subsumíveis à noção jurídica de atos de poder (Lei nº 9.882/99, art. 1º, caput).Precedentes. (...) 4.O Congresso Nacional institucionalizou uma duplicidade de regimes de execução das emendas parlamentares: o regime transparente próprio às emendas individuais e de bancada e o sistema anônimo de execução das despesas decorrentes de emendas do relator. Isso porque, enquanto as emendas individuais e de bancada vinculam o autor da emenda ao beneficiário das despesas, tornando clara se verificáveis a origem e a destinação do dinheiro gasto, as emendas do relator operam com base na lógica da ocultação dos efetivos requerentes da despesa, por meio da utilização de rubrica orçamentária única (RP 9), na qual todas as despesas previstas são atribuídas, indiscriminadamente, à pessoa do relator-geral do orçamento, que atua como figura interposta entre parlamentares incógnitos e o orçamento público federal. 5. Enquanto a disciplina normativa da execução das emendas individuais e de bancada (RP 6 e RP 7) orienta-se pelos postulados da transparência e da impessoalidade, o regimento pertinente às emendas do relator (RP 9) distancia-se desses ideais republicanos, tornando imperscrutável a identificação dos parlamentares requerentes e destinatários finais das despesas nelas previstas, em relação aos quais, por meio do identificador RP 9, recai o signo do mistério.6.Mostra-se em tudo incompatível com a forma republicana e o regime democrático de governo a validação de práticas institucionais por órgãos e entidades públicas que, estabelecidas à margem do direito e da lei, promovam o segredo injustificado sobre os atos pertinentes à arrecadação de receitas, efetuação de despesas e destinação de recursos financeiros, com evidente prejuízo do acesso da população em geral e das entidades de controle social aos meios e instrumentos necessários ao acompanhamento e à fiscalização da gestão financeira do Estado. Precedentes. (ADPF 854-MC-Ref, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 11.11.2021)

Assim, a informação quanto ao orçamento ganha relevo na atuação do Legislativo, podendo as omissões, por si mesmas, já significar possível desvio de poder pela carência de transparência na destinação de verbas públicas, em completa afronta ao viés republicano do Estado de Direito.

4. O DISCURSO DEMOCRÁTICO NA BUSCA POR UM LEGISLATIVO LEGÍTIMO

A construção de caminhos para o controle de tais desvios de poderes deve passar pela democracia e sua relação com a maior participação popular nas empreitadas legislativas, sendo certo frisar que nem toda crítica à democracia representativa leva diretamente à democracia direta (BOBBIO, 2015, p. 57).

Assim, deve-se destacar o paradigma procedimental de Jurgen Habermas acerca do conceito de democracia deliberativa e construir pensamentos sobre as premissas do estado de direito, do bem-estar democrático liberal (ROSENFELD; ARATO, 1998).

Nesta toada, o controle das atuações do Poder Legislativo não deve ficar restrito apenas à fase legiferante, podendo-se expandir, também, à fase de fiscalização e aplicação dos recursos públicos, sobretudo diante de cenários recentes de falta de transparência, invasões nos campos de competências, materializando-se como um canal de diálogo entre os membros do parlamento e a sociedade.

Demais isso, a reiteração das práticas desviantes revela a importância de maior proximidade entre as Instituições públicas e privadas, primando pela formação democrática como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais.

Vale ressaltar, que os fatores econômicos também têm parcela significativa no quadro de mudanças da ordem jurídica do Estado brasileiro. Considerando este aspecto, a Constituição de 1988 procura estabelecer diretrizes a serem seguidas no intuito não de engessar a ordem econômica, mas de coibi-la de extrapolar suas atividades em ações maléficas ao corpo social da nação (FIGUEIREDO, 2012).

As Constituições brasileiras anteriores a 1988, na maioria outorgadas, tinham uma tendência de tratar o Estado antes e o indivíduo depois. Sucede que a Constituição Cidadã inverte tal lógica e traz o indivíduo logo no começo, consubstanciado pelos fundamentos da

República, princípios institucionais, prevalência dos Direitos Humanos, direitos e garantias individuais, sociais, coletivos e políticos etc.

Depois de tratar disso, aí sim a Carta Magna começa a organizar o Estado. É dizer, a “*arquitetura constitucional*” é invertida não por acaso, mas como clara forma de mostrar o anseio da nação e, portanto, refletir no texto o poder dominante (MAZZUOLI, 2015).

Sendo a Constituição Federal quem dá fundamento à ordem jurídica brasileira e sustenta toda uma plêiade de direitos essenciais à estruturação do poder no Brasil e suas relações com os anseios da nação, torna-se prudente a consideração de aspectos dos mais dinâmicos possíveis.

Isso se justifica, pois a sociedade brasileira apresenta-se como um amálgama de culturas miscigenadas ao longo do desiderato evolutivo da nação.

O direito constitucional evoluiu significativamente nas últimas décadas, passando a centralizar cada vez mais o eixo de validade do ordenamento jurídico de um Estado no texto constitucional.

Porém, nem sempre foi assim, perpassando pelo surgimento dos Estados modernos e as diversas formas de organização do poder até os dias hodiernos, inúmeras mudanças ocorreram quanto à organização do poder e o tratamento conferido ao indivíduo.

O texto constitucional abarca diversas regras que tendem a acomodar as relações sociais numa estrutura formal de poder, o que atribui legitimidade e dá maior eficiência à proteção de direitos fundamentais.

A teoria geral do Estado nos ensina alguns elementos formadores deste, tais como: povo, território, soberania, e, para alguns, finalidade (DALLARI, 2012, P. 83)

Faz-se necessário entender que estes elementos não podem ser considerados isoladamente, tendo em seus propósitos a ânsia de estarem interligados.

Não pode haver ausência de um destes, pois o Estado é uma conjunção entre planos materiais e valorativos que, se juntos formam uma estrutura, separados são meras particularidades (DALLARI, 2012, p 84)

Logo, fixar uma estrutura base como forma de Estado, de governo e outras considerações, acaba se tornando uma tarefa muito difícil, de modo que o regime democrático haverá de instituir a vontade da maioria, respeitando os direitos das minorias.

A ideia de democracia depende de cidadãos comuns comprometidos, ou seja, tal princípio está na base do elemento humano de uma nação. Esta é a lição de Robert Dahl:

Contudo, sem um conjunto de cidadãos comprometidos com princípios republicanos e capazes de se autogovernar de acordo com esses princípios, a Constituição logo teria sido um pouco mais que um pedaço de papel. Como viria a revelar a experiência histórica, nos países em que a convicção democrática era frágil ou ausente, as constituições efetivamente se transformaram em pouco mais que pedaços de papel – prontamente violadas e logo esquecidas. (DAHL, 2012, p. 27)

É nesse ponto que o regime democrático brasileiro se diferencia dos demais regimes do mundo, inovando em suas premissas garantidoras de direitos e se aproximando cada vez mais de relações justas, ainda que o justo seja algo muito relativo (BARBOSA, 1984), pautando-se na pragmática das práticas institucionais capazes de identificar os verdadeiros atos de poder. Nesse sentido:

(...) 1. As práticas institucionais e padrões de comportamento verificáveis objetivamente na esfera dos Poderes Públicos traduzem formas de atuação estatal subsumíveis à noção jurídica de atos de poder (Lei nº 9.882/99, art. 1º, caput). Precedentes. (ADPF 854-MC-Ref, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 11.11.2021)

Portanto, valer-se de tal fundamento basilar da democracia se faz necessário também para o debate acerca da atuação do Poder Legislativo quando do exercício de suas atribuições constitucionais de legislar e fiscalizar, notadamente diante da implicação prática exponencial do fato social de expansão dos comportamentos desviantes dos legítimos atos de poder.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, pode-se concluir que o Legislativo não é fim em si mesmo e não deve agir com base na sua “ética da convicção”, pois carrega consigo mister constitucional de Função da República, tendo nítido impacto na realidade social. Na lição de Weber:

Qualquer ação eticamente orientada pode ajustar-se a duas máximas, fundamentalmente diferentes entre si e irremediavelmente opostas: pode orientar-se de acordo com a "ética da convicção" ou de acordo com a "ética da responsabilidade". (WEBER, 1979, p. 85)

Além disso, sua atuação não deve ser limitada ao mero “cumprir e fazer a lei”, detendo autonomia e independência capazes de apaziguar os conflitos sociais e fiscalizar as atuações do Estado.

O olhar da atividade do Legislativo frente ao valor ético, sob viés normativo, ou seja, de obediência salutar, deve ser reiteradamente incentivada através das condutas morais no meio social, razão pela qual o fortalecimento do respeito e credibilidade social dos representantes parlamentares dependem, sobremaneira, desta.

É dizer, o próprio representante do Legislativo é quem deve, reiteradamente, através de suas condutas morais (socialmente louváveis), buscar a vigilância de seus atos, numa preocupação coletiva e não apenas individual.

Tal postura, a nível institucional da República, significa numa propagação dos preceitos éticos universais de modo que o distanciamento das balizas morais do grupo coletivo estará fadado à destruição do meio social, considerando que a ética é, em essência, valor humano indispensável à sua existência digna. Consoante Foucault:

É um conjunto de valores e regras de ação propostas aos indivíduos e aos grupos por intermédio de aparelhos prescritivos diversos, como podem ser a família, as instituições educativas, as Igrejas, etc. (FOUCAULT, 1984, p. 26)

Logo, o homem político tem dupla responsabilidade; é dizer, presta-se aos interesses dos Entes público e, além, da sociedade em que vive, devendo seus atos se pautarem nos preceitos da teoria ética, inerente e elementar ao ser humano, através da reiteração de suas condutas.

Estas condutas, como dito, não devem destoar dos costumes sociais do local, ou seja, da moral vigente, devendo tal preocupação ser encarada como valor de norma, ou seja, de observância obrigatória.

Mesmo que esta espécie de norma ampla e principiológica não traga consigo sanção coercitiva para reprimir eventuais desvios de poder, estes, por si sós, já exprimem verdadeira penalidade ao meio social em que vive o parlamentar, pois supostas condutas imorais distanciam-se da diretriz ética do ser humano na busca do bem comum, caminho suficiente para ameaçar a “maior felicidade” do coletivo (BENTHAM, 1979, p. 67).

6. REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021.

ALEXY, Robert. **A theory of Legal Argumentation: the Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification**. Trad. Ruth Adler e Neil MacCormick. Oxford University Press: Oxford, 1989.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARBOSA, Júlio César Tadeu. **O que é Justiça**. São Paulo. Editora Brasiliense, 4ª edição, 1984.

BENTHAM, Jeremy. **Os pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 13 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade II, O Uso dos Prazeres**. Rio de Janeiro: Ed. Graal 1984.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FLUSSER, Vilém. **Língua e Realidade**. São Paulo: Annablume, 2004.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GRAU, Roberto Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. Malheiros Editores Ltda. São Paulo, 1996.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: Do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. 1 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. v. 1.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 12 ed. São Paulo: RT, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 34ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PERELMAN, Chaím. **Justice, Law and Argument – Essays in Moral and Legal Reasoning**. Trad. Város. Netherlands: D. Reidel Publishing Company, 1980.

RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes; CASAS MAIA, Maurílio. **A defensoria pública como expressão e instrumento do regime democrático**. In. Democracia e constitucionalismo: riscos, pressões e resiliência. Org. Rafael da Silva Menezes. 1 ed. Manaus/AM: Green Tree Books Edições Jurídicas, 2021.

ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. **Habermas on law and democracy: critical exchanges**. University of California Press, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHELER, Max. **Esencia y formas de la simpatía**. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A., 2004.

WEBER, Max. **Religião e racionalidade econômica**. In COHN, Gabriel (org.). Weber. Col. Grandes Cientistas Sociais n. 13. São Paulo: Ática, 1979.

Data da submissão: 05/01/2022

Data da primeira avaliação: 10/02/2022

Data da segunda avaliação: 03/03/2022

Data da aprovação: 03/03/2022

**ATIVISMO JUDICIAL NA PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE
PODERES***JUDICIAL ACTIVITY FROM THE PERSPECTIVE OF THE PRINCIPLE OF
SEPARATION OF POWERS***Melissa Demari¹****Mariana Machado Tessari²**

RESUMO: O presente artigo tem como propósito analisar o fenômeno do ativismo judicial e eventual incompatibilidade de sua prática em relação aos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Inicialmente, verifica-se que o ativismo possui sua origem em um amplo fenômeno de judicialização, pelo qual observa-se o recurso ao Judiciário para tratar dos mais variados aspectos da vida. A judicialização tem várias facetas, dentre as quais destacam-se a politização do judiciário, a judicialização da política e o próprio ativismo judicial. Por sua vez, o ativismo judicial é um fenômeno pelo qual o Poder Judiciário assume um protagonismo cada vez maior dentro do cenário político, especialmente porque passa a desempenhar funções alheias à sua competência atribuída pelo Estado Democrático de Direito, avocando para si atividades que incumbem essencialmente ao Poder Legislativo. Isso ocorre na medida em que, ao julgar, o Judiciário resolve os conflitos de interesses através da aplicação de soluções não previstas em lei, criando normas jurídicas para solucionar os casos concretos. Ressalta-se que, apesar da gênese do fenômeno em questão estar na inércia dos demais poderes do Estado (principalmente do Poder Legislativo), conclui-se que essa saliência do Judiciário afronta o Princípio da Separação de Poderes, tendo em vista que, através do mesmo, o órgão judicante extrapola a função de aplicar e interpretar o Direito, pois, ao conceber soluções jurídicas não previstas em lei, acaba criando direito, função esta que pertence tipicamente ao Poder Legislativo.

Palavras-chave: Ativismo judicial; Poder Judiciário; separação de poderes; estado democrático.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the phenomenon of judicial activism and possible incompatibility of its practice in relation to the foundations of the Democratic Rule of Law. Initially, it turns out that activism has its origin in a wide phenomenon of judicialization, through which the use of the Judiciary to deal with the most varied aspects of life is observed. Judicialization has several facets, among which the politicization of the judiciary, the judicialization of politics and judicial activism itself stand out. In turn, judicial

¹ Doutora em Ciências Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, Mestre em Direito Público – UNISINOS. Advogada e Professora dos cursos de Graduação e Pós-Graduação da Universidade de Caxias do Sul – UCS. E-mail: mdemari3@ucs.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0730-4106>

² Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. E-mail: mariana_tessari@hotmail.com. ORCID :<https://orcid.org/0000-0002-8740-685X>

activism is a phenomenon whereby the Judiciary is increasingly playing a leading role within the political scene, especially because it starts to perform functions outside its competence attributed by the Democratic State under the Law, evoking activities that are essentially incumbent upon to the Legislative Branch. This occurs to the extent that, when judging, the Judiciary resolves conflicts of interest through the application of solutions not provided for by law, creating legal norms to solve specific cases. It is emphasized that, despite the genesis of the phenomenon in question being in the inertia of the other powers of the State (mainly of the Legislative Power), it is concluded that this salience of the Judiciary affronts the Principle of Separation of Powers, considering that, through the even, the judiciary organ extrapolates the function of applying and interpreting the Law, because, when conceiving legal solutions not provided for by law, it ends up creating law, a function that typically belongs to the Legislative Power.

Key-words: Judicial activism. Judicial power. Separation of Powers. Democratic State.

Sumário: 1. Introdução; 2. Princípio da separação de poderes; 3. Ativismo judicial: o protagonismo da atividade judicante; 4. Considerações finais; 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo principal a análise acerca do ativismo judicial, fenômeno este que remonta à questão do protagonismo do Poder Judiciário no cenário das democracias contemporâneas. O problema tratado se volta aos aspectos e definições do ativismo, visando investigar como referido fenômeno se articula no cenário político atual, e se, eventualmente, o mesmo configura uma afronta ao Princípio da Separação de Poderes, na medida em que representa uma ampliação da atividade judicante.

O artigo propõe ao leitor uma análise acerca da legitimidade de julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, em que referido órgão concebeu soluções jurídicas não previstas em lei e, através da hermenêutica jurídica, alterou o sentido das normas jurídicas, criando regras não previstas no ordenamento jurídico.

Na pesquisa, foi utilizada a metodologia de revisão bibliográfica, sendo abordados livros, artigos, jurisprudência, doutrina, bem como a legislação nacional vigente.

2. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Inicialmente, considerando que o presente artigo tem por objeto a análise do ativismo judicial, e considerando, ainda, que o mote da discussão diz respeito à análise de como

referido fenômeno se articula com o princípio da Separação dos Poderes, é essencial que, de início, se apresente uma breve síntese da Teoria da Separação de Poderes.

Muitos autores atribuem a origem da Teoria da Separação de Poderes ao filósofo grego, Aristóteles. Entretanto, os primeiros pensamentos sobre o tema iniciaram, ainda que de forma rudimentar, com Platão, através de sua obra “*A República*” (VANIN, 2017, s.p.). Platão buscou explicar a felicidade dos cidadãos através de uma ideia de descentralização do Poder, a qual seria alcançada com a divisão das funções do Estado de acordo com o ofício de cada indivíduo (PLATÃO, 2012, p. 174-175). Posteriormente, Aristóteles, em sua obra denominada “*Política*”, identificou os três Poderes essenciais existentes em qualquer forma de governo, distinguindo-os entre as funções deliberativa, executiva e judiciária (ARISTÓTELES, 1991, p. 113).

A seu turno, John Locke, objetivando articular e explicar um governo civil organizado que solucionasse a desordem ocasionada pelo estado de natureza (no qual cada indivíduo tinha legitimidade para impor as leis da época – fato gerador de grandes conflitos), reforçou a ideia de divisão das funções da sociedade civil entre os Poderes Legislativo, Executivo e Federativo, de forma que estes possuem prerrogativas apenas quando exercidos de acordo com os interesses do povo (LOCKE, 1994, p. 171).

Além disso, a função legiferante, concernente ao poder de editar leis de convivência social, possuía supremacia em relação às demais, justamente porque era a base da fixação dos pilares da vida em sociedade (LOCKE, 1994, p. 162). Obviamente que tais ideias foram articuladas ainda antes da articulação institucional da ideia de Estado.

Em que pese a necessidade da repartição de competências por parte dos detentores do poder de condução social já ter sido aventada no passado, Teoria da Separação de Poderes da forma como hoje conhecida foi baseada nas obras de Montesquieu, principalmente, em seu repertório denominado “*O Espírito das Leis*” (BICCA, 2012, p. 02).

O filósofo francês concebeu a Separação de Poderes – com a devida operacionalização das funções por três órgãos distintos – com o principal propósito de garantir a liberdade política, entendida esta como sendo a segurança do cidadão (a qual inexistiria se o povo teme seu governo), bem como o seu direito de escolha, consistente em

não ser obrigado a fazer tudo o que a lei permite e não ser constrangido a fazer o que ela não manda (MONTESQUIEU, 2000, p. 167).

Para tanto, Montesquieu reconhece que “existe em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que emendem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil” (MONTESQUIEU, 2000, p. 167).

Assim, na teoria arquitetada (MONTESQUIEU, 2000, p.167-168), cabia ao Poder Legislativo a elaboração das leis e normas gerais, sendo estas realizadas em um modelo representativo, no qual o povo elege os responsáveis pela edição das mesmas. O Poder Executivo, por sua vez, possuía como principal função a administração do órgão público, referindo-se, portanto, às atividades típicas do Estado.

Outrossim, imprescindível destacar que, não obstante a sua denominação, o último Poder previsto por Montesquieu (“*poder executivo daquelas que dependem do direito civil*”) diz respeito à função jurisdicional, incumbida de julgar os conflitos dos cidadãos.

Destarte, na concepção de Montesquieu, a liberdade apenas é estabelecida no Estado quando os três Poderes forem atribuídos a corpos diversos – do contrário haveria o despotismo e a instituição de um governo tirânico:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares (MONTESQUIEU, 2000, p. 168).

Em suma, a Teoria da Tripartição de Poderes foi de extrema importância para a consolidação das democracias contemporâneas e serviu de premissa para a busca liberdade dos cidadãos e limitação e desempenho do poder estatal, eis que este foi justamente seu principal objetivo.

A democracia brasileira foi constituída com base no princípio da separação dos poderes, o qual está prevista no artigo 2º da Constituição Federal, cuja redação dispõe que os Poderes da União subdividem-se entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, todos independentes e harmônicos entre si.

Em uma perspectiva contemporânea, a separações de poderes é o alicerce do Estado Democrático de Direito, sendo que com o intuito de evitar exorbitâncias e omissões por parte dos órgãos estatais, referido princípio atribui funções típicas e atípicas a cada um dos Poderes. Destarte, essa divisão das funções garante a própria alternatividade na operação do Poder e, em função dessa articulação, há o impedimento de que apenas um órgão ou uma pessoa outorgue o Poder para si e o exerça de forma arbitrária, visando seu benefício pessoal.

Sob uma ótica geral, o Poder Legislativo edita as normas abstratas; o Executivo administra a máquina pública e o Judiciário é responsável pela jurisdição, solucionando conflitos – lembrando que, em determinadas circunstâncias, um Poder é legitimado para exercer a função exclusiva de outro, obstando, assim, eventual abuso.

Destarte, em que pese as funções típicas serem, como regra, indelegáveis, o legislador originário permitiu a possibilidade de interpenetração entre os órgãos, como forma de garantir o controle recíproco entre os Poderes, através do mecanismo denominado freios e contrapesos (MORAES, 2019, p. 455).

Em virtude do referido sistema um órgão poderá exercer a função típica do outro, mas tão somente quando o legislador assim o permitir (LENZA, 2016, p. 589). Tal é o caso, por exemplo, da edição de medidas provisórias pelo Presidente da República e dos julgamentos administrativos realizados pelo Poder Executivo. Além disso, haverá a intervenção e controle recíproco entre os Poderes, para o fim de obstar ações arbitrárias que violem as finalidades do Estado Democrático, como é o caso do processo de impeachment, por exemplo. Em síntese, é possível destacar que um dos pilares da teoria da separação de poderes é justamente o exercício de funções atípicas por cada um deles (impeachment do presidente pelo Legislativo, edição de medias provisórias pelo Executivo, administração interna de cada um dos Poderes, etc...) , como pressuposto de controle da ação uns dos outros.

Dessa forma, verifica-se que a teoria da separação de poderes é resultado das elaborações teóricas de diversos pensadores, que tinham como objetivo compreender e regular o exercício do poder por parte do Estado (LAGES, 2008, s.p.). Seu modelo foi aprimorado ao longo dos anos e, nos dias atuais, em que pese não haver grande distanciamento de sua origem clássica, a Separação dos Poderes possui, também, outras finalidades, sobretudo ao analisarmos sua aplicabilidade voltada ao Estado Democrático Brasileiro, o qual detém vários objetivos relacionados à efetivação de direitos sociais fundamentados na dignidade da pessoa humana (SOARES; SOUZA, 2011, p. 09). Especialmente relevante para o presente estudo, outrossim, é a articulação da Separação de Poderes da ótica de preponderância de interesses, a qual fixa um pilar de ação para cada Poder de Estado (funções típicas de administrar para o Executivo, legislar para o Legislativo e julgar para o Judiciário), mas insere, de forma determinante para o funcionamento da mesma, o exercício das funções atípicas no âmbito da competência essencial de cada um deles.

3. ATIVISMO JUDICIAL: O PROTAGONISMO DA ATIVIDADE JUDICANTE

A Constituição Federal é o texto normativo básico dos estados, pois representa uma condição de implementação e funcionamento do Estado Democrático de Direito, especialmente ao assegurar os direitos fundamentais, delinear o estado e regular o exercício do poder estatal. por esta razão, compreende-se que a Constituição foi desenvolvida para a democracia e em razão dela, sempre objetivando a aplicabilidade do referido regime (STRECK, 2017, p. 114-115).

O texto constitucional atribui ao STF, no artigo 102, a significativa função de efetivar sua guarda, zelar por sua interpretação e aplicabilidade, com o primordial objetivo de tutelar a sua preponderância em todos os viés das relações jurídicas – o que é realizado pelo referido Tribunal através do controle de constitucionalidade (MORAES, 2019, p. 609), por seus instrumentos processuais específicos (ADC, ADIn, ADPF, etc...). Ademais, ao STF também compete, pela via recursal, assegurar o respeito à Constituição.

Cumprido observar, outrossim, que, ao exercer a jurisdição, o Poder Judiciário, como um todo, interpreta o arcabouço normativo que envolve as demandas, de modo que a

atividade jurisdicional não se restringe ao mero ato de descrever ou explicar o objeto das normas. A interpretação normativa é, neste sentido, um verdadeiro acontecer, pois através dela atribui-se sentido às normas – razão pela qual a interpretação é constituída pela atribuição de sentido à norma (STRECK, 2017, p. 55).

O julgador, contudo, não tem liberdade absoluta para interpretar a lei como bem entender. Há, neste processo, um horizonte de sentido que é dado pela constituição, e pelo contexto temporal e histórico. Nessa perspectiva, “o sentido extraído de qualquer texto dependerá, sempre, do contexto jurídico, cultural, social e econômico no qual o texto interpretado esteja inserido e, principalmente, da pessoa que efetua a interpretação” (ANDRADE, 2003, p. 101-102). Dessa maneira, na hipótese de uma disposição normativa possuir diversos sentidos (fator muito comum, eis que, naturalmente, o texto da lei possibilita variadas perspectivas de significados), de forma que alguns deles se distanciam dos fundamentos constitucionais e outros lhe são compatíveis, os ministros do STF são os responsáveis por decidir como referida norma deve ser compreendida, aplicando-a significado que entendem ser mais harmônico com a Carta Magna.

Contudo, este cenário conduz à delicada situação em que o STF, enquanto guardião da Constituição, muitas vezes é provocado a conferir às leis o sentido constitucionalmente mais adequado, ainda quando a norma e si, considerando-se estritamente seu teor objetivo, não tenha toda essa potência ou amplitude. Este é o cenário em que as decisões judiciais acabam criando direitos e deveres não previstos expressamente nas normas, através do fenômeno que denominamos ativismo judicial.

Em virtude da multidimensionalidade do conceito de ativismo judicial, cumpre solidificar que, de modo geral, a postura ativista do Poder Judiciário se verifica quando esse órgão, no exercício de sua função jurisdicional, exorbita os limites estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito à sua atividade judicante, e interfere, significativamente, no campo de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, especialmente criando direitos, deveres e políticas públicas não estritamente amparadas por textos legais, mas sim e especialmente no texto constitucional como um todo.

Barroso narra a ação ativista como uma escolha do julgador, o qual opta por interpretar de forma proativa, geralmente em decorrência da passividade da função

legiferante, que ocasiona a disjunção entre seus atos políticos e as demandas sociais, perpetrando na inefetividade da atuação estatal frente aos objetivos da sociedade (BARROSO, 2012, p. 25-26).

Desta forma, geralmente nas hipóteses em que o Poder Legislativo se omite em legislar acerca de determinada matéria, o ativismo judicial surge da conjunção da inércia parlamentar acrescida da requisição dos cidadãos por uma resposta para suas reivindicações. Provocado a manifestar-se, o Poder Judiciário começa a atribuir para si a incumbência de garantir os princípios e propósitos constitucionais através de suas decisões, como forma de suprir omissões e responder aos direitos da sociedade, suscitando em julgamentos que inovam o ordenamento jurídico, e instituem normas gerais (BARROSO, 2012, p. 26-27).

Assim, o ativismo seria uma resposta da atividade judicante à busca pela efetivação da Constituição Federal, frente à ineficiência dos demais poderes, seja pela omissão ou desatualização das leis, seja pela inexistência de políticas públicas adequadas e suficientes para a ação estatal que busca conferir eficácia ao texto constitucional. Muito mais do que julgador e intérprete, no ativismo judicial o juiz atribui eficácia às normas programáticas constitucionais (MIARELLI; LIMA, 2012, s.p.)

Nesse aspecto, importante lembrar que o controle de constitucionalidade é a função elementar do STF, de forma que nem toda a decisão em sede de declaração de inconstitucionalidade, por exemplo, será, obrigatoriamente, ativista, porquanto terá o condão de impor aos demais Poderes, no exercício das funções judicante e executiva, o conteúdo do julgado proferido com efeito vinculante. Percebe-se, aliás, no efeito vinculante atribuído aos julgados proferidos em sede de controle concentrado de constitucionalidade, uma hipótese de ativismo judicial, com a ressalva de que ela está amparada expressamente no texto constitucional. Neste sentido, a edição da emenda constitucional 45/2004, ao criar o efeito vinculante para algumas decisões do Judiciário, institucionalizou a possibilidade das decisões do STF se sobreporem inclusive às leis, com o intuito de agilizar e uniformizar a prestação jurisdicional nos casos de ações massivas. Ainda assim, há aqui a ressalva da possibilidade do Legislativo editar lei posterior contrária à súmula e mesmo a justificativa da existência de previsão constitucional sobre a hipótese. Diferente, contudo, é a situação na

qual o STF, a partir de t nue ou limitada previsão legislativa, cria ou extingue direitos e obriga es.

Um exemplo de decisão proativa foi averiguado no julgamento da ADO n  26 e do MI n  4733, realizado em conjunto, em que o Supremo Tribunal Federal aplicou a interpreta o conforme a Constitui o e ampliou a tipifica o do crime de preconceito de raça ou cor, previsto na Lei n  7.716/89, para englobar, também, a homofobia e a transfobia – caracterizadas por discrimina o decorrente de escolha referente   orienta o sexual e identidade de g nero.

O Relator, Celso de Mello, aduziu a impossibilidade do provimento jurisdicional tipificar condutas e suas respectivas san es, haja vista constitu m fun o legislativa. Contudo, entendeu que a interpreta o e os métodos hermenêuticos realizados pelo Judiciário não implicam em usurpa o de fun o, tampouco em inova o de condutas penais, sendo que, o conceito de raça   excessivamente abrangente, e a homofobia, bem como a transfobia se constituem espécies de manifesta es do racismo, especialmente em sua dinâmica social. A amplia o da interpreta o do tipo penal em comento estaria, na hipótese, amparada pela missão constitucional de inibir práticas de racismo.

Ocorre que o Direito Penal segue o princípio da legalidade estrita, disposto nos arts. 1  do Código Penal e 5 , inciso XXXIX, da Constitui o Federal, o qual   um direito fundamental representativo da própria segurança jurídica, pois garante que nenhum cidadão seja privado de sua liberdade de locomo o por um comportamento que não esteja expresso em lei – devidamente submetida ao processo legislativo, cujos representantes foram eleitos pelo povo para legitimamente exercer essa fun o.

Lei e provimento jurisdicional são a es diferentes, emanadas por órgãos estatais diferentes. Na decisão em análise, um órgão que não tem legitimidade legislativa para criar lei em sentido estrito, se valeu de sua fun o precípua como guardião da Constitui o e utilizou métodos interpretativos para o fim de acrescentar uma nova conduta na Lei 7.716/89 e, assim, tipificar o crime de homotransfobia, mesmo sem expressa previsão legal nesse sentido.

Obviamente não   possível negar a criminaliza o da conduta, conforme previsto no art. 5 , inciso XLI, da CF, cuja disposi o visa punir atos discriminatórios que violem

direitos fundamentais. Contudo, referida prescrição, na visão dos críticos ao ativismo judicial existente na hipótese, não permite que a Corte Constitucional assuma função legiferante e passe a tipificar condutas e cominar sanções, inclusive considerando que o próprio dispositivo citado exige a constituição de uma lei para implementar dita sanção (SANTOS; GARCIA, 2019, p. 305-306).

Nesse sentido, não compete ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo para, nessa condição, impor suas decisões e desconsiderar os critérios que competem apenas ao Parlamento definir validamente (CANOTILHO, 1992, p. 636). Dessa forma, não se pode consentir que o Supremo Tribunal Federal proteja os direitos e garantias da comunidade LGBT por meio da violação de outros direitos e garantias fundamentais, em especial, o Princípio da Legalidade atinente à esfera penal.

Streck ao analisar os limites da atuação judicial, refere que, o direito fundamental de receber um provimento jurisdicional adequado à Constituição Federal (STRECK, 2016, p. 730-731) precede qualquer postura judicial. Nesse aspecto, a materialização dos extensos direitos fundamentais contemplados na legislação requer respostas judiciais em consonância com a Carta Magna.

Outra decisão judicial de caráter ativista emanada em sede de Controle de Constitucionalidade, se evidencia no julgamento da ADPF nº 132 e da ADI nº 4277, em que o Supremo Tribunal Federal instituiu uma nova espécie de família no ordenamento jurídico (não prevista pelo legislador), ao aplicar a interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723, do Código Civil, para o fim de reconhecer como entidade familiar a união estável entre casais homoafetivos.

Em síntese, o Ministro Relator Ayres Britto (BRASIL, 2011, s.p.) mencionou, em seu voto, a teoria de Kelsen da “norma geral negativa”, de acordo com a qual tudo o que não é defeso pelo ordenamento jurídico é, portanto, permitido – motivo pelo qual a união homoafetiva deve ser reconhecida, tendo em vista que a Constituição Federal não a proíbe. Além disso, citou que o art. 3º, IV, da CF, impede discriminações em razão de sexo; assim, a escolha sexual dos indivíduos não é pretexto para a desigualdade, sendo que os diversos direitos fundamentais, dentre eles o direito de ter uma família, possibilitam contemplar a liberdade sexual como um direito de personalidade.

Em relação às menções “homem” e “mulher”, previstas na CF e no Código Civilista, o Relator (BRASIL, 2011, s.p.) justificou que as mesmas têm como objetivo deter o patriarcalismo, ou seja, “estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano”.

Com efeito, vislumbra-se a postura pragmática da Corte Constitucional, pois, nessa hipótese, a interpretação da norma jurídica foi além dos limites semânticos e hermenêuticos da jurisdição, ou seja, expandiu o sentido do texto a ponto de alterar formalmente norma constitucional expressa, em nome da eficiência instrumental da decisão, mormente no âmbito social.

No caso, a lei expressamente prevê a união estável entre homem e mulher. Todavia, com o objetivo de regulamentar, também, a constituição de família entre casais homoafetivos, sobretudo considerando o grande quantitativo de relações entre casais do mesmo sexo presente na sociedade atual, os Ministros entenderam por bem expandir a hermenêutica da norma jurídica, para o fim de modificar a lei e solucionar o problema prático que atinge inúmeros casais homossexuais que não possuíam regulamentação legal para suas uniões.

Dessa forma, ocorreu a criação de nova norma jurídica, através do processo interpretativo da lei, sem a necessidade de intervenção do Poder Legislativo, que detém, legitimamente, função legiferante.

Importante consignar que não se questiona a importância da intervenção do órgão judicial para garantir e salvaguardar as normas constitucionais, todavia a segurança jurídica resta efetivamente ameaçada, quando esse órgão profere decisões que manifestem preferências e opiniões pessoais de seus membros ou de parte da sociedade. E é por este motivo que decisões como estas competem à esfera política, fugindo do âmbito jurisdicional, inclusive porque não é conveniente lapidar o texto constitucional para reestruturá-lo, quando este não prevê a universalidade de direitos que gostaríamos – ressalvado os meios legítimos para tanto (STRECK, 2014, p. 287).

Cumpre ressaltar que não há aqui a pretensão de analisar o mérito das decisões, no sentido de verificar se a resposta é juridicamente correta ou não. Até mesmo porque, por óbvio, a comunidade LGBT deve receber proteção estatal, assim como os casais

homoafetivos devem ter o direito de constituir família, sobretudo em uma sociedade que está calcada em diversos princípios, dentre eles, a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana. Contudo, referida proteção e direito devem ser reconhecidos através dos procedimentos democráticos e constitucionais autênticos para tanto, o que não inclui a possibilidade de atribuir função legiferante a órgão jurisdicional, seja pela ausência de legitimidade política ou pela inexistência de legitimidade constitucional.

O protagonismo que o Poder Judiciário vem exercendo dentro do Estado brasileiro nos últimos anos é inquestionável. A jurisdição constitucional tornou-se, nesse cenário, a resposta para os diversos litígios que emergem no âmbito institucional e no seio da sociedade brasileira, de forma que a população em geral não hesita em procurar o Supremo Tribunal Federal para socorrer-se de amparo judicial, inclusive em conflitos surgidos na esfera dos outros dois Poderes estatais. Nessa conjuntura, tornou-se indispensável discutir a atuação do Direito na democracia, suas perspectivas e autoridade normativa (STRECK, 2016, p. 722).

Em suma, verifica-se que o protagonismo judicial está atrelado a fenômenos como o ativismo judicial, a judicialização da política e a politização do judiciário, os quais demonstram as diversas facetas da jurisdição, sendo necessário compreender a diferenciação entre eles, em especial considerando que a conduta ativista dos Tribunais é, também, uma forma de reação e resposta a esse novo cenário, consoante será evidenciado ao longo deste título.

De modo geral, a judicialização da política ocorre quando o Poder Judiciário é provocado a solucionar demandas de índole política, geralmente, em decorrência da ineficiência ou omissão dos Poderes Executivo e Legislativo em materializar os direitos sociais assegurados na Constituição Federal. Assim, diante da omissão dos demais Poderes, ou da incapacidade destes em responder adequadamente às demandas sociais, os cidadãos se socorrem do Judiciário como instância final de amparo. Assim, quando o cidadão busca o Executivo para ter assegurado o seu direito à saúde, por exemplo (seja através do deferimento de tratamento médico, leito hospitalar e remédio), e este Poder não responde à sua demanda, ele busca o Judiciário para que este órgão, com base no que garante o texto constitucional, assegure sua pretensão. O Judiciário, como regra, acaba atendendo tais demandas e passa a administrar, indiretamente, via decisões judiciais, boa parte do orçamento da saúde,

desempenhando, desta forma, uma função que originariamente e por vocação, pertence ao Poder Executivo.

Para elucidar como a judicialização da política ocorre na prática, convém fazer menção à insuficiência das políticas públicas efetivadas pelo Governo Federal, as quais não atendem todos os direitos prestacionais, o que repercute no ajuízo de ações judiciais para suas implementações.

Conforme acima referido, uma das manifestações desse fenômeno poder ser facilmente visualizada na área da saúde, matéria esta objeto de recorrente judicialização, na medida que o Judiciário representa uma possibilidade de garantia a esse direito constitucional. Isso ocorre notadamente quando a administração pública não disponibiliza, aos cidadãos, acesso aos recursos necessários para a saúde, tais como, medicamentos, tratamentos, procedimentos cirúrgicos, leitos em hospitais ou unidades de tratamento intensivo (UTI) etc, resultando em requerimentos judiciais para a concessão desses custeios.

Observa-se, portanto, que a judicialização da política e o ativismo judicial são dois fenômenos distintos derivados da atividade jurisdicional. Enquanto este é uma opção do juiz, que frente a uma demanda decide julgar de forma discricionária e proativa, aquela não depende de ato de vontade ou de desígnio do julgador, muito pelo contrário, é um fato engendrado na sociedade, originado de fatores alheios à jurisdição. Consoante evidencia Tassinari, a judicialização da política tem início com o reconhecimento de extensos direitos e garantias, passa pela omissão do Estado em efetivá-los, que culmina em diversas litigiosidades judiciais (TASSINARI, 2012, p. 22).

Neste cenário, a seara política pode sofrer interferência do órgão judicial, o que representa a judicialização da política. Todavia, a política pode, também, ser elemento integrante de decisões judiciais, quando ocorre o fenômeno inverso, intitulado de politização do judiciário. Esta, por sua vez, não se volta à influência da política em provimentos jurisdicionais, mas decorre da utilização, por parte dos magistrados, de ideologias político-partidárias como fundamento de decisões judiciais (DWORKIN, 2005, p. 03).

Assim, em detrimento de critérios e argumentos jurídicos, ideologias partidárias são os elementos motivadores do mérito das decisões, o que contamina a imparcialidade do julgador e do próprio provimento jurisdicional.

Dessa forma, convém destacar que a politização do judiciário é um fenômeno propulsor da deslegitimação do Direito, tendo em vista que este se baseia na transparência das premissas que norteiam a decisão judicial (NETO, 2016, s.p.), a qual, por sua vez, deve ser fruto de raciocínios jurídicos baseados na legislação vigente, sendo defeso ao julgador agir por vontade política própria.

Não obstante, é preciso esclarecer que a politização é um problema perpetrado na funcionalidade, bem como operacionalização do Judiciário, enquanto o ativismo excede essa ideia, pois ocorre quando o Poder Judiciário excede sua função e limites constitucionalmente atribuídos, admitindo a “invasão indevida do juiz em questões que não lhe competem” (MUZZI, 2018, s.p.).

Por derradeiro, a politização do Judiciário representa um fenômeno que distoa dos pilares racionais da democracia, pois o Poder Judiciário é o único órgão de Estado cuja composição e ação não estão amparadas pelo voto popular, devendo seus pronunciamentos, nesta lógica, fundados nas leis (estas sim, ao menos em tese, editadas no anseio da realização da vontade popular. Destarte, quando esse Poder, cuja premissa de ação é a imparcialidade, também age por vontade política, explicitamente sujeita às oscilações partidárias, o que coloca em risco os pilares racionais da democracia.

É essencial apontar que toda a crítica direcionada aos fenômenos políticos atualmente percebidos no Judiciário (ativismo judicial, politizaçãodo Judiciário e judicializaçã da política), partem da racionalidade teórica que ampara, legitima e impõe o dever de observância a própria ação estatal. A referência aqui é ao mito da imparcialidade do juiz, à lei como expressão da vontade geral e outras racionalidades que permeiam essa lógica. Contudo, e especialmente considerando os limites do estudo proposto, tais questões não serão, aqui, objeto de aprofundamento.

Conforme já apontado, o ativismo judicial está relacionado à expansão, pelo Judiciário, de sua competência essencial, a qual, para alguns, teria o condão de sobrepor o juízo de valor e o senso de justiça do julgador ao estrito teor da lei, razão pela qual a conduta ativista representa “uma degeneração ideológica da atividade interpretativa/aplicativa do Judiciário” (ABBOUD; LUNELLI, 2015).

Contudo, há quem defenda que, dentro de determinados parâmetros (limites constitucionais), especialmente diante da inércia dos demais poderes de Estado, o ativismo judicial estaria conforme a teoria da separação de poderes, especialmente na perspectiva do exercício das funções atípicas por parte dos poderes.

Destarte, cotejando as duas visões do ativismo e considerando que o ativismo judicial é um fenômeno desenvolvido a partir da interpretação normativa (pois o Judiciário somente atua quando provocado a se manifestar sobre dissidências na interpretação fática ou legal), é imperativo examinar a interpretação constitucional, eis que é no bojo da análise e interpretação do conteúdo das normas constitucionais que o fenômeno, muitas vezes, ocorre.

A interpretação deve ser entendida como ato produtivo, isto é, um processo de atribuição de sentido, por meio do qual o intérprete atribui sentido ao texto elaborado pela função legiferante, não podendo ser concebida como apenas um método reprodutor de significados (STRECK, 1999, p. 73). Isso porque o texto não traz consigo a sua norma (ou melhor, o seu sentido), pois entre texto e norma há tênues diferenças que impedem suas correspondências mas, também, suas cisões.

A norma é produto do processo hermenêutico, constituído pela concessão de sentido, a qual, por sua vez, é o resultado da compreensão do intérprete que revela a perspectiva de significado da lei. Streck aponta a questão da compreensão como uma condição de possibilidade da interpretação, pois o julgador apenas interpreta e, portanto, aplica a norma quando já alcançou seu sentido através da compreensão. Por este motivo, “é equivocado afirmar, por exemplo, que o juiz primeiro decide, para só depois fundamentar; na verdade, ele só decide porque já encontrou, na antecipação de sentido, o fundamento (a justificação)” (STRECK, 2007, p. 37).

O julgador é o responsável por atribuir significado à norma dentro do parâmetro constitucional fixado. À medida que o Poder Judiciário assume função interpretativa, bem como considerando que a interpretação é uma técnica de atribuição de sentido, é natural que o Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão responsável por zelar pela supremacia da Constituição, acabe construindo o sentido das normas em suas decisões, pois dizer a perspectiva de significado do texto é uma consequência de sua atividade precípua. Por este motivo, percebe-se a dificuldade de se estabelecer, com clareza, os limites entre a mera

interpretação da norma e a criação de direitos pelo Poder Judiciário através do ativismo judicial.

Obviamente que a interpretação do texto legal deve subordinar-se às possibilidades constitucionais de interpretação, pois “sentido é aquilo dentro do qual o significado pode se dar”, de modo que “o significado é o conteúdo predicado de um enunciado” (STRECK, 2007, p. 33). Assim, o que limita a atividade do Supremo Tribunal Federal é o próprio texto objeto de interpretação, pois a atividade interpretativa está limitada pelos horizontes de sentidos por ele possibilitados. Além disso, em que pese depender de posterior aplicação, o texto não é um documento em branco que suscite qualquer complementação, sendo que a norma não possui uma existência autônoma que permita a concessão discricionária de significados.

Dessa forma, quando o Supremo Tribunal Federal interpreta a lei e, portanto, enuncia seu significado de acordo com a conjuntura de sentidos possibilitados pela Constituição Federal, não está sendo ativista, na proporção em que está apenas cumprindo sua função que lhe foi outorgada democraticamente. Entretanto, sempre que o Supremo exorbita essa atividade, extrapolando todos os seus limites (dentre eles o próprio texto da lei), se utilizando da hermenêutica para alterar o texto, por meio da concessão de novos sentidos e palavras, acaba exercendo sua função de forma discricionária (ativista), o que deve evitar.

Na medida em que o tema objeto do presente artigo diz respeito ao ativismo judicial, relacionado à análise de sua (in)compatibilidade com o Princípio da Separação de Poderes, o próximo passo será voltado para examinar a questão de como o ativismo judicial se articula no Estado Democrático de Direito.

O ativismo judicial está relacionado à atividade do Poder Judiciário que transcende os balizamentos impostos pelo regime democrático para a atuação de sua função institucional. Por este motivo, o conceito de ativismo é, obrigatoriamente, remetido à exorbitação do exercício da atividade judicante, com a usurpação das competências dos demais Poderes (ABBOUD; LUNELLI, 2015, s.p.).

Isso ocorre porque o Poder Judiciário além de aplicar a lei nas demandas concretas e, eventualmente, interpretá-la, acaba criando direito, estabelecendo normas jurídicas mesmo sem deter função legiferante. É essencial compreender que esse fenômeno tem lastro na ineficiência e inércia dos demais Poderes estatais, em especial, o Poder Legislativo, surgindo

nas situações de morosidade, bem como incapacidade da função legiferante em acompanhar os novos clamores sociais.

Através do ativismo judicial, o Poder Judiciário, ao exercer sua função típica e julgar os litígios em sua instância, acaba ultrapassando os balizamentos constitucionais de sua atividade por meio da criação de normas que até então não existiam no ordenamento jurídico – exercício este pelo qual se excede. Assim, o grande dilema a ser esclarecido é: o ativismo judicial, enquanto fenômeno que representa a atuação proativa do Poder Judiciário, é compatível com o Estado Democrático de Direito e com o Princípio da Separação de Poderes a ele inerente?

A resposta não pode ser absoluta. Certamente que o Poder Judiciário não pode, na perspectiva da separação de poderes, ditar regras sociais de conduta de forma aleatória, pois um dos pilares da democracia é a atribuição da atividade legiferante aos órgãos compostos de representantes eleitos pelo povo. Ademais, permitir o livre exercício do ativismo pelo Judiciário seria submeter a sociedade às oscilações políticas de seus membros.

Contudo, conforme referido anteriormente, a função do Poder Judiciário é, primordialmente, interpretativa, atividade esta que tem pro fundamento a atribuição de sentido. Para julgar, o órgão judicante interpreta a lei, dizendo qual o significado da norma jurídica, o que ela representa, e como ela deve ser entendida a partir do texto constitucional. Referida atividade insere-se no campo de sua atuação constitucionalmente estabelecida.

Destarte, para manter o equilíbrio dentro das forças do Estado, é preciso reconhecer que o ativismo exercido dentro de determinados limites (efetividade do texto constitucional, por exemplo) é compatível com o ordenamento jurídico, especialmente quando fruto do processo de interpretação legal e quando a norma admite a produção de sentido alinhada com texto constitucional, diferentemente das hipóteses nas quais o Judiciário, sem qualquer amparo legal, cria direitos ou obrigações colocando de aldo os fundamentos jurídicos para fazer valer a vontade discricionária do julgador, fazendo com que a decisão judicial seja a representação de seu desejo.

A democracia está baseada no respeito a lei, tendo esta como expressão da vontade popular. Destarte, é preciso que o julgador mantenha-se adstrito à ordem jurídica preestabelecida – a Constituição Federal – pois ela representa uma garantia à democracia

e às liberdades dos cidadãos. Legitimar o Judiciário a decidir contrariamente à lei significa esvaziar o texto constitucional e enfraquecer o próprio Estado, porque a subordinação das decisões à normatividade da lei retrata uma grande conquista que impossibilita arbitrariedades por parte daqueles que representam os Poderes de Estado.

A democracia é o resultado de lutas políticas que têm como primordial objetivo articular a contenção do Poder, e evitar o autoritarismo, por meio do Princípio da Separação de Poderes. Dessa forma, após um longo processo que logrou êxito em conquistar um regime democrático, é uma recessão que o Poder Judiciário utilize sua função constitucionalmente estabelecida para o fim de extrapolar todos os seus limites e intervir em atividade que não lhe compete.

Trata-se, pois, de uma atuação que manipula as perspectivas de sentido da lei de acordo com a subjetiva vontade de quem julga e, com isso, o órgão responsável por zelar pela democracia e pela ordem constitucional vigente faz exatamente o contrário: exerce sua função como se pudesse dispor da lei e agir de forma incompatível com os preceitos democráticos (o que, repita-se, não se confunde com o processo de atribuição de sentido à norma, com vistas à implementação do texto constitucional quando a própria norma dá espaço para tanto).

Em que pese as decisões ativistas, na maioria das vezes, objetivarem a garantia e efetividade dos direitos constitucionais, faz mesmas ato é que tal amparo ocorre por meios ilegítimos, e por autoridades que não têm competências para tanto – fazendo com que o provimento jurisdicional proteja direitos através da violação de outros direitos, também fundamentais.

O Estado Democrático de Direito possui princípios e regras constitucionais que determinam a correta distribuição do Poder estatal, justamente para evitar uma entidade estatal formada por representantes que decidam conforme seus anseios. Antes de tudo, eles devem respeito ao regime jurídico e as normas dele decorrentes, a bem de garantir a soberania do povo e que todas as decisões sejam tomadas em seu favor. Quando o órgão judicial simplesmente ignora as normas postas, bem como os princípios que são a gênese da democracia, ocorre, inevitavelmente, sua depreciação, perfazendo uma afronta ao regime jurídico conquistado após longos anos de esforços.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme verificado ao longo do presente artigo, o ativismo judicial é um fenômeno pelo qual o Poder Judiciário, provocado a apresentar soluções a demandas das mais variadas espécies, e sem encontrar guarida em previsão legal, acaba criando soluções jurídicas não previstas em lei, extrapolando, destarte, a função que lhe foi essencialmente designada na Teoria da Separação dos Poderes, qual seja, julgar conflitos aplicando a lei.

Por meio desse fenômeno, o órgão judicante extrapola os balizamentos constitucionais impostos, e soluciona as controvérsias surgidas no seio social por meios e com soluções até então não previstos na legislação. Dessa forma, o Poder Judiciário institui novas normas jurídicas, atribuindo para si atividade que compete precípua e especialmente ao Poder legiferante.

Ao analisar o Princípio da Separação de Poderes constata-se que o seu propósito é distribuir as funções do Estado entre três Poderes distintos, outorgando-lhes funções típicas e atípicas, com o primordial objetivo de garantir o regime democrático e obstar eventuais excessos e omissões por parte dos Poderes.

A Separação de Poderes impede, desta forma, que os representantes dos órgãos de Estado decidam conforme sua vontade em detrimento do bem comum. Isso porque, nessa dialógica, todos devem respeito à democracia, sendo que os ocupantes dos Poderes devem, no exercício de suas funções, respeitar a Constituição Federal e as normas por ela instituídas.

Ocorre que, através do ativismo judicial, o Poder Judiciário acaba desviando a sua função e, por meio da interpretação da lei, altera veementemente o sentido possibilitado pela Constituição Federal para seu texto, criando, assim, nova norma jurídica, mesmo sem possuir função legiferante, a qual, pelo Princípio da Separação de Poderes é atribuída ao órgão legislativo, competente para tanto.

Importante referir que a interpretação, assim compreendida como processo de atribuição de sentido à norma, representa um ato instituidor de Direito e constitui função típica do Judiciário. Todavia, o ativismo judicial não se confunde com a interpretação, na medida em que, através deste fenômeno, o Judiciário não apenas interpreta as normas existentes, mas cria soluções não previstas na lei, excedendo seu espectro de funções, pois extrapola as perspectivas e possibilidades de sentido presentes na lei. Dessa forma, em uma

decisão ativista, o julgador primeiro decide o caso conforme as suas ideologias e depois busca justificá-la, construindo os fundamentos de sua decisão.

Conforme apontado, referido fenômeno é observado na esteira da atuação deficitária dos demais Poderes, especialmente do Poder Legislativo, que não tem conseguido apresentar respostas legislativas capazes de acompanhar a dinâmica das relações sociais (apesar da vasta produção legislativa). Desta forma, o Judiciário, por meio de sua função jurisdicional, acaba atuando nos campos de inação do Legislativo.

Assim, após o exame do ativismo judicial na perspectiva da Separação de Poderes, conclui-se que dito fenômeno, da maneira como implementado no Brasil acaba, sim, afrontando o Princípio da Separação de Poderes e nos termos em que se apresenta, é incompatível com o Estado Democrático de Direito.

5. REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. **Ativismo judicial e instrumentalidade do processo: diálogos entre discricionariedade e democracia**. Revista dos Tribunais Online, São Paulo, v. 40, n. 242, p. 19-45, abr. 2015. Disponível em: <http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Ativismo-e-Instrumentalidade-do-Processo-v.-digital.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista (Syn)thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 05 jul. 2020.

BICCA, Carolina Scherer. **A separação de poderes em Montesquieu, no Direito comparado e no atual sistema institucional brasileiro**. Caderno Virtual, Brasília, v. 1, n. 25, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/633/451>. Acesso em: 30 mar. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 03 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Julgado em: 05 maio 2011. Publicado em: 14 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Relator: Celso de Mello. Julgado em: 13 jun. 2019. Publicado em: 28 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132**. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Julgado em: 05 maio 2011. Publicado em: 14 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Mandado de Injunção nº 4733**. Relator: Celso de Mello. Julgado em: 13 jun. 2019. Publicado em: 28 jun. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LAGES, Cintia Garabini. **Separação dos poderes: tensão e harmonia**. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/rfdusp/article/view/67808>. Acesso em: 31 mar. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIARELLI, Mayra M. e LIMA, Rogério M. **Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2963710/mod_resource/content/0/Montesquieu-O-espírito-das-leis_completo.pdf. Acesso em: 29 abr. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597020915/cfi/6/10!/4@0:0>. Acesso em: 24 abr. 2020.

MUZZI, Veridiane Santos. **A politização da justiça e o instituto da repercussão geral**. 2018. Disponível em: <https://www.editorarumolegal.com.br/tag/veridiane-santos-muzzi/>. Acesso em: 30 jul. 2020.

NETO, Newton Pereira Ramos. **Judicialização da política não significa politização do Direito**. Conjur, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-30/newton-ramos-judicializacao-politica-nao-politizacao-direito>. Acesso em: 29 jul. 2020.

SANTOS, Christiano Jorge; GARCIA, Cristina Victor. **A criminalização da LGBTFOBIA pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil**. Revista Direito UFMS,

Campo Grande, v. 5, n. 2, p. 294-317, jul./dez. 2019. Disponível em:
<https://desafioonline.ufms.br/index.php/revdir/article/view/9845>. Acesso em: 17 jul. 2020.

SOARES, Natália Stelato; SOUZA, Marcelo Agamenon Góes de. **A separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos**. 2011. Disponível em:
<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/4056/3818>. Acesso em: 31 mar. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto**. Revista Sequência, Florianópolis, v. 28, n. 54, p. 29-46, jul. 2007. Disponível em:
<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15066/13733>. Acesso em: 15 ago. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada**. Espaço Jurídico: Journal of law (EJLL), Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7277465>. Acesso em: 18 jul. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **O caso da ADPF 132: defender o texto da constituição é uma atitude positivista (ou “originalista”)?**. Revista de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, v. 01, n. 01, p. 280-304, jan./jun. 2014. Disponível em:
<https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24685/21862>. Acesso em: 18 jul. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial: Uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileiras e norte-americanas**. 2012. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Unisinos, São Leopoldo, 2012. Disponível em:
<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/ClarissaTassinari.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2020.

*Data da submissão: 25/06/2021
Data da primeira avaliação: 25/07/2021
Data da segunda avaliação: 20/12/2021
Data da aprovação: 20/12/2021*

A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4.650 E A**“DEMOCRACIA GUARDIANA” DE ROBERT DAHL***THE DIRECT UNCONSTITUTIONALITY SUIT N° 4650 AND THE “GUARDIANSHIP
DEMOCRACY” OF ROBERT DAHL***Thiago Aguiar de Pádua¹****Luís Carlos Martins Alves Jr.²****Fábio Luiz Bragança Ferreira³**

RESUMO: O presente artigo analisa o julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.650, que acolheu a tese de que as pessoas jurídicas não devem participar do financiamento das campanhas eleitorais brasileiras, proibindo-se o financiamento empresarial em favor de partidos políticos ou de candidatos. Com base no conceito de “Guardiana”, desenvolvido por Robert Dahl, observamos que a tese vencedora não favorece a Democracia, antes, a enfraquece. Os argumentos de que pessoa jurídica não é cidadã e por esse motivo não pode participar das eleições é frágil e equivocado. Também entendemos inconsistente o argumento de que a participação das empresas, por si só, favorece à corrupção. São meros pretextos para uma decisão autocrática prenhe de “guardiana” da Democracia. Conclui-se que, a partir dessa decisão do STF, seria mais adequado que se logo reconhecesse que um grupo de “Onze iluminados” acha melhor um tipo de modelo de democracia e despreza qualquer outro tipo de democracia contrário ao seu modelo escolhido.

¹ Doutor e Mestre em Direito. Professor Doutor do Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito do UDF – Centro Universitário do Distrito Federal. Membro do CBEC – Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais. Membro das Comissões de Direito & Literatura e Direito à Educação do Conselho Federal da OAB. Vice-Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais e Membro da ANACRIM. Membro da ABPC – Associação Brasileira de Processo Civil. Ex-Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Advogado. E-mail: professorthiagopadua@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3165-3058>.

² Doutor em Direito Constitucional, Universidade Federal de Minas Gerais. Bacharel em Direito, Universidade Federal do Piauí; Professor Doutor do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito do UniCEUB – Centro Universitário de Brasília e de Direito Constitucional da graduação; Procurador da Fazenda Nacional; Membro do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – CBEC. Ex-Assessor Jurídico da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República. Procurador-Geral da Agência Nacional de Águas; Procurador da Fazenda Nacional; e Advogado. E-mail: lcmartinsalves@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0705-5544>

³ Doutor e Mestre em Direito pelo PPG-UniCEUB. Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP e Bacharel em Direito pelo UniCEUB. Professor de Processo Civil do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF). Foi Assessor (CJ-1) da Presidência do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Chefe da Assessoria Jurídico-Legislativa da Secretaria de Justiça do Governo do Distrito Federal. Advogado. E-mail: fabiolbf@outlook.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6407-2925>

Palavras-chave: Direito Constitucional; Financiamento eleitoral; Democracia; Guardiania.

ABSTRACT: This article provides an analysis of the interim judgment of the Direct Unconstitutionality Suit nº 4650, which has the provisional majority of 6 votes against 1 in favor of the thesis that “legal persons” (corporations) should not participate in the financing of Brazilian electoral campaigns (parties and candidates). From the concept of “Guardianship” developed by Robert Dahl, we observed that the argument, so far winning, does not favor democracy. Rather, weakens. The arguments that legal person is not a citizen and therefore cannot participate in elections is fallacious and misleading. So, the argument that the participation of legal entities favors corruption. This kind of argument are mere pretexts for an autocratic decision impregnated with “guardianship” of democracy. We conclude that, to prevail the interim results, it would be much more appropriate to recognize that a group of enlightened minds thinks that the model X is the best one, rather the model Y.

Key-words: Constitutional Law; Election financing; Democracy; Guardianship.

Sumário: 1. Introdução. 2 O financiamento das campanhas político-eleitorais. 3. A Guardiania do STF e a ADI 4.650. 4 A “Guerrymandering brasileira”: Ward Elliot e Robert Dahl. 4 Considerações finais. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, em 17 de setembro de 2015, encerrou o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650, (Plenário, relator ministro Luiz Fux, julgamento 17.9.2015, Acórdão publicado em 24.2.2016), e proclamou a seguinte decisão:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Relator, julgou procedente em parte o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki, Celso de Mello e Gilmar Mendes, que davam interpretação conforme, nos termos do voto ora reajustado do Ministro Teori Zavascki. O Tribunal rejeitou a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por não ter alcançado o número de votos exigido pelo art. 27 da Lei 9.868/99, e, conseqüentemente, a decisão aplica-se às eleições de 2016 e seguintes, a partir da Sessão de Julgamento, independentemente da publicação do acórdão. Com relação às pessoas físicas, as contribuições ficam reguladas pela lei em vigor.

O acórdão desse julgamento restou publicado em 24 de fevereiro de 2016 e sua analítica ementa está vazada no seguinte teor:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. MODELO NORMATIVO

250

VIGENTE DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS. LEI DAS ELEIÇÕES, ARTS. 23, §1º, INCISOS I e II, 24 e 81, CAPUT e § 1º. LEI ORGÂNICA DOS PARTIDOS POLÍTICOS, ARTS. 31, 38, INCISO III, e 39, CAPUT e §5º. CRITÉRIOS DE DOAÇÕES PARA PESSOAS JURÍDICAS E NATURAIS E PARA O USO DE RECURSOS PRÓPRIOS PELOS CANDIDATOS. PRELIMINARES. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REJEIÇÃO. PEDIDOS DE DECLARAÇÃO PARCIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM REDUÇÃO DE TEXTO (ITENS E.1.e E.2). SENTENÇA DE PERFIL ADITIVO (ITEM E.5). TÉCNICA DE DECISÃO AMPLAMENTE UTILIZADA POR CORTES CONSTITUCIONAIS. ATUAÇÃO NORMATIVA SUBSIDIÁRIA E EXCEPCIONAL DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, SOMENTE SE LEGITIMANDO EM CASO DE INERTIA DELIBERANDI DO CONGRESSO NACIONAL PARA REGULAR A MATÉRIA APÓS O TRANSCURSO DE PRAZO RAZOÁVEL (IN CASU, DE DEZOITO MESES). INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. IMPROCEDÊNCIA. PRETENSÕES QUE VEICULAM ULTRAJE À LEI FUNDAMENTAL POR AÇÃO, E NÃO POR OMISSÃO. MÉRITO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DEMOCRÁTICO E DA IGUALDADE POLÍTICA. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS DE ADI E DE ADI POR OMISSÃO EM UMA ÚNICA DEMANDA DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. VIABILIDADE PROCESSUAL. PREMISSAS TEÓRICAS. POSTURA PARTICULARISTA E EXPANSIVA DA SUPREMA CORTE NA SALVAGUARDA DOS PRESSUPOSTOS DEMOCRÁTICOS. SENSIBILIDADE DA MATÉRIA, AFETA QUE É AO PROCESSO POLÍTICO-ELEITORAL. AUTOINTERESSE DOS AGENTES POLÍTICOS. AUSÊNCIA DE MODELO CONSTITUCIONAL CERRADO DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS. CONSTITUIÇÃO-MOLDURA. NORMAS FUNDAMENTAIS LIMITADORAS DA DISCRICIONARIEDADE LEGISLATIVA. PRONUNCIAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE NÃO ENCERRA O DEBATE CONSTITUCIONAL EM SENTIDO AMPLO. DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS. ÚLTIMA PALAVRA PROVISÓRIA. MÉRITO. DOAÇÃO POR PESSOAS JURÍDICAS. INCONSTITUCIONALIDADE DOS LIMITES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO (2% DO FATURAMENTO BRUTO DO ANO ANTERIOR À ELEIÇÃO). VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICO E DA IGUALDADE POLÍTICA. CAPTURA DO PROCESSO POLÍTICO PELO PODER ECONÔMICO. “PLUTOCRATIZAÇÃO” DO PRÉLIO ELEITORAL. LIMITES DE DOAÇÃO POR NATURAIS E USO DE RECURSOS PRÓPRIOS PELOS CANDIDATOS. COMPATIBILIDADE MATERIAL COM OS CÂNONES DEMOCRÁTICO, REPUBLICANO E DA IGUALDADE POLÍTICA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. A postura particularista do Supremo Tribunal Federal, no exercício da judicial review, é medida que se impõe nas hipóteses de salvaguarda das condições de funcionamento das instituições democráticas, de sorte (i) a corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxime quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, e (ii) a proteger os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias. 2. O funcionamento do processo político-eleitoral, conquanto matéria deveras sensível, impõe uma postura mais expansiva e particularista por parte do Supremo Tribunal Federal, em detrimento de opções mais deferentes e formalistas, sobre as escolhas políticas exercidas pelas majorias no seio do Parlamento, instância, por excelência, vocacionada à tomada de decisão de primeira ordem sobre a matéria. 3. A Constituição da República, a despeito de não ter estabelecido

um modelo normativo pré-pronto e cerrado de financiamento de campanhas, forneceu uma moldura que traça limites à discricionariedade legislativa, com a positivação de normas fundamentais (e.g., princípio democrático, o pluralismo político ou a isonomia política), que norteiam o processo político, e que, desse modo, reduzem, em alguma extensão, o espaço de liberdade do legislador ordinário na elaboração de critérios para as doações e contribuições a candidatos e partidos políticos. 4. O hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções juriscêntricas no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes. 5. O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como última palavra provisória, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional. 6. A formulação de um modelo constitucionalmente adequado de financiamento de campanhas impõe um pronunciamento da Corte destinado a abrir os canais de diálogo com os demais atores políticos (Poder Legislativo, Executivo e entidades da sociedade civil). (...) Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para assentar apenas e tão somente a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 31 da Lei nº 9.096/95, na parte em que autoriza, a contrario sensu, a realização de doações por pessoas jurídicas a partidos políticos, e pela declaração de inconstitucionalidade das expressões “ou pessoa jurídica”, constante no art. 38, inciso III, e “e jurídicas”, inserta no art. 39, caput e § 5º, todos os preceitos da Lei nº 9.096/95.

Cuidar de interpretar a Constituição não constitui tarefa exclusiva dos “Onze Velinhos do Supremo Tribunal”, conforme a espirituosa provocação de Aliomar Baleeiro (BALEIRO, 1988, pp. 91-104). Não se sabe se hoje ele teria a mesma coragem de flexionar o gênero, sob a vigilância do politicamente conveniente (uma vez que consiste em algo tão incorreto), com o risco de enfrentar o “patrulhamento” social contra quaisquer expressões ou manifestações que não estejam autorizadas no “Index” dos “Inquisidores” desta quadra, onde o reina o medo em se expressar ou pensar fora “da caixinha”. Mas é tido como certo que a atualização da metáfora utilizada indicaria que, tal qual “entre o bêbado e o equilibrista”, há uma distância tênue entre a Corte exercer os papéis de “UPP da Constituição” e/ou “Black Block do Ordenamento Jurídico”.⁴ Nessa trilha, é importante recordar a grave advertência de Octaciano Nogueira (NOGUEIRA, 2005, p. XIII-XIV):

⁴ A metáfora reside na observação de que existe um caminho estreito para a função política do Tribunal Supremo/Corte Constitucional (que jamais pode ser partidária). Conforme referido pelo mesmo Aliomar Baleeiro, com base na observação da obra de Otto Kirchheimer (*Political Justice*), para além de eliminar o

É preciso ir buscar a razão por que a nossa não é uma boa democracia. Não é só porque nela faltem democratas, como escrevi no prefácio do livro *A Democracia sem democratas*. É por algo pior. A nossa é, e tem sido, quase sempre, não a democracia dos democratas, mas a dos autocratas. Pois é dessa democracia que não gostamos e pela qual não temos apreço.

O presente artigo constitui ensaio que buscará realizar análise sobre o referido julgamento da ADI 4.650, com base no conceito de “Guardiana” (*Guardianship*) de Robert Dahl, desenvolvido em “A Democracia e Seus Críticos” (DAHL, 1989; 2012). Não se trata de retomar o diálogo entre Hans Kelsen (*Wer soll der Hüter der Verfassung sein*) e Carl Schmitt (*Der Hüter der Verfassung*) sobre quem deveria ser o guardião da Constituição, o Führer ou o Tribunal Constitucional (KELSEN, 2007; SCHMITT, 2007).

Antes, discute-se a questão da “antidemocracia” representativa da tutela guardiã, conforme delineada por Robert Dahl, embora, em algum momento, aqueles dois autores devam ser retomados pelos juristas para o debate temático deste diálogo. Seja quem for o “guardião” da Constituição, e a Constituição de 1988, em tempos de normalidade institucional, já fez sua escolha em termos de custódia (art. 102) com a utilização da expressão “precipualemente”⁵, ou seja, principalmente (mas não utilizou a palavra “exclusivamente”), e essa guarda refere-se ao resguardo do texto, em termos de “preservação das regras do jogo” (MORCHON, 1985, pp. 113-128), e não ao exercício pelos Tribunais dos direitos políticos dos cidadãos, por suposta apostasia ou inércia do poder legislativo, em relação aos representantes eleitos, e nem se refere também à implementação de mudanças das regras democráticas por parte dos Tribunais em razão da descrença nos detentores do poder: o povo.

Mencionada ADI 4.650 foi ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, com vistas a obter a interdição da participação de pessoas jurídicas nas eleições, com proibição de influência econômica e de doações para partidos políticos e candidatos, sob o fundamento, entre outros, de que isso

inimigo político do regime, certa função político-partidária da Justiça Política estaria no trocadilho inglês, de substituir o “*ballot*” pela “*bullet*”, ou seja, o voto pela violência. E retirar a discussão sobre a ideia e o exercício da democracia da arena política, transportando-a para uma arena que se pretende não política, cujos resultados são inegavelmente políticos, também pode ser uma violência: à força!

⁵ Nos termos do art. 102 da Constituição, “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipualemente, a guarda da Constituição [...]”.

favoreceria a corrupção, e seria inconstitucional, além da alegação de que pessoas jurídicas não são cidadãos. Alegou-se ainda que a doação das empresas desequilibraria a disputa eleitoral, e que a essência da democracia brasileira seria a igualdade, que acabaria nivelada pela proibição pretendida.

Algumas questões precisam ser refletidas, e aqui se pretende aprofundar de maneira densa, em razão da limitação deste ensaio, apenas a última contida na lista abaixo, embora a referência às demais seja uma semente, semeada para colheita futura:

1) se as pessoas jurídicas não podem influir economicamente nas eleições, pois supostamente desequilibrariam o pleito, não seria então o caso de se declarar a inconstitucionalidade por arrastamento, com base na causa de pedir aberta, da Emenda Constitucional n. 16, de 4 de junho de 1997, que permitiu a reeleição para os cargos de chefe do poder executivo, uma vez que os ocupantes do cargo, postulando a reeleição, utilizando-se das estruturas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, também se aproveitam de desequilíbrio no pleito?⁶

2) Se o dinheiro das empresas, em doações eleitorais, traz desequilíbrio ao pleito, uma vez que a suposta “essência da democracia brasileira seria a igualdade”, não seria então o caso de se proibir, também por arrastamento, e com base na causa de pedir aberta, que candidatos famosos, *e.g.* por sua atuação no meio artístico e esportivo, com exposição sistemática e notória no rádio, na internet e na televisão, sejam impedidos de participar das disputas, das quais as eleições de 2014 também são exemplo claro, uma vez que a disputa supostamente também seria desigual?⁷ E, de certa maneira, todos os candidatos já exercentes

⁶ Quem mais se aproximou desta reflexão foi o Ministro Gilmar Mendes, no aparte que fez quando o Ministro Dias Toffoli estava a proferir seu voto na ADI 4650, no sentido de que a “propaganda institucional” realizada por aquele político que está no poder causa desequilíbrio no pleito, e que qualquer discussão sobre financiamento de campanhas não pode estar dissociada de uma análise completa do sistema.

⁷ Não se concorda com isso, pois a democracia brasileira também é representativa, mas é uma reflexão. Podemos observar, apenas no pleito de 2014, alguns exemplos, como as eleições de Celso Russomano (com o enriquecimento simbólico dos programas “Aqui Agora” e “Patrulha do Consumidor”), Tiririca (com o enriquecimento simbólico de extensivas participações em programas de humor nas maiores redes de TV aberta), Romário (com o enriquecimento simbólico de ter sido protagonista de vitórias expressivas no esporte que é paixão nacional, tanto no clube de maior torcida, quanto na seleção do país), Sérgio Reis (com o enriquecimento simbólico de sua grande exposição na mídia como cantor sertanejo e ator), Leci Brandão (com o enriquecimento simbólico de sua exposição enquanto cantora), Andres Sanches (com o enriquecimento simbólico de sua exposição enquanto ex-presidente de um dos 5 maiores clubes de São Paulo), Jean Wyllys (reeleito, após uma primeira eleição com o enriquecimento simbólico de sua exposição enquanto participante do programa Big Brother Brasil), Bebeto (com o enriquecimento simbólico de ter sido protagonista de vitórias

de cargos políticos também deveriam ser proibidos de concorrer, pois estariam em vantagem competitiva em relação aos não ocupantes de cargos políticos.

3) Se há a presunção de que a doação de pessoas jurídicas conflui para a corrupção, então a própria OAB necessita realizar uma autocrítica, pois essa instituição tem sofrido severas censuras pelos gastos estratosféricos que os postulantes as presidências das seccionais realizam nas respectivas campanhas, e pelo fato de que os advogados inscritos na Ordem não põem eleger diretamente o Presidente do seu próprio Conselho Federal?⁸

4) Se as pessoas jurídicas não são cidadãs, e não podem participar das eleições, é de se reconhecer que elas não possuem alguma liberdade de expressão⁹, segundo a qual

expressivas no esporte que é paixão nacional, tanto no clube de maior torcida, quanto na seleção do país), Lasier Martins (com o enriquecimento simbólico de sua exposição como jornalista e exposição em redes sociais), Jardel (com o enriquecimento simbólico de ter sido protagonista de vitórias expressivas no esporte que é paixão nacional), João Derly (esportista que lutando judô obteve o enriquecimento simbólico de ter participado de campeonatos mundiais, pan-americanos e olimpíadas transmitidos ostensivamente para todo Brasil) e Danrlei (com o enriquecimento simbólico de ter sido protagonista de vitórias expressivas no esporte que é paixão nacional).

⁸ Em novembro de 2014, noticiou-se que a OAB, por meio de seu Conselho Federal, teria aprovado “mudanças no sistema eleitoral da entidade”, com vistas a deixar suas eleições “mais transparentes”, entre outras medidas, com estabelecimento de limitação de gastos de campanha, limitação de doações individuais e “vedação de doações de empresas e sociedades de advogados”, mas não valerão para as eleições de 2015, segundo informação do *site* da entidade, pois “o sistema de controle, capacitado para analisar as contas das chapas que concorrem às quase mil seccionais e subseções, será implantado por decisão posterior do plenário, sendo efetivado para o pleito de 2018”. Tais mudanças, alega-se, constarão de uma “nova Resolução da OAB Nacional alterando o Regulamento Geral, além da substituição do Provimento nº 146”. As alterações, referentes ao financiamento das campanhas, constam do artigo 8º-A do Provimento nº 146/2011, inserido pelo Provimento nº 161/2014, com a seguinte redação: “Desde o pedido de registro da chapa, poderá ser efetuada doação para campanha por advogados, inclusive candidatos, sendo vedada a doação por pessoas físicas que não sejam advogados e por qualquer empresa ou pessoa jurídica, sob pena de indeferimento de registro ou cassação do mandato”. Não é difícil imaginar que os Escritórios ou Pessoas Jurídicas doarão para advogados (pessoas físicas), que por sua vez doarão nas eleições. A bem da verdade, não há proibição para doação por parte de escritórios de advocacia, mormente se considerarmos que não há proibição para pessoas físicas que sejam advogadas. Também não se proíbe o empréstimo (mútuo), e não há ainda a estipulação dos tais limites para doações por parte de pessoas físicas que sejam advogados. CONSELHO Pleno aprova mudanças no sistema eleitoral da OAB. Disponível em: <www.oab.org.br/noticia/27781/conselho-pleno-aprova-mudancas-no-sistema-eleitoral-da-oab>. Acesso em 08 jan. 2020.

⁹ Seria um enorme contrassenso, afirmar-se que as pessoas jurídicas não possuem liberdade de expressão. Como referido no item nº 6, abaixo, as ideias de Reforma Política contidas na ADI 4650 remontam a estudos de Luis Roberto Barroso, em 2006, financiados por uma pessoa jurídica: O Instituto Ideias, o que não é necessariamente uma coisa ruim, pois como dizem, “o dinheiro nunca dorme” (*Money Never Sleeps*), e ele não é “essencialmente ruim”. Logo, uma pessoa jurídica financiou uma atividade que poderá influir nas eleições. Quase como um financiamento de partido, ou candidato. Ademais, a questão de as pessoas jurídicas eventualmente financiarem candidatos opostos, não significa incoerência no exercício da liberdade de expressão, uma vez que há a substituição da velha regra de “um homem, um voto, um representante, por uma pessoa, muitos interesses, muitas vozes, votos múltiplos, representantes múltiplos”, que é “o novo princípio da democracia monitoria”. Em: KEANE, John. Vida e morte da democracia. Trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010, p. 621.

poderiam influir no pleito com base em legítimos interesses constitucionais, e dos quais as empresas de jornalismo seriam as destinatárias mais óbvias, que teriam interesse em financiar candidatos comprometidos com a liberdade de imprensa, em detrimento de candidatos que busquem propor limitações nesse mesmo campo?

5) E, por fim, o argumento central deste ensaio: se esses temas (de 1 a 4) possuem uma densidade e complexidade reconhecidos, seria a “guardiania” (*guardianship*) a maneira constitucionalmente adequada de regulação, e o *locus* para regulamentação de tais questões seria o Supremo Tribunal Federal, por meio de 11 magistrados não eleitos, e que pretendem influir na maneira como a democracia é exercida por meio de algumas poucas laudas de seus votos, num país com mais de 200 milhões de habitantes, que adota constitucionalmente um modelo de liberalismo político de democracia representativa e em alguns casos a democracia direta? Mais especificamente: o provimento da ADI 4650, enfraquece ou fortalece a democracia brasileira?

Serão analisados os principais argumentos esgrimidos pelos “participantes processuais” do feito, bem como as manifestações dos ministros do STF. A premissa consiste no fato de que cabe à população (eleitorado), via regulamentação dos seus legítimos representantes, que estão no Congresso Nacional, normatizar o que lhes parecer melhor. Interessa-nos a análise crítica, sobre a (in)constitucionalidade, sob o crivo crítico da guardiania.

Por fim, é de se pontuar que a metodologia adotada na execução do presente trabalho fica adstrita a análise do texto constitucional, da doutrina pertinente e, especialmente, dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal.

2. O FINANCIAMENTO DAS CAMPANHAS POLÍTICO-ELEITORAIS

O tema da doação eleitoral, por parte das pessoas jurídicas, está em voga tanto na América Latina quanto nos Estados Unidos e na Europa. Observa-se que, no Chile, para citar apenas um país latino-americano, sua Câmara dos Deputados aprovou, entre outras reformas, a proibição de “*aportes de empresas a campañas*”, embora tenha permitido doações anônimas realizadas por pessoas físicas, limitadas a 240 mil pesos. A proposta seguiu para

o senado, em setembro de 2014, e ainda não foi finalizada (FERRARO; WILSON, 2004, s/p).

Nos Estados Unidos da América, pode-se citar o caso julgado pela Suprema Corte em 2010, “*Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S 310 (2010)”, no qual esse mesmo tema foi objeto de apreciação judicial, no qual se pleiteava a limitação de doações eleitorais por parte de pessoas jurídicas, e que foi decidido com base na liberdade de expressão em favor das pessoas jurídicas (*free speech*), com importantes argumentos constantes do voto vencedor, representativo da opinião da Corte (Anthony Kennedy), bem como dos votos concorrentes (justice John Roberts, Samuel Alito, Antonin Scalia e Clarence Thomas) e vencidos (John Paul Stevens, Ruth Ginsburg, Stephen Breyer e Sonia Sotomayor).

Em termos de “discussão” no Brasil sobre o financiamento das campanhas eleitorais, além da ADI 4.650, no STF, há em tramitação no Congresso Nacional de várias proposições legislativas.¹⁰ A tramitação legislativa mais recente, no Senado, refere-se à aprovação do substitutivo oferecido ao PLS 60/2012, pela CCJ – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, alterando o artigo 24 da Lei Federal 9.504/1997, para que o inciso VII traga a previsão de que partidos políticos e candidatos fiquem proibidos de receber, direta ou indiretamente, doação em dinheiro ou estimável em dinheiro de pessoa jurídica de qualquer natureza ou finalidade. Aprovada em 2014, aguarda inclusão na ordem do dia para deliberação do plenário. Já na Câmara dos Deputados, a PEC 352/2013 (a PEC da Reforma Eleitoral)¹¹ já recebeu parecer na CCJ, tendente a permitir o financiamento privado das campanhas.

¹⁰ Citamos, exemplificativamente: PEC 352/2013, o PL 6316/2013 e o PL 1538/2007, o PLS 264/2013, o PLS 60/2012, o PLS 140/2012, o PLS 146/2011, o PLS 268/2011, o PLS 659/2011, o PLS 45/2010, o PLS 199/2010, o PLS 153/2009, o PLS 57/2006, o PLS 74/2005, o PLS 275/2005, o PLS 278/2005, o PLS 284/2005 e o PLS 353/1999.

¹¹ Conforme consta dos documentos constantes do *site* da Câmara dos Deputados, a PEC 352/2013 trata, entre outros, dos seguintes assuntos, e tem as seguintes pretensões: a) tornar o voto facultativo, b) alterar prazos de filiação partidária, c) proibir a reeleição para o período imediatamente posterior, no executivo, d) condicionar as coligações partidárias com estabelecimento de vinculação parlamentar até o fim da legislatura, e) alterar as regras para criação de partidos, f) estabelecimento de critérios para acesso ao fundo partidário, vinculado ao número de votos obtidos nas eleições para a Câmara, g) instituição de cláusula de barreira de pelo menos 5% dos votos em cada uma das casas legislativas, h) estabelecimento de financiamento das campanhas, de recursos privados, públicos ou da combinação deles, a ser estabelecido pelo “órgão partidário competente”, i) fixação de diretrizes para doações de pessoas jurídicas para as campanhas etc.

Necessário ressaltar que, segundo o regramento ora vigente, as pessoas jurídicas não possuem liberdade total e ilimitada para doar. Há o limite de 2% do faturamento bruto do ano anterior à eleição (artigo 81, da Lei Federal 9.504/1997). Não obstante, embora já exista limitação, não se consegue minimamente fiscalizar e nem punir todas as empresas que eventualmente violem o limite; além disso, as empresas punidas recebem reprimendas que geralmente são abrandadas nas instâncias Superiores da Justiça Eleitoral.

Como num passe de mágica, postula-se, agora, a proibição total, que, na prática, representa a revogação de possibilidade de doação de 2% do faturamento bruto do ano anterior à eleição. Se as autoridades não conseguem fazer valer esse texto normativo, é intrigante que alimentem a ilusão de fazer valer uma segunda limitação referente ao mesmo tema. Mais intrigante ainda são os fundamentos utilizados pelo STF para sustentar uma suposta “inconstitucionalidade” das doações.

Conforme observado por um dos autores deste artigo, alimenta-se uma crença na “força mágica ou mística das normas jurídicas”, vale dizer, antes de atacar as raízes sociais, culturais, econômicas e científicas dos problemas, são criados estatutos normativos (ALVES JR., 2014, p. 28-43). Em certo ponto, trata-se também de “legislação simbólica” do tipo “legislação-álibi”, cuja finalidade seria incentivar a confiança nos sistemas jurídico e político, sem que haja condições de efetivação das referidas normas, e segundo as quais o legislador busca livrar-se de pressões políticas, servindo ainda como “mecanismo de exposição simbólica das instituições” (NEVES, 2007, p. 36).

O fato de o Congresso Nacional buscar, mais uma vez, na arena política e legitimada para tanto, a proibição (constitucionalmente discutível) das doações por parte de pessoas jurídicas, consiste em uma realidade simbólica (de legislação simbólica). A novidade passa a ser, a toda vista, que o STF busque cada vez mais identificação com o mesmo mito mágico da simbologia, numa verdadeira “decisão-álibi”, com pretensão de mágica normativa, ou como disse o ministro Teori Zavaski, de “messianismo judicial”, embora um dos representantes da ADI 4.650, Daniel Sarmento, não concorde, mas o faça de maneira contraditória, equivocada e incoerente.¹²

¹² A referência de Daniel Sarmento, contra a expressão “Messianismo Judicial”, utilizada pelo Ministro Teori Zavaski em seu solitário voto vencido na ADI 4650, baseia-se na alegação de que a decisão da Corte não seria

Mas a questão de maior relevo, para além do que se mencionou, constitui a arena em que essa discussão (e essa “reforma” simbólica) está (ão) sendo disputada(s): o Supremo Tribunal Federal, e não perante as duas Casas do Congresso: a “Câmara Alta” e a “Câmara Baixa”. Num sentido provocativo, cuja finalidade é exclusivamente reflexiva, poderíamos afirmar que se trata de uma “Câmara do Serpentário”, em alusão a respeitosa deferência que se fez recentemente às grandes disputas e polêmicas intelectuais do Brasil nos anos de 1850 a 1950 (BUENO, ERMANOKOFF, 2005).

Os maiores erros da história são cometidos, via de regra, não por pessoas maldosas, inescrupulosas ou estúpidas, mas por pessoas bem-intencionadas, algumas até brilhantes e mesmo inteligentes, que simplesmente tomaram decisões equivocadas, impelidas por juízos equivocados e por erros de avaliação e julgamento. Não obstante, independentemente disso, os resultados foram tenebrosos e avassaladores (WEIR, 2014). Observa-se que o resultado da ADI 4.650 pode vir a ser um desses casos, e figurar entre “As Piores Decisões da História”.

contramajoritária, antes, o contrário, pois estaria em consonância, supostamente, com os anseios da população, num quadro em que aqueles que deveriam se pautar pelos anseios do povo, o Parlamento, vivenciaria quadro de disfunção, tudo, de resto, com base em fragmento teórico oriundo da jurista norte-americana Corinna Barrett Lain, em seu artigo “upside-down judicial review”. Alega ainda que a decisão de se proibir as doações eleitorais por pessoas jurídicas não seria “messianismo judicial”, pois estariam em jogo a utilização de “princípios constitucionais para proteger a igualdade, a democracia e a moralidade pública”, muito embora na sequência mencione concordar que “uma decisão judicial que vede doações por empresas, por si só, não será panaceia para os males da nossa política representativa. A eficácia social da decisão dependerá, em boa parte, da atuação de instituições como o Ministério Público e Justiça Eleitoral, para que haja fiscalização e punição dos que burlarem a vedação, valendo-se do caixa dois. [...]”. Ou seja, olvida-se que já existem limitações (as doações somente podem se dar no montante de 2% do faturamento bruto do ano anterior à eleição). Olvida-se ainda de que não existem pesquisas empíricas que comprovem, com a extensão pretendida, a ampla rejeição popular sobre as doações, e mais importante, olvida-se que numa democracia que deve primar pelo pluralismo, a população votante não pode ser “homogeneizada”, “standardizada”, em termos de tudo ou nada. Ademais, não se aplica a referida teoria do “Upside-Down Judicial Review” ao Brasil, primeiro porque o processo de escolha e confirmação dos *Justices* da Suprema Corte Americana e dos Ministros da Suprema Corte Brasileira são em tudo diferentes, e esse é um dos fundamentos pelos quais se constrói a teoria do “Upside-Down Judicial Review”. Em segundo plano, a mesma autora afirma que seriam três os motivos para a Suprema Corte estar com a opinião pública como à luz e o guia de seus passos, vale dizer, 1) assegurar que as decisões sejam implementadas, 2) proteger a si mesma contra retaliações que limitem a Corte, e, 3) preservação de sua legitimidade institucional. Ou seja, tudo que torne eficaz uma espécie de “covardia constitucional”, que faça ridicularizar a noção de “independência judicial”, com ares de justiça política partidarizada. Não se pode esquecer, como argumento final, que a vedação ao financiamento das campanhas eleitorais pelas pessoas jurídicas é apoiada pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e por muitos outros partidos políticos, pelo qual a atual chefe do Executivo, Dilma Rousseff se reelegeu em cargo majoritário, ou seja, o caso da ADI 4650 assemelha-se mais com predileção partidária do que com exercício de papel majoritário. Ver, respectivamente: LAIN, 2012, p. 113-183; PERETTI, 2014, p. 843-866; PÁDUA, 2014a, p. 73-142; 2014b, p. 135-169.

Quis o destino, auxiliado pelos “obstinados” autores da petição inicial, que coubesse a presente composição do STF a tarefa de julgar a ação que poderá mudar (apenas textualmente) a forma como se pratica a democracia no Brasil, embora não da maneira como se pensa¹³, transitando de um modelo pautado normativamente na liberdade (como praticado nas democracias ocidentais) para um modelo pautado na suposta igualdade¹⁴ (tal qual praticado pelas antigas ditaduras do leste europeu), ou do tipo de “doutrina soviética da democracia”.¹⁵

E apenas textualmente, num primeiro momento, porque o imaginário jurídico, político e social brasileiro acredita que a realidade pode ser mudada pela simples promulgação de leis (acabar com a corrupção), como num passe de mágica, conforme observado por um dos autores deste artigo, que tem investido contra “o imaginário social e coletivo que a positivação de desejos e interesses nos textos normativos será suficiente para lhes tornar realidade” (ALVES JR., 2014, pp. 28-43).

¹³ Não terá os efeitos de acabar com a doação das pessoas jurídicas, e muito menos com a corrupção, mas será utilizada, como decisão do STF, nos mais diferentes contextos por outros juristas, membros do MP, da Defensoria Pública, da Advocacia Pública e Privada e por membros do próprio Judiciário de todos os graus e instâncias para estabelecer que a democracia brasileira é pautada na igualdade e não na liberdade, alterando, de outra forma, a maneira pela qual se passará a enxergar a democracia, o que é chocante num contexto em que acaba-se de sair, não fazem 30 anos, de um ditadura, e presumia-se que o espírito da liberdade fosse desejado e conhecido.

¹⁴ A afirmação de que a democracia brasileira seria baseada essencialmente na igualdade, e não na liberdade, consta do voto do Ministro Roberto Barroso, na referida ADI 4650: “*A ideia essencial por trás da democracia é a ideia de igualdade, é a ideia de uma pessoa, um voto, é a ideia de que todos merecem igual respeito e consideração. E, portanto, se o peso do dinheiro é capaz de desequilibrar as pessoas, eu acho que este modelo apresenta um problema.*” (Sem os destaques no original). O Ministro Roberto Barroso não menciona o chamado “dilema toquevilleano”, e nem toca nos debates históricos e nas consequências de uma democracia baseada mais na igualdade que na liberdade, pretendendo mudar a democracia brasileira através de 14 páginas nas quais é construído o seu voto. Um exemplo claro de guardiania, da forma como desenhada por Robert Dahl e Ward Elliot, abaixo referidos.

¹⁵ Das observações de Hans Kelsen acerca da “Doutrina Soviética da Democracia”, o ponto chave está na luta de classes que opõe ricos e pobres, num contexto em que “a ditadura do proletariado não é o último passo no desenvolvimento da democracia socialista. ‘Democracia significa igualdade’, mas a democracia burguesa significa apenas igualdade ‘formal’, ao passo que a democracia socialista ‘vai além da igualdade formal, em busca da verdadeira igualdade, ou seja, em busca da aplicação da norma: de cada um conforme sua capacidade, a cada um conforme suas necessidades’”. (KELSEN, 2000, p. 147). Significativo ainda, conforme Hans Kelsen, o fato de que, enquanto os ideólogos do partido nacional-socialista não se atreveram a voltar-se franca e abertamente contra a democracia, se valeram dos mesmos experientes dos ideólogos do comunismo soviético, denegrindo o sistema político democrático da Alemanha, denominando-o de uma “plutocracia” e de democracia que seria “apenas formal”, que permitiria a uma minoria rica o governo sobre a maioria pobre.

Com efeito, segundo Hans Kelsen, um dos juristas mais citados no plenário do STF¹⁶, o princípio da maioria absoluta está mais próximo da ideia de liberdade, e assim o princípio majoritário dela pode ser deduzido, e não da igualdade, como se costuma fazer (KELSEN, 2000, p. 31). Além disso, não há antinomia entre liberdade e igualdade, e a síntese desses dois princípios “é justamente a característica da democracia” (KELSEN, 2000, p. 27). Conforme observa o mesmo Hans Kelsen, o princípio da “ideia de igualdade” pressupõe a igualdade das vontades das pessoas, mas esta constitui uma imagem apenas, que não representa “efetiva mensurabilidade” e “adicionabilidade das vontades”, uma vez que não se poderia justificar o postulado majoritário com base na opinião de que a maior quantidade de votos é mais poderosa do que alguns poucos, e ainda, “da pressuposição puramente negativa de que uma pessoa não vale mais que outra, não se pode deduzir, positivamente, que a vontade da maioria é a que deve prevalecer” (KELSEN, 2000, p. 31).

Vale dizer, ainda, com base nas observações de Kelsen, que se procurarmos deduzir o princípio da maioria exclusivamente tomando-se por base a ideia de igualdade, tal princípio será puramente mecânico, e mesmo absurdo, criticado pelos inimigos da democracia. E conclui:

afirmar que os mais numerosos são os mais fortes seria transformar em máxima defeituosa um dado da experiência, e a fórmula ‘a força supera o direito’ só seria superada se fosse elevada ao estado de regra de direito. Há apenas uma ideia que leva, por um caminho racional, ao princípio majoritário: a ideia de que, se nem todos os indivíduos são livres, pelo menos o seu maior número o é, o que vale dizer que há necessidade de uma ordem social que contrarie o menor número deles (KELSEN, 2000, p. 32).

Só assim tal raciocínio pressupõe a igualdade como postulado fundamental da democracia: “de fato está claro que se procura assegurar a liberdade não deste ou daquele indivíduo porque este vale mais que aquele, mas do maior número possível de indivíduos” (KELSEN, 2000, p. 32). Como observado por Márcio Moreira Alves, em seu discurso no plenário do Congresso Nacional, um dia antes da outorga do Ato Institucional n 5:

¹⁶ A observação de que “Hans Kelsen é um dos nomes mais citados no Supremo Tribunal Federal” no qual, desde 2001 (até 2011), “37 julgamentos tiveram como fundamento teorias desenvolvidas por ele”, advém de entrevista que o jornalista Juliano Basile, do jornal Valor Econômico, realizou com os ministros do STF em 2011, divulgada pelo site jurídico Migalhas (BASILE, 2011).

(...) o nome dos barões que, nas pradarias de Windsor, fizeram o Rei João Sem Terra assinar a Magna Carta, perdeu-se nas brumas do tempo. Mas o julgamento por jurados, o direito dos cidadãos de um país livremente atravessaram as suas fronteiras, a necessidade de lei penal anterior e de testemunhas idôneas para determinar uma prisão, continuam a ser um imorredouro monumento àqueles homens e a todos os homens. Esqueceram as gerações modernas as violências de Henrique VII da Inglaterra, porém todas as nações do Ocidente incorporaram às suas tradições jurídicas a medida legal que durante seu reinado e contra ele firmou-se o habeas corpus. Até mesmo as decisões iníquas podem ser fonte de liberdade. Ninguém sabe ao certo onde jazem os restos do escravo Dred Scott, contudo, a decisão da Corte Suprema Americana que o manteve escravo foi o estopim da libertação de todos os negros da América do Norte.” (Discurso do Deputado Márcio Moreira Alves antes do AI n 5).

O nome dos partidos políticos, dos deputados e senadores que parecem habitar as mentes dos que enxergam corrupção em todas as práticas empresariais que eventualmente financiam os partidos e candidatos perder-se-ão nas brumas do tempo, mas os nomes dos que participaram desse julgamento serão sempre recordados. Passemos a refletir sobre a Guardiania, preponderantemente com base em Robert Dahl, com vistas a uma análise crítica do julgamento da ADI 4650.

3. A GUARDIANIA DO STF E A ADI 4.650

Embora já tenham sido realizadas algumas referências pontuais sobre a ADI 4.650, parece-nos adequado realizar breve sumário de seu desenvolvimento, para posteriormente ingressarmos na análise crítica sob o prisma da Guardiania, em Robert Dahl.

A ADI 4650, ajuizada em 2011 pela OAB, decorrente de representação dirigida à Presidência do Conselho Federal da OAB pelo Conselheiro Federal Cláudio Pereira de Souza Neto e pelo então Procurador Regional da República Daniel Sarmiento, com a menção de que as “razões constantes da representação” são adotadas na petição inicial, com os acréscimos veiculados nos pareceres de Daniela Teixeira e Eduardo Mendonça. Foram realizadas audiência públicas, nos dias 17 e 24 de julho de 2013.

Posicionando-se pela improcedência do pedido da OAB, a Câmara dos Deputados, em manifestação escrita, afirmou: “Pode-se até argumentar que permitir doações de grandes corporações a candidatos e partidos em campanha não é boa política. Mas o fato de existir política melhor não equivale a dizer que a atual é inconstitucional. Se assim fosse, a vida soçobriria no direito constitucional”.

O Senado Federal, por sua vez, manifestou-se no sentido que a OAB bateu nas portas erradas, pois o local de alteração e discussão desse tipo de matéria seria no seio do Poder Legislativo, e que “por mais que a OAB queira ver aplicada sua solução ao problema, laborou em equívoco a instituição ao se dirigir ao Poder Judiciário e não ao Poder Legislativo, este sim o verdadeiro local para a definição que se quer realizar”.

A Presidência da República, em Parecer do Advogado-Geral da União, que adotou integralmente as razões expendidas pelo Consultor Geral da União, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, manifestou-se pela improcedência do pedido da OAB, no sentido de que não há qualquer inconstitucionalidade no financiamento eleitoral da forma como concebido, citando que casos de corrupção existem também em países que adotam modelo de financiamento público das campanhas.

A seu turno, a Procuradoria-Geral da República apresentou dois pareceres, um antes, e outro após a audiência pública, ambas as manifestações em sentido favorável a procedência do pedido elaborado pela OAB.

O Julgamento, propriamente dito, teve início na 35ª sessão ordinária do Supremo Tribunal Federal, em 11 de dezembro de 2013, inicialmente presidida pelo Ministro Joaquim Barbosa. O relator, Ministro Luiz Fux, realizou a leitura do relatório, com sumário dos pontos que entendeu relevantes, e após sua leitura, proferiram sustentação oral o então presidente do Conselho Federal da OAB, Marcus Vinicius Furtado Coelho, o Advogado Geral da União, Luis Inácio Lucena Adams¹⁷, entre outros advogados que falaram pelos *amici curiae*, e o Procurador-Geral da República.

Na sequência, proferiram seus votos, o relator, Ministro Luiz Fux, no sentido da procedência da ADI, para declarar a inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, acolhendo os pedido “E3” e “E4”, da petição inicial do CFOAB, no sentido da incompatibilidade constitucional com o art. 23, § 1º, incisos I e II, da Lei 9.504/97, e do artigo 39, § 5º, da Lei 9.096/95, com exceção da expressão “e jurídica”, concedendo-se ainda,

¹⁷ Destaque-se que durante a sustentação de Luis Inácio Adams, pela AGU, que defendia a norma impugnada, o Ministro Joaquim Barbosa interrompeu, com a seguinte indagação: “*Me desculpe, mas eu gostaria de fazer uma indagação. Parece que Vossa Excelência se encaminha na direção de sustentar que deve haver uma diferenciação natural, inata, entre categorias, de cidadãos, quando se trata do exercício dos direitos políticos. Que é disso que nós estamos tratando aqui. Me esclareça por favor*”.

validade máxima, dos aludidos preceitos, de 24 meses, com a recomendação para que o Congresso Nacional elabore nova legislação sobre financiamento de campanha, no prazo de 24 meses, mencionando-se:

acolho os pedido constante E5, para recomendar ao congresso nacional a edição de um novo marco normativo de financiamento de campanhas, dando prazo razoável de 24 meses, tomando os seguintes parâmetros: 1) O limite a ser fixado para doações a campanha eleitoral para partidos políticos por pessoa natural deve ser uniforme, e em patamares que não comprometam a igualdade de oportunidade entre os candidatos nas eleições; 2) Idêntica orientação deve nortear a atividade legiferante, na regulamentação do uso de recursos próprios pelos candidatos; e finalmente, 3) Em caso de não elaboração da norma pelo congresso nacional no prazo de 18 meses, voto por outorgar ao TSE, a competência para regular, em bases excepcionais, a matéria.

O Ministro Joaquim Barbosa observou que recebeu a informação de que o ministro Teori Zavascki teria a intenção de pedir vista, não obstante, adiantou seu voto, no sentido de acolher o pedido da inicial, adotando a conclusão do relator, mas, no entanto, sem acolher a modulação dos efeitos proposta. O Ministro Dias Toffoli também adiantou seu voto, na sessão do dia seguinte, dizendo que vota pela procedência da ação, acompanhando o ministro Luiz Fux, e se resguardando para, em tempo oportuno, analisar a questão referente a modulação.

O próximo a proferir seu voto foi o Ministro Roberto Barroso, que iniciou elogiando o voto proferido pelo Ministro Luiz Fux, e a manifestação do Ministro Dias Toffoli, com um subsequente elogio ao papel exercido pela OAB ao ajuizar a ação, com igual elogio aos juristas que formularam a representação que deu origem a ADI 4650, Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento, que teriam construído “uma tese ousada, e importante, que permitiu a discussão desse tema, dois juristas que ousaram pensar fora da caixa”, registrando ainda “participação valiosa da Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ”, e concluiu seu voto afirmando que acompanha o voto do Ministro Luiz Fux “sem no entanto, fechar as portas para reavaliar qualquer dos” seus “pontos de vista à luz do debate que sobrevier, especialmente após o voto do eminente e estimado Teori Zavascki”.

Com o pedido de vista, o Ministro Teori Zavascki apresentou seu voto-vista em abril de 2014, abrindo dissenso, votando em sentido contrário ao postulado na petição inicial da ADI 4650, mencionando que a Constituição não faz a ligação entre “habilitação para votar

e a capacidade para contribuir”, e que cabe ao poder judiciário zelar pelas normas existentes. O Ministro Marco Aurélio, na sequência, também antecipou seu voto, acompanhando o Ministro Relator, julgando improcedente com relação as pessoas naturais, mas adotando o posicionamento que proíbe o financiamento eleitoral por parte das pessoas jurídicas, sendo seguido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, que também adiantou seu voto, acompanhando o voto do relator. Com o pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes, o julgamento foi suspenso de março de abril de 2014 a setembro de 2015, quando o referido ministro apresentou seu voto vista.

Sobre a duração e a polêmica envolvendo o pedido de vista, que não foi o maior, mas certamente um dos mais polêmicos, disse o ministro Gilmar:

Acredito que, na história deste Tribunal, não houve um caso de pedido de vista tão polêmico, tão discutido, com palpitações de toda índole. E, interessante, Senhor Presidente, que o reclame e a reclamação não vieram do requerente, mas, talvez, do autor oculto da ação, de quem tinha interesse nesse tipo de desfecho: Blogs, desses assassinos da moral das pessoas, esses twitters automáticos, todos dedicados a esse tipo de ataque. Interessante que não se pronunciava sobre isso a OAB, autora da ação, mas manifestava-se o PSOL, manifestava-se o PT, que tem, em seu programa, a ideia não só do financiamento proibido de pessoas jurídicas, mas até o financiamento público. O que conta um pouco, talvez, uma história dessa própria ação.

Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes revisita a óbvia questão constitucional da não existência de vedação expressa no texto da Constituição Federal, de doação por pessoa jurídica, asseverando, como conclusões de seu raciocínio, que “a vedação das contribuições de empresas privadas asfixiaria os partidos que não se beneficiaram do esquema criminoso revelado pela Operação Lava Jato, tornando virtualmente impossível a alternância de poder”, pois a vedação equivale a “criminalizar o processo político-eleitoral, além de ser um convite à prática reiterada de crimes de lavagem de dinheiro”, além, de “os pedidos não encontram guarida em quaisquer dispositivos constitucionais, consoante demonstrou à sociedade o voto do ministro Teori Zavascki. O que se pretende é manipular a Suprema Corte para aplicar um golpe no processo democrático-eleitoral brasileiro, à revelia do Congresso Nacional, que tem resistido a tais investidas”.

O tom duro, utilizado pelo ministro Gilmar Mendes, passou a impressão de que a tese presente na inicial do controle abstrato de normas teria sido urdida pelo ministro Roberto Barroso, que ao fim do julgamento pediu a palavra para apresentar um esclarecimento sobre a questão, observando, naquela oportunidade, que “eu não tive nenhuma participação, nenhuma, zero. Simplesmente não corresponde aos fatos a suposição de que eu tenha sido o mentor de uma tese com a qual sequer concordo integralmente.”

O fato de ter proximidade com os autores da representação perante o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, e mesmo assim ter participado do julgamento, além da aparente rusga causada, fez com que em casos posteriores o ministro Roberto Barroso deixasse de participar de determinados julgamentos, como no caso da ADPF 402, que discute alguns aspectos referentes a linha sucessória do cargo de presidente da república, na qual se declarou impossibilitado de participar porque “a ação foi apresentada pelo escritório onde ele trabalhava antes de ser ministro.”

A maioria do Tribunal, vencidos os ministros Teori Zavascki, Celso de Mello e Gilmar Mendes, entendeu pela impossibilidade de que pessoas jurídicas fizessem doações eleitorais. Todo esse julgamento, considerando-se todas as boas intenções que o permeiam, está permeado por uma “guardiania”, da forma como concebida por Robert Dahl, e tal questão será discutida na sequência, observando-se as implicações, e realizando análise crítica.

4. A “GUERRYMANDERING BRASILEIRA”: WARD ELLIOT E ROBERT DAHL

Antes de abordar o conceito de “guardiania” (*guardianship*) em Robert Dahl, tratado no livro “*Democracy and Its Critics*” (1989), de 1989, traduzido no Brasil como “A Democracia e seus críticos” (2012), lembremos brevemente de Ward Elliot e de seu “*The Rise of Guardian Democracy: The Supreme Court’s Role in Voting Rights Dispute*”, de 1974.

Em breves linhas, observamos que a tese de Ward Elliot de que existe nos Estados Unidos um grupo que ele denomina de “Guardiões”, que seria composto por cientistas políticos liberais (cujo sentido de liberalismo difere do Brasil), essencialmente (embora não exclusivamente) elitistas, que teriam influído em certo intervencionismo da Suprema Corte,

em especial durante os anos da Corte Warren, em casos de alteração estrutural das regras da democracia, com resultados desastrosos, pois faria com que a população se acostumasse a uma espécie de “democracia guiada” (*guided democracy*) (WARD, 1974, p. 1-33).

Chama-se de “Ética Guardiã” (*Guardian Ethic*) uma das maiores influências às modernas reformas, representativa dos burocratas de determinada elite ideológica de intelectuais da era moderna, cuja maioria pensa estar além da ideologia, uma vez que a maioria dos intelectuais e pessoas bem-educadas acreditam, embora sem pensar de fato sobre isso, que qualquer coisa nova deve ser melhor que a velha, que a ação deve ser melhor que a inação, que o *expert* deve ser melhor que o amador, o padronizado melhor do que o excepcional (WARD, 1974, p. 1-33).

A Ética Guardiã tende a ser igualitária na forma, embora degradante em sua substância. Busca garantir a igualdade em instituições representativas, em certo sentido, mas trata as instituições como se elas fossem incapazes de decidir suas próprias questões (WARD, 1974, p. 1-33).

Alega-se que, nos Estados Unidos, as reformas ocorridas antes de 1937 eram precipuamente (embora não exclusivamente), motivadas por esperanças de vantagem partidária, e que parece que as reformas oriundas a partir de 1937, enquanto menos partidárias em termos de inspiração, também eram menos democráticas, pois eram tipicamente “impostas de cima para baixo”, em vez de serem realizadas desde baixo com base em representantes. As velhas reformas eram vencidas ou perdidas por agentes de dentro, devotados à consulta e agregação de interesses políticos, como partidos, legislaturas e congresso, dos quais dependia sua vitória ou derrota (WARD, 1974, p. 1-33).

Já as chamadas “reformas modernas” têm sido realizadas por agentes de fora, como executivo e judiciário, ambos devotados à promulgação, interpretação e implementação das normas, e seu sucesso ou derrota encontra-se atrelado a abstratos princípios de justiça, e soam a administração. As velhas reformas não eram propriamente democráticas em inspiração, mas eram democráticas na origem e no efeito, enquanto as reformas modernas parecem ser altamente democráticas em inspiração, mas extremamente não democráticas na origem e nem sempre democrática nos efeitos (WARD, 1974, p. 1-33).

Menciona-se que as alterações perpetradas pelos guardiões seriam formais (BETH, 1978, p. 674-676), e que os ministros da Suprema Corte teriam sido sábios o bastante para ficarem de fora da chamada “*gerrymandering question*”, ou seja, da maneira como são divididos os distritos de votação de modo a permitir a vantagem de determinado grupo, e cuja etimologia remonta ao ano de 1812, embora seja prática mais antiga (CLARK, 2004), para descrever a ação do então governador de Massachusetts, Elbridge Gerry, de realizar uma redistribuição dos distritos eleitorais, em especial sobre os contornos de um distrito em particular, concedendo vantagens eleitorais a um grupo específico e cuja aparência do desenho no mapa fazia lembrar uma salamandra (ALEXANDER, PRAKASH, 2008).

Segundo a enciclopédia britânica, “*guerrimandering*” significa o desenho dos limites dos distritos eleitorais de tal maneira que conceda a alguém, ou a um partido vantagem injusta sobre seus adversários (ENCICLOPÉDIA BRITÂNICA, 2014). De igual forma, segundo o famoso “Dicionário do voto”, de Walter Costa Porto, se observa que com a manobra de redesenho, o partido de Guerry, com 50.164 votos conseguiu 29 cadeiras, enquanto o outro partido, com 52.766, conseguiu somente 11 cadeiras (PORTO, 2000, p. 222).

Podemos observar que a tese vencedora participa da formação de uma espécie de “*gerrymandering*” à brasileira, ao permitir que algumas pessoas jurídicas possam influir nas eleições (pessoas político-jurídicas de direito público interno: União, Estados, Distrito Federal e Municípios), e ao mesmo tempo mantendo a exclusão de outras (pessoas jurídicas de direito privado). No Norte foi com redesenho dos distritos (*ratione loci*), e no Brasil a aparente preferência por algumas pessoas (*ratione personae*).

Provoca-se desequilíbrio no pleito, em favor de quem postula a reeleição, que pode ser inclusive partidário e se estender por muitos e muitos anos, uma vez que aquele governante que estiver em segundo mandato apoiará e quererá eleger seu sucessor. E isso porque aqueles governantes que estiverem postulando a reeleição, com notório uso da infraestrutura da máquina administrativa da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, farão o uso explícito de vantagens oferecidas pelas pessoas jurídicas de direito público interno que comandam, na qualidade de chefes do executivo.

Evidentemente existem outros fatores que influenciam a decisão do eleitor, mas não se pode desprezar a força potencializada de quem comanda a máquina pública em uma reeleição ou na feitura de sua sucessão, devendo servir de exemplo os paradigmáticos casos do Governo do Estado de São Paulo, que é proponderantemente ocupado pelo PSDB, e a União Federal, governada pelo Partido dos Trabalhadores por quatro governos consecutivos.

Se houver incremento desse desequilíbrio, no qual as pessoas jurídicas de direito privado não possam influir nas eleições, mas as pessoas jurídicas de direito público interno sim, corre-se o risco de se instituir dinastias de governo de 50 anos, até que sejam tolhidas pelos ventos de revoluções e primaveras tropicais, mormente num país como o Brasil, de frágil democracia, acostumado a governos não democráticos. Vale recordar a reflexão de Octaciano Nogueira, em “A Constituinte de 1946: Getúlio, o Sujeito Oculto”:

O Brasil, do descobrimento à independência, viveu trezentos e vinte e dois anos sem democracia, sem voto e sem parlamento, embora não lhe faltassem muitos e variados governos. Depois de 1822, passamos a ter voto, Parlamento e governo, mas não chegamos a ter democracia, tal qual a conhecemos hoje, pelo menos até 1934. Somados, são quatrocentos e trinta e quatro de nossos mal celebrados quinhentos anos. Um sinal de como é nova e precária a democracia entre nós. Nesses sessenta e sete anos, mal começamos a construí-la, e ainda não acabamos de aprimorá-la. Nem todos foram anos de democracia: vinte e oito deles foram de ditaduras, civil, de 1937 a 1945, e militar, de 1964 a 1984. O Congresso foi dissolvido duas vezes, em 1930 e em 1937, e fechado temporariamente em três ocasiões: 1966 (Ato Complementar 23, 1968-69 (Ato Complementar 38) e 1977 (Ato Complementar 102). A dissolução dos partidos ocorreu três vezes, em 1930, 1937 e 1965. Dos vinte e dois presidentes que ocuparam a presidência, de 1926 até hoje (2003), só três, com exceção dos generais da ditadura, concluíram seus mandatos: Dutra, Juscelino e Fernando Henrique Cardoso, que será o primeiro, em todo esse período, a receber a faixa de seu antecessor escolhido por eleição direta e passa-la a um sucessor investido das mesmas condições. Entre esses vinte e dois governadores, houve um suicídio e duas renúncias. Quatro foram depostos, um morto durante o mandato e outro, antes da posse. Tivemos uma revolução, quatro golpes de estado, quatro tentativas de golpe e três rebeliões. Entre os generais da ditadura militar, nenhum exerceu um mandato com a mesma duração dos demais. Costa e Silva permaneceu no poder dois anos, Castelo, três, Médici, quatro, Geisel, cinco e Figueiredo, seis. Não tivemos caudilho militar (NOGUEIRA, 2005, p. xiv).

O citado autor reflete, indagativamente sobre o que diferenciaria os variados tipos de regimes não democráticos que experimentamos, daqueles governos em que passamos a viver e a que denominamos de democráticos? Observa, com base em Przeworski, que a última das invenções da democracia seria o voto, que seria um senhor velho com mais de dois séculos, muito embora não seja sinônimo de democracia, vale dizer, para que um regime seja

democrático, a eleição deveria cumprir ao menos dois papéis: primeiro, seja livre e competitiva, no sentido de que será livre, sem restrições ao direito do voto (universal, secreto e com publicidade de apuração). E, para que haja competitividade, torna-se indispensável a liberdade de organização e atuação partidária, com o asseguramento do “pluralismo político” (NOGUEIRA, 2005, p. xiv). Parece claro que se estimula a alternância no poder, entre candidatos e partidos.

Traçando um paralelo no Brasil, e mais especificamente no STF, com o “*Gerrimandering*”, mudando-se o que deve ser mudado (*mutatis mutandis*), teríamos uma espécie de “*Supremandering*”, ou, como não temos um voto da Corte (*per curiam decisions*) e sim votos fragmentados e isolados de cada ministro (*seriatim decisions*), poderíamos falar então de 1) “*Fuxmandering*”, 2) “*Barrosomandering*” etc. Seus votos, embora bem-intencionados e bem construídos retoricamente, desenham um desequilíbrio em favor de quem postula a reeleição. É um fato. Agem impregnados da Ética Guardiã, da qual nos fala Ward Elliot. Mas há ainda a guardiania, da qual nos fala Robert Dahl.

O Governo dos chamados “guardiões” constitui uma alternativa perene à democracia, e segundo tal concepção, seria um absurdo imaginar que as pessoas comuns (*ordinary people*) entendam seus próprios interesses, e possam eles mesmos defendê-los, vale dizer, “o governo deve ser confiado a uma minoria de pessoas especialmente qualificadas para governar em razão de seu conhecimento e de sua virtude superiores” (DAHL, 2012, p. 77).

Radica a ideia na República, de Platão, com atração bastante poderosa ao longo da história humana, devendo-se destacar que a hierarquia é mais antiga que a democracia, na história escrita, a primeira sendo a regra, e a segunda, exceção, e conforme observado por Robert Dahl, “a hierarquia é o rival mais temível da democracia” e enquanto a guardiania é uma espécie de justificativa para o governo baseado na hierarquia, “o rival mais temível da democracia, como ideia, é a guardiania” (DAHL, 2012, p. 78).

Parte sensível da discussão da ADI 4.650 pode ser localizada num diálogo entre um aristocrata e um democrata, na obra de Robert Dahl. Em certo momento, de maneira difusa, e mais especialmente por uma argumentação contida nas razões do voto do Ministro Roberto Barroso, mas que está impregnada nos votos parcialmente vencedores, alega-se que o atual

modelo de financiamento eleitoral estaria impedindo que as novas e verdadeiras vocações chegassem ao cenário político, em razão da necessidade de muito dinheiro.

Interessante notar que nessa alegação não está apenas a crítica ao cidadão que não chega ao poder por ausência de condições financeiras, mas também ao tipo de parlamentar que chega, que não seria o melhor e nem o mais vocacionado. No diálogo de Robert Dahl, o Democrata menciona que “a perícia é tão importante que nossos sistemas de governo às vezes são classificados como uma mistura de democracia e meritocracia” (DAHL, 2012, p. 85).

Na sequência, o Aristocrata diz: “O que defino como guardiania não é apenas democracia acrescida da meritocracia. Talvez se possam evitar confusões se você me permitir fazer uma distinção entre o que quero dizer com guardiania e o que você acaba de chamar de meritocracia”. E prossegue afirmando que a meritocracia constitui um termo bastante recente, que se refere geralmente a um “corpo de funcionários selecionados exclusivamente por mérito e competição, mas que são pelo menos nominalmente subordinados a outros, diferentemente do que se pode entender por guardiania, pois esta não seria uma “simples modificação de um regime democrático”, pois ela seria “uma alternativa à democracia”, um tipo diferente, fundamentalmente (DAHL, 2012, p. 86).

Para ele, guardiania seria um regime em que o Estado é governado por líderes meritórios que consistiriam em uma minoria formada por adultos, que não seriam submetidos ao processo democrático, razão pela qual se prefere utilizar a expressão “guardiães”, como o termo platônico (DAHL, 2012, p. 86). Ou seja, podemos observar uma dupla presença do ideário da guardiania, conforme esboçada por Robert Dahl. Primeiro, o Supremo Tribunal Federal entende que a população brasileira e o congresso não conseguem governar a si próprios, e o próprio Tribunal estende suas luzes para iluminar o caminho que entende ser o correto, tal qual desenhado na ADI 4650, ajuizado por um outro guardião: a Ordem dos Advogados do Brasil.

Em segundo plano, entende-se que o Congresso, da maneira como desenhado pelo poder constituinte, não é bom o suficiente, e nem adequado para a realização das reformas constitucionais que entender pertinentes, e nem o povo tem condições de agir em defesa de

seus próprios interesses, devendo haver a reforma da ADI 4.650 para que os verdadeiramente “bons” e “vencionados” sejam eleitos.

Conforme observado, por mais grandiosa que possa parecer a guardiania, ela impõe exigências extraordinárias no nível de conhecimento e às virtudes dos próprios guardiões que seriam, na prática, impossíveis de satisfazer, e acredita-se que ela “não possa ser racionalmente defendida como algo superior à democracia, nem como ideal e nem como um sistema viável na prática” (DAHL, 2012, p. 101). As razões pelas quais a guardiania não pode pretender substituir a democracia está resumida e sintetizada na seguinte passagem: Em sua melhor forma, somente a visão democrática pode fazer algo que para a guardiania é impossível: oferecer a esperança de que, ao engajar-se no governo, todas as pessoas, e não apenas algumas, possam aprender a agir como seres humanos moralmente responsáveis (DAHL, 2012, p. 101).

Nesse sentido parece haver alguns equívocos na ADI 4.650. Primeiro, não deveria haver comportamento de guardiania por parte do Supremo Tribunal Federal. Segundo, o desenho que se vislumbra é de um verdadeiro desequilíbrio no cenário político, conforme já referido acima, em que há uma verdadeira “*guerrymandering* à brasileira”. Tudo seria evitado se o Tribunal Supremo tivesse compreendido verdadeiramente a natureza, a dimensão e a extensão de seu papel e de sua função política, que é de guardião da constituição, mas não de tutela e exercício da cidadania em lugar dos eleitores (BALEEIRO, 1998, p. 91-104). Um sinal de que temos Democracia sem democratas, e muitas vezes, Democracia dos Autocratas, como observado na citada advertência de Octaciano Nogueira.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É de todos conhecida uma foto histórica de Ulysses Guimarães enfrentando, com altivez, alguns policiais militares e os seus fiéis cães. Essa imagem de grande simbologia merece ser resgatada. Nos anos de chumbo do regime autoritário brasileiro, houve lideranças políticas que não se acovardaram diante da truculência e da força bruta. Após a reconquista da democracia, as lideranças políticas não podem se deixar intimidar pelas decisões judiciais arbitrárias, ainda que bem-intencionadas e bem construídas retoricamente. O Parlamento

deve trazer para si a representação dos anseios populares, tanto os das maiorias quanto os das minorias. No Parlamento estão os legítimos representantes do povo (eleitor). A repressão judicial deve ocorrer sempre que o Parlamento descumprir de modo direto e flagrante o texto da Constituição. Não era o caso dessa questão do financiamento empresarial de campanhas político-eleitorais.

Um passo relevante na direção do fortalecimento do Parlamento consiste na mudança do art. 97 da Constituição Federal. É aqui sugerida a seguinte redação:

Art. 97. Somente pelo voto de dois terços de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Parágrafo único. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Tribunal, por maioria simples de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Com essa medida corrige-se uma aberração processual: a decretação de inconstitucionalidade, que é medida grave, requer apenas a maioria absoluta; mas a manipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, que é medida leve, requer maioria qualificada. Ora, a decretação de inconstitucionalidade é grave e, portanto, merece ser aprovada pela maioria qualificada de dois terços e não apenas pela maioria absoluta.

Mas, para traçar um paralelo, a linha vencedora dos ministros do STF, favoráveis ao provimento dos pedidos contidos na ADI 4.650, incidem na “falácia de Palpatine”, quando na alegoria de George Lucas, pluralismo e liberdade deveriam ser evitados, por serem ameaças à ordem, à paz e a garantia da segurança, como uma espécie de crime de perigo abstrato e putativo, cuja tipificação somente existe na cabeça do julgador, em um “tipo” tanto aberto, quanto imaginário, e que a cada dia pode vir a se tornar uma coisa diferente, a depender do humor e da verve iconoclasta do guardião (no sentido de Dahl e Ward), que a cada dia “dá asas à sua própria Constituição”.

Seria preferível, inclusive, que a Suprema Corte reconhecesse que se trata de pretensão de tutela, de guardiania, mencionando que se prefere o modelo X, ao modelo Y, pois a composição específica da Corte, numa maioria eventual, decidiu assim.

Ao fim e ao cabo, como observado por Daniel Schugurensky, ressaltando a experiência e a advertência de John Dewey, a cura para os problemas da democracia é ainda mais democracia, e não menos (SCHUGURENSKY, 2006, pp. x-xv). Guardiania e Autocracia são práticas de um suicídio lento, assistido e sem brilho, que em nada auxiliam a democracia brasileira, exceto como brevíário sortido que servirá de um antecipado epitáfio: aqui jaz uma, embora autocrática e guardiã, “democracia” “salamandra”, com pitadas de nossa “*guerrymandering* à brasileira”. A democracia brasileira sai enfraquecida.

6. REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Larry; PRAKASH, Saikrishna B. Tempest in an empty pot: why the constitution does not regulate gerrymandering. **William & Mary Law Review**, v. 50, n. 1, p. 1. oct. 2008.

ALVES JR., Luis Carlos Martins. O “coronelismo” e a democracia brasileira: um breve ensaio reflexivo sobre a lei da “ficha limpa” e sobre o financiamento das campanhas eleitorais, sob as luzes do magistério doutrinário de Victor Nunes Leal. In: **Constituição, política e retórica**. Brasília: UniCEUB, 2014.

ALVES, Márcio Moreira. [Discurso de Defesa contra o pedido de Cassação do mandato, em 12 de dezembro de 1968]. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, 1º de junho de 2000.

BALEEIRO, Aliomar. A função política do judiciário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 756, p. 91-104, out., 1998.

BARROSO, Luis Roberto. A Reforma Política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil. **Revista de Direito do Estado**, São Paulo, v. 1, n. 3, p.287-360, jul./set., 2006.

BARROSO, Luis Roberto. Estado, sociedade e direito: diagnóstico e propostas para o Brasil. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS, 22., 2014, Rio de Janeiro. **Conferência de Abertura**. Rio de Janeiro: Riocentro, 2014. Disponível em: <www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2014/10/conferência-da-OAB_Abertura_20out2014.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2020.

BARROSO, Luis Roberto. Fisiologismo, dinheiro e voto: uma proposta de reforma política para o Brasil. In: VENÂNCIO FILHO, Alberto et al. (Org.). **A Contemporaneidade do pensamento de Victor Nunes Leal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BASILE. Juliano. **Ministros do STF comentam atualidade das teorias de Hans Kelsen.** 29 ago. 2011. Disponível em:

<[http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI140248,101048-](http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI140248,101048-Ministros+do+STF+comentam+atualidade+das+teorias+de+Hans+Kelsen)

[Ministros+do+STF+comentam+atualidade+das+teorias+de+Hans+Kelsen](http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI140248,101048-Ministros+do+STF+comentam+atualidade+das+teorias+de+Hans+Kelsen)>. Acesso em: 08 jan. 2020.

BETH, Loren P. Review: the rise of guardian democracy by Ward Elliot. **The American Political Science Review**, Cambridge, v. 72, n. 2, p. 674-676, jun. 1978.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Ofício N.1594/11/SGM/P, de 26 de setembro de 2011.**

Disponível em: <<http://www.transparencia.mpf.mp.br/atuacao-funcional/consulta-judicial-e-extrajudicial>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição 352, de 2013.**

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=600023>>.

Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.**

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

Acesso em: 10 ago. 2015c.

BRASIL. **Mensagem nº 404, de 26 de setembro de 2011.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Msg/VEP-404-08.htm>.

Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. Procuradoria Geral da República. **Parecer nº 11157-PGR-RG, de 24 de julho de 2013.**

Disponível em: <<http://www.transparencia.mpf.mp.br/atuacao-funcional/consulta-judicial-e-extrajudicial>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Procuradoria Geral da República. **Parecer nº 7994-PGR-RG, de 31 de agosto de 2012.**

Disponível em: <<http://www.transparencia.mpf.mp.br/atuacao-funcional/consulta-judicial-e-extrajudicial>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Ofício nº 344/2011-PRESID/ADVSE, de 29 de setembro de 2011.**

Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1410_ADI_4650_-_Informacoes_Senado_Federal.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI nº 4650/DF.**

Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, em 11 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23086639/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4650-df-stf>>. Acesso em: 17 ago. 2020.

BUENO, Alexei; ERMANOKOFF, George (Org). **Duelos no serpentário: uma antologia da polêmica intelectual no Brasil 1850-1950.** Rio de Janeiro: Ermanokoff, 2005.

CLARK, George. **Stealing our votes: how politicians conspire to control our elections and how to stop them.** Pittsburgh: Dorrance Publishing, 2004.

COGLIANESE, Cary. Political and legal philosophy: book review - democracy and its critics, by robert dahl. **Michigan Law Review**, v. 88, p. 1662-1667, may, 1990.

CONSELHO Pleno aprova mudanças no sistema eleitoral da OAB. Disponível em: <www.oab.org.br/noticia/27781/conselho-pleno-aprova-mudancas-no-sistema-eleitoral-da-oab>. Acesso em 08 jan. 2020.

DAHL, Robert A. **Democracy and its critics.** New Haven: Yale University Press, 1989.

DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos.** Trad. Patrícia Ribeiro. São Paulo: M. Fontes, 2012.

FERRARO, L.; WILSON, J. M. Puzzle de la reforma electoral se traslada al senado. **Latercera**, Jan. 26 ago. 2004. Disponível em: <papeldigital.info/lt/2014/08/29/01/paginas/012.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2020.

GUERRYMANDERING. In: ENCICLOPÉDIA Britânica. Atual. 11 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.global.britanica.com/EBchecked/topic/231865/guerrymandering>>. Acesso em: 05 jan. 2020.

KEANE, John. **Vida e morte da democracia.** Trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da constituição? **Jurisdição Constitucional.** Trad. Alexandre Krug. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. **A Democracia.** Trad. Ivone Castilho et all., 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2000.

LAIN, Corinna Barrett. Upside-Down judicial review. **The Georgetown Law Journal**, v. 101, n. 1, p. 113-183, 2012.

MORCHON, Gregorio Robles. **As regras do direito e as regras dos jogos: ensaios sobre a teoria analítica do direito.** Trad. Pollyana Mayer. São Paulo: Noeses, 2011.

MORCHON, Gregorio Robles. Tres tipos de reglas en el derecho. **Cuadernos de la Facultad de Derecho**, Palma de Mallorca, n. 11, p. 113-128, 1985.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** São Paulo: M. Fontes, 2007.

NOGUEIRA, Octaciano. **A constituinte de 1946: Getúlio, o sujeito oculto.** São Paulo: M. Fontes, 2005.

NOGUEIRA, Octaciano; SEVERO, Alípio. **Democracia dos autocratas**. Brasília: Dédalo, 2003.

PÁDUA, Thiago Aguiar de. Triângulo da violência argumentativa - cortes superiores, supremas e constitucionais: decisão monitorada em uma democracia monitória. **Civil Procedure Review**, v. 5, n. 2, p. 73-142, May/Aug. 2014.

PÁDUA, Thiago Aguiar de. A expressão “ativismo judicial”, como um “cliché constitucional”, deve ser abandonada: uma análise crítica sobre as ideias do ministro Luís Roberto Barroso. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, av. 4, n. 2, p. 135-169, 2014.

PERETTI, Terri. Democracy-Assisting Judicial Review and the Challenge of Partisan Polarization. **Utah Law Review**, v. 2014, n. 4, p. 843-866, 2014.

PORTO, Walter Costa. **Dicionário do voto**. Brasília: UnB, 2000.

RORTY, Richard. **Ensaio sobre Heidegger e outros**. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999.

SARMENTO, Daniel. **O STF não é o centro do constitucionalismo**: conversas acadêmicas com Daniel Sarmento. 2014. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-nao-e-o-centro-do-constitucionalismo>>. Acesso em: 07 jan. 2020.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHUGURENSKY, Daniel. The difficult task of learning democratic practices through partisan politics in times of plutocracies. In: YOUNGBLOOD, Janet. **Learning Democratic Practices: Political Parties, Media and American Political Development**. United Kingdom: Cambridge, 2006.

WARD E. Y., Elliot. **The rise of guardian democracy**: The Supreme Court's role in the voting rights disputes, 1845-1969. Cambridge: Harvard University Press, 1974.

WEIR, Stephen. **As piores decisões da história e as pessoas que as tomaram**. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Sextante, 2014.

Data da submissão: 09/02/2021

Data da primeira avaliação: 09/02/2021

Data da segunda avaliação: 09/09/2021

Data da terceira avaliação: 27/09/2021

Data da aprovação: 27/09/2021

**O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE CRIMINAL¹ EM
PORTUGAL E UE²**

*THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF CRIMINAL LEGALITY IN PORTUGAL AND
THE EU³*

Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo Bandeira⁴

RESUMO: Se não houver respeito pelo princípio da legalidade criminal, não haverá respeito pelo Estado de Direito. Não haverá respeito pela democracia. Não haverá respeito pelas garantias criminais. O princípio da legalidade criminal está inscrito nos direitos, e deveres, fundamentais universais e humanistas. É um direito (e dever), liberdade e garantia. A História ensina que quando se prejudica o princípio da legalidade criminal é porque se está a caminhar para a ditadura. Embora existam exceções também históricas. Há exceções quando estão em causa crimes contra a Humanidade como é o caso do genocídio.

Palavras-chave: Princípio da legalidade criminal; Direito constitucional; Garantias criminais; Estado de Direito; Democracia.

ABSTRACT: If there is no respect for the principle of criminal legality, there will be no respect for the rule of law. There will be no respect for democracy. There will be no respect for criminal guarantees. The principle of criminal legality is enshrined in fundamental universal and humanist rights and duties. It is a right (and duty), freedom and guarantee. History teaches that when the principle of criminal legality is undermined, it is because you are moving towards dictatorship. Although there are also historical exceptions. There are exceptions when crimes against humanity are involved, such as genocide.

Key-words: Principle of criminal legality; Constitutional law; Criminal guarantees; Rule of Law; Democracy.

¹ Por imposição da Revista em consideração, e por respeito institucional, o presente texto é escrito segundo o novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, com o qual o Autor está em total desacordo, na mesma linha, e com os mesmos argumentos, do vencedor de 2020 do mais importante prémio literário e cultural da Lusofonia, o Prémio Camões, o português Prof. Doutor Vítor Aguiar e Silva, da Universidade do Minho e da Universidade de Coimbra: <https://www.dn.pt/cultura/vitor-aguiar-e-silva-e-o-premio-camoes-2020-um-critico-do-novo-acordo-ortografico--12968738.html>, 8/12/2020.

² União Europeia.

³ European Union.

⁴ Doutor em Ciências Jurídico-Criminais e Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Professor em Direitos Fundamentais e Ciências Jurídico-Criminais na Escola Superior de Gestão do IPCA-Minho-RUN-Regional University Network-EU (Portugal) e Professor Convidado do Programa de Mestrado nas Universidades do Porto e Minho (Portugal). Investigador Integrado no JusGov-Research Center for Justice and Governance. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8859-4023>. E-mail: gsopasdemelobandeira@ipca.pt.

Sumário: 1. Objetivos, metodologia e pré-introdução; 2. Primeiras notas ao princípio constitucional da legalidade criminal em Portugal e na UE; 3. Segundas notas ao princípio constitucional da legalidade criminal em Portugal e na UE; 4. Terceiras notas ao princípio constitucional da legalidade criminal em Portugal e na UE; 5. Quartas notas ao princípio constitucional da legalidade criminal em Portugal e na UE; 6. Quintas notas ao princípio constitucional da legalidade criminal em Portugal e na UE; 7. Considerações finais; 8. Referências.

1. OBJETIVOS, METODOLOGIA E PRÉ-INTRODUÇÃO

Se temos convites para publicar em revistas jurídicas e científicas de prestígio máximo de vários países do mundo, não poderíamos declinar aqui também uma proposta de publicar vinda do Prof. Doutor Zulmar Fachin. Está em causa também a fraternidade internacional entre as academias e os académicos. Os objetivos são recuperar e realçar a importância do princípio constitucional da legalidade criminal observado o ordenamento jurídico português, mas também no ambiente intrínseco da UE.⁵ E, portanto, tendo em consideração os principais instrumentos jurídicos internacionais que garantem o Estado de Direito democrático, social, livre e verdadeiro – Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH, 4/11/1950-1953), bem como Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH, 10/12/1948) ou Carta dos Direitos Fundamentais da UE (CDFUE, 7/12/2000 e 12/12/2007). Está em causa, portanto a chamada Constituição Criminal como sismógrafo do próprio Direito Constitucional e da Constituição ela mesma. As garantias criminais, aplicáveis a todo o direito sancionatório em modo de analogia, são direitos (e deveres), liberdades e garantias que representam uma matéria que já abordámos em muitos outros textos. Como já antes concluímos numa publicação pretérita internacional (BANDEIRA, 2016, p. 42 e ss.): *“Não há Estado de Direito, Social, democrático, livre e verdadeiro, sem direitos e deveres fundamentais constitucionais criminais/penais. Assim como Constitucional será o decretar necessário, adequado e proporcional dum eventual Estado de emergência ou Estado de sítio contra um novo e bestial terrorismo. Desde que a intervenção mínima seja respeitada. E considerando um novo género de agentes, como p.e. os agentes suicidas. / Como já dissemos noutra escrito, é necessário aliás definir dum modo positivo a pena. É uma prova de vigência*

⁵ De acordo aliás com o art. 8º da CRP-Constituição da República Portuguesa.

da norma à custa dum determinado responsável.⁶ No contexto, p.e, dos chamados ‘acórdãos de sentença em processo penal’, supõe-se aliás, pela positiva, que uma confissão demonstra que o autor reconheceu o seu comportamento equivocado e que, por este motivo, se espera uma ressocialização sem problemas.⁷ Mas o que fazer quando a ressocialização é rejeitada pelo próprio? Medidas de segurança? Ou problema da reincidência? Ou ainda da pena ‘relativamente indeterminada’? / Tal como Jano, são duas – ou mais - faces da mesma moeda. Tal como a Mulher de César, não basta ser (fiel), é preciso parecer. / Só com esta dupla visão – que é uma visão complexa e poliédrica -, com base numa ética absoluta multilateral, é que se poderão concretizar com maior eficácia os direitos e deveres constitucionais fundamentais criminais/penais de modo mais profundo e amplo. / O diálogo deve ser contínuo e estar atento à tutela dos valores universais”. A metodologia a ser adotada permanece concentrada numa certa pesquisa comparativa *maxime* dogmática e doutrinal, legal, mas também, ainda que abreviada, jurisprudencial, que podemos analisar sobre a matéria, como v.g., em países como Portugal e em toda a UE, a qual é neste momento em que escrevemos constituída por 27 países.

2. PRIMEIRAS NOTAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE CRIMINAL EM PORTUGAL E NA UE

Art. 29º/1 da Constituição, “Aplicação da lei criminal”: “Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior”. Assim também o art. 1º do Código Penal Português, “Princípio da legalidade”: “1 - Só pode ser punido criminalmente o facto descrito e declarado passível de pena por lei anterior ao momento da sua prática. / 2 - A medida de segurança só pode ser aplicada a estados de perigosidade cujos pressupostos estejam fixados em lei anterior ao seu preenchimento. / 3 - Não é permitido o recurso à analogia para qualificar um facto como crime, definir um estado de perigosidade ou determinar a pena ou medida de segurança que

⁶ Nesse sentido, ver JAKOBS, Günther, *In Strafrecht Allgemeiner Teil § Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Studienausgabe*, 2. Auflage, Walter de Gruyter . Berlin . New York, 1993, p. 6.

⁷ Nesse sentido, ver JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *In Lehrbuch des Strafrechts § Allgemeiner Teil § Funfte Auflage*, Duncker & Humblot • Berlin, Alemanha, 1996, p. 894.

lhes corresponde”. Só a lei é competente para definir crimes, assim como os fundamentos das medidas de segurança e respetivas penas, assim como as próprias medidas de segurança (CANOTILHO, 2007, p. 491 e ss.). Trata-se em si mesmo de um princípio fundamental. Existe uma reserva de lei da Assembleia da República no que diz respeito aos crimes, penas, medidas de segurança e fundamentos: o Governo somente pode legislar sobre essas matérias por meio da correspondente autorização da Assembleia da República: DL – art. 165º/a c) CRP. Numa outra perspetiva, há uma proibição de intervenção normativa de regulamentos, estando obstaculizada a lei de lhes proporcionar tal faculdade, i.e., há uma proibição de regulamentos penais delegados. Neste contexto, o Direito consuetudinário - usos ou costumes -, está afastado como fonte da definição de crimes ou da punição penal. Pode-se também evocar, neste ambiente, o art. 29º/3 da Constituição: “*Não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente cominadas em lei anterior*”. Questão diferente é compreender se o princípio da legalidade, e da tipicidade, se aplica às normas jurídicas apresentadas por integração de lacunas. Por este caminho de ideias, podemos afirmar o seguinte do ponto de vista normativo e jurídico: só quando a integração de lacunas signifique uma possibilidade de “criação normativa” com a essencialidade de “legislação” do género dos antigos Assentos, se poderá aceitar existir uma norma jurídica (e não uma interpretação jurisdicional!) para resultados de controlo da constitucionalidade. Recorde-se o art. 2º do Código Civil, “*Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral*”; redação dada pelo seguinte diploma: D.L. nº 47344/66, de 25/11: ora, o Ac. do Tribunal Constitucional 743/96, Diário da República nº 165/1996, Série I-A de 18/7/96, veio precisamente declarar “*a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do artigo 2.º do Código Civil, na parte em que atribui aos tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral, por violação do disposto no artigo 115.º, n.º 5, da Constituição*”; aliás, o art. 2º do Código Civil seria Revogado pelo D.L. nº 329-A/95, de 12/12. Tudo indica que também podem ser fontes do princípio da legalidade criminal, o Direito internacional – i.e., o costume internacional e convenções internacionais -, para lá do Direito interno, mas igualmente o Direito comunitário europeu, na perspetiva que a UE tenha poderes penais no círculo do “*espaço europeu de justiça*”. Não por acaso, o art. 8º (“*Direito internacional*”) é transparente

– e quiçá, segundo uma certa visão, inclusive desrespeitador do art. 18º da Constituição em si mesmo, em termos de necessidade, adequação e proporcionalidade: norma jurídica constitucional que constitui o coração da diferença com a Constituição ditatorial lusa de 1933. Nós só podemos restringir os direitos (e deveres), liberdades e garantias se, em si mesma, houver necessidade, adequação e proporcionalidade, por forma a não violar a intervenção gradativa e oscilante do Estado de Direito democrático, social, livre e verdadeiro. E, claro está, para salvaguardar outros Direitos (e Deveres), Liberdades e Garantias -, objetivo e, de certo modo, desencadeador da própria fiscalização do poder democrático interno em Portugal: “1. *As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. / 2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português. / 3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos. / 4. As disposições dos tratados que regem a UE e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático*”. Em qualquer caso, a perda de poder económico, social, político e cultural e, portanto, também mental e, igualmente, em termos de poder legislativo, executivo e judicial, deve ser sempre, por conseguinte, necessária, adequada e proporcional. E, claro está, como já referido, gradativa em função da natural oscilação. Ou seja, funciona como uma balança, a balança da Justiça.

3. SEGUNDAS NOTAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE CRIMINAL EM PORTUGAL E NA UE

Sem princípio da legalidade criminal, não há Estado Democrático de Direito, de igual forma que não há Estado Democrático de Direito sem o princípio da legalidade em matéria criminal. O direito e processo penal é direito constitucional, e o respeito às garantias penais é o que marca a diferença entre democracias e ditaduras. Nestas últimas, é comum a

aplicação de medidas de segurança a imputáveis, ao contrário das democracias, onde as medidas são dirigidas somente a inimputáveis. Não olvidando que uma pessoa pode ser, em simultâneo, imputável por certas ações ou omissões e inimputável por outras tantas ações ou omissões. E isso porque, nas ditaduras, interessa tortura o cidadão por delito de opinião, mormente os adversários políticos ou, por (não) exemplo, pela cor da pele (racismo). Não ignorando as pertinentes críticas de, v.g. Maria João Antunes, quanto ao tratamento inconstitucional dispensado pelo Estado a pessoas com anomalia psíquica (ANTUNES, 2002). Recorde-se que as medidas de segurança contra inimputáveis podem ser renovadas indefinidamente, de forma que, na prática, muitas dessas pessoas são “condenadas a prisões perpétuas”.⁸ E ninguém está livre. A saúde mental não foi uma preocupação durante muitos séculos e as pessoas estão mais frágeis mentalmente do que nunca.⁹ Se o Direito Penal é monopólio do Estado, como refere Pinto de Albuquerque, também é verdade que o Direito Penal Internacional tem ajudado à erosão do princípio da legalidade (ALBUQUERQUE 2021, p. 45 e ss.). Nesse sentido, note-se no Tribunal Penal Internacional, criado pelo Tratado de Roma (*não assinado completamente por países como Estados Unidos e China ditatorial...*) ou v.g. da criação de Tribunais Penais Internacionais para julgar os crimes contra a Humanidade cometidos na ex-Jugoslávia ou Ruanda. É neste contexto que poderemos falar num princípio da legalidade que nasce, vive e se desenvolve na complexidade internacional. Ainda hoje, importante doutrina alemã, a exemplo de Hans-Heinrich Jescheck, que já foi meu orientando e é um dos três principais penalistas teutónicos do mundo, paladinos do direito e do processo penal garantistas, considera que os Julgamentos de Nuremberg representaram “*uma violação do princípio da legalidade criminal, pois foi criado um Tribunal Penal com efeitos retroativos sancionatórios, incluindo a pena de morte*”. Compreendemos a observação técnica, recordando que H.-H. Jescheck era um ex-capitão do exército nazista e que foi totalmente convertido à democracia e ao Estado Democrático de Direito, não se conhecendo, diga-se, qualquer crime contra a Humanidade no seu passado¹⁰ – mas também desconhecemos que quem ganha a guerra não

⁸ Cfr. art. 30º (“*Limites das penas e das medidas de segurança*”).

⁹ <https://saudemental.min-saude.pt/>, 29/11/2021.

¹⁰ Sem ser possível esconder que teve uma alta condecoração de guerra ao serviço do exército nazi: a Cruz de Cavaleiro de Cruz de Ferro em 5/3/1945 como capitão do *Panzer-Aufklärungs-Abteilung* - “Departamento de

cria e estabelece as regras da sua própria paz. *Ai dos vencidos, Vae victis!* O princípio da legalidade criminal no ordenamento jurídico alemão – nomeadamente o StGB ou Código Penal Alemão de 1851 e o §2 I do *Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, i.e., o RStGB ou Código Penal Imperial Alemão de 15 de Maio de 1871 -, tem como uma das suas principais fontes o art. 4º do Código Penal Francês de 1810 (JESCHECK; WEIGEND, 1996, p. 132-133). Mas foi apenas o art. 116 da Constituição da República de Weimar – WRV ou *Verfassung des Deutschen Reichs* i.e. Constituição do Império Alemão -, que reconheceu ao princípio da legalidade criminal uma classificação constitucional (JESCHECK; WEIGEND, 1996, p. 132-133). (como direito e dever fundamental, dizemos nós). Porém, como a redação do §2 do StGB era diferente da redação do do art. 116 da Constituição de Weimar, os nazis aproveitaram-se inclusive para aplicar penas de morte retroativas aquando do incêndio do *Reichstag* em 27 de Fevereiro de 1933.¹¹ O nacional-socialismo suprimiu o lema liberal “*nullum crimen sine lege*” para dar lugar a um outro lema: “*nenhum crime sem pena*”.¹² As Forças Aliadas vencedoras da II Guerra Mundial – neste caso norte-americanas, britânicas e

Reconhecimento *Panzer*”, mas também já em 1984 a Grã-Cruz da Ordem do Mérito da República Federal da Alemanha. Assim como ainda antes, também durante a guerra, recebeu a Cruz Germânica em Ouro. Recorde-se que os nazis foram responsáveis diretos pela morte de dezenas de milhões de seres humanos inocentes. Numa das entrevistas que tive com Hans-Heinrich Jescheck – pessoa ultra simpática, e tecnicamente da máxima competência jurídico-científica, do alto dos seus mais de 90 anos - nunca mais poderei esquecer que a certa altura, puxando para aí a conversa em Agosto de 2005 em Freiburg im Breisgau, me referiu e passo a citar: “*a raça italiana é uma raça superior à raça alemã*”...

¹¹ Há várias teses quanto à verdadeira autoria do incêndio do Reichstag. O jovem comunista antifascista holandês de 24 anos Marinus van der Lubbe foi julgado pelos nazis como culpado e condenado à morte por decapitação a 3 dias do seu aniversário. Hoje, face ao testemunho do ex-nazi Hans-Martin Lennings sabe-se que provavelmente o incêndio foi provocado pelos próprios nazis para depois terem mais um pretexto de instalar a ditadura. Lennings referiu ainda que quase todos os soldados nazis envolvidos no incêndio, ao contrário de si próprio, foram assassinados pelos próprios nazis para que não existissem quaisquer testemunhos vivos. Também o “*alto quadro*” nazi Hermann Göring admitiu na festa de aniversário de Hitler em 20 de Abril de 1942 que tinha sido ele o autor do incêndio. Cerca de 4.000 comunistas na maioria alemães foram então presos pelos nazis. Em 28 de Fevereiro de 1933, depois de Hitler convencer o Presidente Paul von Hindenburg, seria assinado o *Reichstagsbrandverordnung*, uma espécie de legislação urgente de “*estado-de-sítio*” que permitia prender sem acusação ou julgamento todos os opositores ao partido nacional socialista nazi, incluindo o encerramento de todas as publicações contrárias ao nazismo. Os historiadores William L. Shirer (1960, p. 192) e Alan Bullock (1999, p. 262) não têm qualquer dúvida na responsabilidade pelo incêndio do Reichstag. Mais tarde a República Federal da Alemanha absolveu de modo parcial (1967) e totalmente a título póstumo (2008) o jovem e bravo resistente ao nazismo Marinus van der Lubbe.

¹² Lei de 28 de Junho de 1935. A reacção internacional contra a abolição legislativa alemã nazi do princípio da legalidade criminal foi profunda. Seguindo o exemplo da então “*Cidade Prussiana Livre de Danzig*” (hoje *Gdansk* na Polónia), o Tribunal Permanente Internacional declarou o princípio da legalidade criminal como uma parte irrenunciável do Estado de Direito – Resoluções do Tribunal Permanente Internacional, Tomo 12, 1937, p. 55.

francesas, mas também de outras nacionalidades consideradas amigas destas, mas em menor número -, logo que puderam, restauraram o princípio da legalidade criminal (JESCHECK; WEIGEND, 1996, p. 132-133). O que todavia não impediu que no próprio Acordo de Londres de 8 de Agosto de 1945 e na KRG-*Kontrollratsgesetz* número 10 de 20 de Dezembro de 1945, estivessem previstas normas penais retroativas.¹³ E, Graças a Deus e/ou à “*Ciência da Guerra*”, dizemos nós, que os derrotados ao fim da guerra foram os nazistas. A par disso, não terão sido também praticados crimes contra a Humanidade por parte dos Aliados contra os alemães e os povos inocentes dos demais países do eixo? Certamente que foram, embora em menor quantidade e, até onde se sabe, sem genocídios étnicos, a exemplo da escabrosa e planejada por alguns doentes políticos “*questão judaica*”. Registrando ainda assim, do outro lado, as bombas atômicas como último recurso para “*acabar com a guerra*”. Ideologia racista nazi que visava o extermínio, não de um só povo como o judeu, mas de vários povos pelo mundo. Tudo isto para reconhecermos que o Direito Penal Internacional, através de Tribunais Penais Internacionais instalados *Ad hoc*, está sempre a produzir exceções ao princípio constitucional da legalidade criminal. As regras são de modo habitual feitas pelos vencedores. E isto, independentemente de no caso concreto, entre Aliados e nazis, existirem diferenças profundas e concretas, desde logo numa política assumida de racismo, extermínio e genocídio. A qual, aliás, não tem um fundamento genético científico sério na sua base.¹⁴ Não nos esqueçamos, ainda, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos poder ser internacionalmente invocada desde 10 de Dezembro de 1948. Mas já antes podia ser invocada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, fruto da Revolução Francesa de 14 de Julho, cujo art. 8º assim dispõe: “*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*”. Por seu turno, o Constitucionalismo Moderno também tem origem na Magna Carta de João Sem Terra, de 1215, cujo art. 39 estabelece: “*Nenhum ser humano livre será preso, aprisionado ou privado de propriedade, ou tornado delituoso, ou exilado, ou de modo algum destruído, nem*

¹³ KRG, Lei do Conselho Aliado de Controlo nr. 10, de 20 de Dezembro de 1945, para o castigo e sanção de pessoas culpadas de crimes de guerra, contra a paz e contra a Humanidade – *Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland* nr. 3 de 31 de Janeiro de 1946, p. 50.

¹⁴ Cfr. o nosso texto Bandeira, Gonçalo S. de Mello, *Marega X Gobineau, Chamberlain, Fischer e Günther*,

agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, salvo por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra." Agora até mesmo o Rei estava sujeito à lei. Ao julgar as pessoas, por exemplo, teria que seguir um processo legal previamente estabelecido e não a sua vontade, até então absoluta. Mas pode-se ir até mais longe: Bíblia; Homero; clássicos Gregos como Eurípedes ou Ésquilo, Árabes, Persas, Antigo Egipto, Suméria, Vale do Indo, etc.

*“Fala-me, Musa, do homem versátil que tanto vagueou,
Depois que de Troia destruiu a cidadela sagrada.”*
(HOMERO, 2021, p. 43)

4. TERCEIRAS NOTAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE CRIMINAL EM PORTUGAL E NA UE

Estamos de novo em encontro ao princípio da legalidade criminal. Além de Portugal ser um país voluntário no Tribunal Penal Internacional, também é importante referir que este último obedece ao princípio da complementaridade, i.e., o Tribunal só tem jurisdição sobre os crimes que o Estado não possa ou não queira julgar. Pelo que se trata de uma competência residual. Já no contexto da UE, não podemos esquecer que as Diretivas e Decisões-Quadro têm que ser transpostas para o Ordenamento Jurídico Interno, assim como em rigor os Regulamentos dentro deste universo penal. Veja-se o “conflito” entre, por um lado, o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados), e, por outro lado, a legislação ordinária que mesmo assim a Assembleia da República e o Governo Português insistiram fazer com vincadas diferenças: Lei 58/2019, de 8 de Agosto, Lei da Proteção de Dados Pessoais, e Lei 59/2019, de 8 de Agosto, Dados Pessoais para Prevenção, Detecção, Investigação ou Repressão de Infrações Penais. A CNPD-Comissão Nacional de Proteção de Dados deliberou inclusive o seguinte: “CNPD delibera desaplicar algumas normas por violação do direito da União”, i.e., Deliberação 2019/494, aprovada a 3 de setembro de 2019. Pelo que, temos que concluir que também os Regulamentos podem criar problemas quanto à sua transposição para os ordenamentos jurídicos internos, bem como quanto à contradição entre o texto original e a

sua interpretação e aplicação. Não é também de olvidar que a UE tem competência originária positiva ao poder obrigar os Estados-Membros a adotar normas que prevejam sanções penais, assim que sejam indispensáveis para tutelar os interesses principais da UE. Numa outra perspectiva, a competência originária negativa obriga os Estados-Membros a não qualificarem como ilícito penal as condutas permitidas pelo Direito da UE. O princípio da assimilação obriga inclusive que a legislação penal nacional deva proteger os interesses da UE na mesma medida que protege os interesses nacionais. Sobretudo se o Tratado da UE e o Tratado de Funcionamento da UE forem levados a sério na sua versão do Tratado de Lisboa. É por meio da lei que se qualificam condutas ou omissões como crimes e se determinam sanções para esses crimes. Neste contexto, o princípio da legalidade criminal é uma orientação tanto para o aplicador da lei, como para o próprio legislador. O direito penal surge como direito penal do facto. O direito penal é direito penal do autor e direito penal do facto, mas sobretudo é um dever do direito penal do facto. Afinal, a personalidade expressa-se no facto. O chamado Direito Penal do Inimigo, no qual vale até torturar, é de rejeitar como é por demais lógico. Como no mito grego, Pandora só guardou a Esperança. Não esquecendo que a “Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados” sofre exceções. Ou seja, não é pelo facto de existir uma violação do art. 32º/8 ou do art. 34º da Constituição Portuguesa, nomeadamente no que diz respeito à questão da interceção das comunicações, artigos 187º e ss. do CPP-Código de Processo Penal português – “árvore dos frutos envenenados” -, que todas as provas daí derivadas, ou derivadas por meios legais paralelos de óbvio alcance, não possam ser válidas e úteis a partir de diferentes pontos de vista jurídico-científicos.

5. QUARTAS NOTAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE CRIMINAL EM PORTUGAL E NA UE

Continuemos a analisar o Princípio Constitucional Fundamental da Legalidade Criminal. Somente podem ser batizados como crimes as ações ou omissões que coloquem em perigo (certas tipicidades abstratas por exemplo) e/ou danifiquem bens jurídicos – individuais ou coletivos - protegidos pela Constituição: art. 40º do Código Penal Português. A Constituição da República Portuguesa é um jardim de bens jurídicos, sejam os mesmos individuais ou coletivos. Mas nem todos necessitam de ser tutelados pelo direito penal.

Noutros casos seria necessário, mas não é adequado. E ainda poderia ser adequado e necessário, mas não proporcional. Ou poderia ser proporcional, mas não adequado ou necessário. Assim como poderia ser adequado e não ser necessário ou proporcional. Enfim, qualquer que seja a hipótese, ela tem que ser cumulativa: a criminalização tem que ser necessária, adequada e proporcional, mas também respeitar a intervenção mínima do Estado, a qual é gradativa e oscilante. Como Figueiredo Dias, Costa Andrade, Taipa de Carvalho ou Faria Costa (que rejeita a autonomia do direito penal económico e social ou também designado como direito penal secundário) ou ainda Pinto de Albuquerque que vamos seguir também, os bens jurídicos coletivos, da Constituição social e económica, são tutelados pelo direito penal económico e social; e os bens jurídicos individuais são protegidos pelo designado direito penal primário ou de justiça ou clássico e correspondem à parte da Constituição que trata dos Direitos (e Deveres), Liberdades e Garantias. Pelo que, o sistema penal serve uma política criminal de proteção de bens jurídicos. Assim, temos duas espécies essenciais de bens jurídicos no presente momento. Sem prejuízo das investigações futuras poderem concluir que afinal existe um *tertium genus*. Ou até mais. Esta política, não prejudicando a separação e interdependência dos três poderes originais, é delimitada pelos órgãos de soberania com competência legislativa. E neste universo é importante separar a fé da razão, de modo a purificar a ciência, mas sem esquecer, e por isso mesmo também, a impossibilidade de separar o direito da ética ou, se quisermos, da moral neutra do interesse público. Um interesse público que é em simultâneo liberal, mas também social. Deste modo, está fora de causa, numa perspectiva penal, proteger p.e. a “moralidade sexual”, as “proposições meramente ideológicas”, ou os “valores de mera ordenação social”. Está em causa a liberdade individual e a liberdade coletiva com responsabilidade e segurança e não um direito e processo penal ideológico. Como já referimos antes, em caso algum nós podemos esquecer que o direito penal e o direito processual penal estão sujeitos à proporcionalidade, adequação e necessidade, e ainda intervenção mínima e gradual, do Estado de Direito democrático, social, livre e verdadeiro, art. 18º da Constituição. Assim, a aplicação do direito penal é subsidiária e fragmentária. Neste prisma, já existiram incriminações que foram consideradas inconstitucionais, assim como outras foram consideradas como não estando contra a Constituição. Podemos, pois, adiantar que podem

existir bens com dignidade penal, os quais, ainda assim, não necessitam de ser protegidos por um escudo criminal. Já sabemos que o art. 18º da Constituição da República Portuguesa – o qual constitui a grande diferença com a Constituição da II República ou Estado Novo ditatorial de 1933 - reclama necessidade, adequação e proporcionalidade, além da intervenção gradativa do Estado. O único caso no qual a Constituição obriga à criminalização, é, por ironia, o do art. 117º/3 - Estatuto dos Titulares de Cargos Políticos. Além do mais, o sistema penal português não tutela as posições jurídicas de pessoas que se encontrem em violação da própria lei penal. Por este caminho, o sistema penal ligado à proteção de bens jurídicos, afasta o direito penal do risco *tout court*. A razão é que este último se fundamenta no uso de categorias transpessoais de imputação de responsabilidade e numa política de antecipação de intervenção do Estado criminal e criminógeno, dizemos nós. Isto não afasta, porém, como aliás já referimos antes, a tutela dos bens jurídicos coletivos e/ou económicos e sociais: Direito penal económico e social. Já os crimes cumulativos ou aditivos também são suscetíveis de não ferirem a Constituição. São estes crimes onde a importância típica reside na própria potencialidade do comportamento do agente vir a ser adicionado a comportamentos autónomos de outros agentes, provocando a danificação da cumulação ou adição destes comportamentos autónomos. O que se bem aplica, por exemplo, aos crimes ambientais. Como já referi antes, “O legislador está legitimado – no seio do Estado de Direito Social, democrático, livre e verdadeiro – para, tendo em vista a necessidade cada vez mais imperiosa de contenção de riscos catastróficos mundiais e/ou globais, conceber, se isso for imprescindível, incriminações ‘adicionáveis’ e/ou acumulativas, que sejam protectoras de bens jurídicos colectivos (...) reais, ainda que, mais ou menos, poliédricos e/ou complexos, em este ou aquele caso concreto”.

6. QUINTAS NOTAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE CRIMINAL EM PORTUGAL E NA UE

Continuemos aqui a importância do Princípio Constitucional da Legalidade Criminal. Trata-se, lembremos, do art. 1º do Código Penal português. Está em causa o Estado de Direito (e de Dever) democrático, social, livre e verdadeiro. É a própria democracia que está em causa. O princípio da legalidade criminal ou penal também se aplica às contraordenações

como princípio da legalidade contraordenacional. Não nos identificamos de modo nenhum com a corrente contrária. Não só por causa do art. 32º/10 da Constituição da República Portuguesa – e art. 29º/1 -; não só por causa do art. 32º do Regime Geral das Contraordenações; mas também por causa do art. 41º do RGCO. Não nos revemos na afirmação, porque também insuportável do ponto de vista axiológico-constitucional, mas igualmente normativo, que as sanções contraordenacionais são alheias a objetivos de prevenção geral, ou prevenção especial, positivas. Repare-se designadamente no montante das coimas no direito da concorrência ou no direito da proteção geral de dados. Têm a potencialidade de alcançar milhares de milhões de € no terreno p.e. da UE . Ora, isso é muito acima do valor das multas penais. Não por acaso se usa a expressão “*burla de etiquetas*” ou “*fraude de etiquetas*”, quando o legislador pretende fazer passar por “*ilícito de mera ordenação social*”, aquilo que, na realidade, é direito penal, ou direito criminal, puros. Já se percebeu aliás que é uma “*nova forma de cobrança de impostos*”.¹⁵ Nesta linha de raciocínio, não podemos esquecer o D.L. nº 244/95, de 14/9, o qual foi apelidado de “*contra-reforma*”. Esta reforma como se sabe foi alvo de profundas críticas pelo nosso orientador académico, Jorge de Figueiredo Dias.¹⁶ Não obstante, estamos convictos que não existiu uma “*contrarrevolução contraordenacional*”, pois estava também apenas a ser cumprido o art. 32º/10 da Constituição. Como é evidente, também a sanção disciplinar sofre de finalidades de prevenção geral e prevenção especial positivas. Até porque, o princípio da culpa e da perigosidade refere-se, quer ao direito e processo penal, quer ao direito contraordenacional, quer ao direito disciplinar. Acompanhando Pinto de Albuquerque (2021, p. 45 e ss.), parece violar o princípio constitucional da culpa a identificação de todos os acompanhantes dos autores materiais, como instigadores e/ou autores morais. Tal como seria inadmissível passar

¹⁵ Cfr. art. 89º/A do RGCO: “*Prestação de trabalho a favor da comunidade*”: “1 - A lei pode prever que, a requerimento do condenado, possa o tribunal competente para a execução ordenar que a coima aplicada seja total ou parcialmente substituída por dias de trabalho em estabelecimentos, oficinas ou obras do Estado ou de outras pessoas colectivas de direito público, ou de instituições particulares de solidariedade social, quando concluir que esta forma de cumprimento se adequa à gravidade da contra-ordenação e às circunstâncias do caso. / 2 - A correspondência entre o montante da coima aplicada e a duração da prestação de trabalho, bem como as formas da sua execução, são reguladas por legislação especial.”. Norma que foi introduzida pela reforma do D.L. nº 244/95, de 14/9.

¹⁶ E também Padrinho na Imposição de Insígnias pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 27/5/2018, Constituinte em 1976 e considerado um dos pais do direito e processo penal portugueses juntamente com Eduardo Correia, seu Mestre. DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Penal § Parte Geral..., 2019, *passim*.

para os herdeiros a responsabilidade criminal de um crime de fraude fiscal cometido por outrem. Discussão diferente é a questão da criminalização do enriquecimento ilícito ou injustificado. Já não concordamos com Pinto de Albuquerque, ou com o próprio Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, quando defendem a possibilidade de termos que aceitar presunções de culpa, de dolo e/ou negligência (!). Tal como não seriam concebíveis presunções de imputabilidade ou (in)exigibilidade (!). Sendo certo que os crimes de perigo abstrato não violam o princípio da culpa e/ou o princípio da legalidade criminal. Já Eduardo Correia na Comissão Revisora do CP, 1963/1964, afirmava aliás: *“ao direito penal cabe, não organizar a violência, mas sim organizar a não-violência. E esta só pode ser organizada na base de uma ideia optimista do delinquent e do homem. E note-se que a ideia optimista da responsabilidade é também ideia optimista na readaptação”*. Resta saber se perante aquilo que estamos a assistir em relação à expansão da criminalização e dos próprios crimes v.g. violentos, este otimismo vai prevalecer. Bem sabendo todos que em caso algum deve ficar prejudicado o princípio da prevenção da criminalidade e/ou também da reparação de danos. Deste modo, sempre que possível, deve haver reparação (DIAS, 2019, p 23).

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como refere Jorge de Figueiredo Dias (2019, p. 23), “... em um Estado de Direito, o princípio da legalidade (o princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*:infra, 8.º Cap.) constitui a fronteira inultrapassável da punibilidade – e, com isto., também a fronteira de todo o fenómeno criminal”. Também Claus Roxin (1994, p. 97) chama a atenção da validade do princípio da legalidade criminal, como fundamento básico do Estado de Direito democrático, em todo o dito mundo civilizado. Não por acaso a União soviética de ditadura comunista – como também os nazis acima referidos – aboliu (aboliram) esse mesmo princípio em 1917 aquando da sua revolução que, como se sabe, foi bastante violenta e sanguinária. Já na linha supramencionada de Hans-Heinrich Jescheck, também Claus Roxin nos lembra que o princípio fundamental da legalidade criminal foi alvo de exceções aquando dos julgamentos de criminosos nazis. E isto porque se aplicou reactivamente a lei penal. Refere aliás em relação ao castigo dos criminosos nazis o art. 7º II da Convenção de 4 de novembro de 1950 para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais:

“de acordo com os princípios gerais do Direito reconhecidos pelos povos civilizados” – “nach den allgemeinen von den zivilisierten Völkern anerkannten Rechtsgrundsätzen”. Ou seja, no caso de estarem em causa crimes contra a Humanidade como é v.g. o genocídio étnico, tudo indica que é possível quebrar o princípio fundamental da legalidade criminal e aplicar incriminações de modo retroativo, como aliás já aconteceu na História recente. Recorde-se que, em lugares paralelos, nem todos os países do mundo aderiram ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional p.e.... E outros tantos não lhe reconhecem qualquer legitimidade. Em muitos aspetos ainda vigora a lei do mais forte e do vencedor geográfico no espaço e no tempo, pelo que, a nível internacional, toda a legítima defesa, inclusive preventiva, é justificada para se defender o Estado de Direito democrático e social, livre e verdadeiro. Não há alternativas. Apenas alianças possíveis, mas que encarem o ser humano sempre como um fim e nunca como um meio, Kant. O ser humano cuja vontade é fundadora de leis universais teóricas e práticas. Temos dito. *Carpe diem*.

8. REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do Código Penal § à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**, 2ª edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010, 4.ª Ed. Reimpressão, 2021.

ANTUNES, Maria João. **Medida de Segurança de Internamento e Facto Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica**. Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

BANDEIRA, Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo, **O Direito Penal entre ‘Creutzfeldt-Jakob e Günther Jakobs’! ou o Direito Penal (Económico) como Tutela de Bens Jurídicos – e a Responsabilidade dos Entes Colectivos – no Seio do Direito Penal (da Sociedade) do Risco e do ‘Direito’ Penal do Inimigo’**, Estudos Jurídicos Criminais, Editora Juruá, Curitiba, 2008.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. **Marega x Gobineau, Chamberlain, Fischer e Günther**, Diário do Minho, Braga, 20 de Fevereiro de 2020.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. **Prevenção do terrorismo vs neoliberalismo**, Diário do Minho, Braga, 30 de Janeiro de 2015.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. AZEVEDO, Patrícia dos Anjos. **Branqueamento de Capitais, Fraude Fiscal e Corrupção Internacional**, Revista Brasileira de Estudos

Jurídicos, vol. 11 (2), 2016.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. FACHIN, Zulmar Antonio. **Responsabilidade Criminal por Dinheiros Públicos, Branqueamento de Capitais/Lavagem de Dinheiro e Direitos Sociais**, Revista Internacional CONSINTER, Ano I - Volume I § Direito e Justiça § Aspectos Atuais e Problemáticos, Editora Juruá, Curitiba, I Simpósio Congresso Internacional do CONSINTER, Editora Juruá, Curitiba-Barcelona, Lisboa, 2015.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. **Abuso de informação, manipulação do mercado e responsabilidade penal das “pessoas colectivas”: “tipos cumulativos” e bens jurídicos colectivos na “globalização”**, 4. ed. Editora Juruá, Lisboa, 2015.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. **Abuso de Mercado e Responsabilidade Penal das Pessoas (Não) Colectivas – Contributo para a Compreensão dos Bens Jurídicos Colectivos e dos “Tipos Cumulativos” na Mundialização**, Editora Juruá, Curitiba, 2011.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. **Criminalidade Económica e Lavagem de Dinheiro, Prevenção pela Aprendizagem**, Revista Internacional CONSINTER de Direito, Ano II, Nº 2, Efetividade do Direito, 1º Semestre, Editora Juruá, Curitiba-Lisboa, 2016.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. **Garantias de Processo Criminal no Ordenamento Jurídico Português, Ciência Penal em Perspectiva Comparada, Ensaios & Reflexões**, João Gualberto Garcez Ramos / Carla Liliane Waldow Esquível (Organizadores), Prefácio Prof. Doutor Gilberto Giacoia, NEC-UFPR, 1ª Ed. Birigui, São Paulo, 2016.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. **O Crime de “Branqueamento” e a Criminalidade Organizada no Ordenamento Jurídico Português**, Ciências Jurídicas, Apresentação: Professor Catedrático Doutor A. Castanheira Neves, Organização: Gonçalo Sopas de Melo Bandeira, Rogério Magnus Varela Gonçalves, Frederico Viana Rodrigues, Editora Almedina, Coimbra, 2005.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. **O Crime de “Branqueamento” e a Criminalidade Organizada no Ordenamento Jurídico Português no contexto da UE : novos desenvolvimentos e novas conclusões**, In: AA.VV., Coordenação de SILVA, Luciano Nascimento; BANDEIRA, Gonçalo N.C. Sopas de Melo, Lavagem de Dinheiro e Injusto Penal - Análise Dogmática e Doutrina Comparada Luso-Brasileira, Editora Juruá, Curitiba, 2009.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. **Primeiras Notas à Legislação da Lavagem de Capitais em Portugal-UE: O Dever de Formação**. Revista Internacional CONSINTER de Direito, Ano V, Nº IX, Estudos Contemporâneos, 2º Semestre, Editora Juruá, Curitiba-Lisboa, 2019.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. **Responsabilidade Penal e Contraordenacional das Organizações Colectivas**, Boletim da Faculdade de Direito, Stvdia Ivridica, 108, Ad

Honorem - 8, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade, Presidente do Tribunal Constitucional, Volume I, Direito Penal, Organizadores: José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues, Maria João Antunes, Helena Moniz, Nuno Brandão, Sónia Fidalgo, Sersilito-Empresa Gráfica Lda, Edição Apoiada pela Fundação Eng. António de Almeida, Universidade de Coimbra, Instituto Iuridico, Coimbra, 2017.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. **Responsabilidade penal económica e fiscal dos entes colectivos: à volta das sociedades comerciais ou sociedades civis sob a forma comercial.** Editora Almedina, Coimbra, 2004.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. **Segundas Notas à Legislação da Lavagem de Capitais em Portugal-UE: Regime Sancionatório numa Primeira Abordagem.** Revista Internacional CONSINTER de Direito, Ano VI, N° XI, Estudos Contemporâneos, 2º Semestre, Editora Juruá, Curitiba-Lisboa, 2020.

BULLOCK, Alan. **Hitler: A Study in Tyranny.** New York. Konecky & Konecky, 1999, ISBN 978-1-56852-036-0.

CANOTILHO, J. J. Gomes. MOREIRA, Vital. **CRP § Constituição da República Portuguesa § Anotada § Artigos 1 a 107,** 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra, 2007. v. I.

CANOTILHO, J. J. Gomes. In: **CRP § Constituição da República Portuguesa § Anotada § Artigos 108 a 296,** 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra, 2010. v. II.

DIAS, Augusto Silva. **Entre “Comes e Bebes”:** Debate de algumas questões polémicas no âmbito da protecção jurídico-penal do consumidor (a propósito do Acórdão da Relação de Coimbra de 10.07.1996), *RPCC*, 8 (1998). Coimbra, Portugal, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal § Parte Geral § Tomo I § Questões Fundamentais § A Doutrina Geral do Crime.** 3. ed., Gestlegal, Coimbra, 2019.

JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. In **Lehrbuch des Strafrechts § Allgemeiner Teil § Funfte Auflage, Duncker & Humblot.** Berlin, Alemanha, 1996.

ROXIN, Claus. **Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I:** Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. Beck, München, 1994, 2005/2006.

SHIRER, William L. **The Rise and Fall of the Third Reich,** New York: Simon & Schuster, 1960, ISBN 978-0-671-62420-0.

Data da submissão: 20/09/2021

Data da aprovação: 09/09/2022

INCONSTITUCIONALIDADES PARADIGMÁTICAS E O PRAGMATISMO

PARADIGMATIC UNCONSTITUTIONALITIES AND THE PRAGMATISM

Luis Henrique Braga Madalena¹

Rene Erick Sampar²

Vinícius Quarelli³

RESUMO: O artigo desdobra-se no sentido de realizar um estudo do pragmatismo filosófico e jurídico. A partir do desvelar da história dessas escolas de pensamento, bem como mediante um exame da constitucionalidade da sua realizabilidade no plano normativo, busca-se investigar a compatibilidade do pragmatismo para com o Constitucionalismo Contemporâneo. Já no que toca ao problema de pesquisa, foca-se na (in)compatibilidade do referido paradigma em relação à Constituição e ao Estado Democrático de Direito — sobretudo levando-se em conta a legitimidade decisional e a conformidade constitucional. A hipótese de pesquisa: existiriam inconformidades entre o pragmatismo jurídico e o Constitucionalismo Contemporâneo. Justificando-se pela necessidade de afastar incompreensões fomentadoras de um senso comum teórico, a pesquisa busca (re)avaliar esse viés filosófico. O “método” utilizado é da fenomenologia hermenêutica, lastreado na pesquisa bibliográfica e na Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) de Lenio Luiz Streck. Em linhas gerais, procura-se (1) explicar o que são paradigmas filosóficos, (2) apresentar um panorama das raízes do pragmatismo filosófico, (3) esclarecer o que é o pragmatismo jurídico, (4) examinar a (in)compatibilidade teórica do pragmatismo jurídico e (5) analisar um caso concreto para substancializar o debate (a partir da Suspensão em Liminar nº 1.395).

¹ Advogado. Coordenador Geral e Vice-Diretor Financeiro da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst. Doutor em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Especialista em Direito Constitucional e Teoria Geral do Direito pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Coordenador da Especialização em Teoria do Direito, Dogmática Crítica e Hermenêutica da ABDConst. E-mail: luishenrique7@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0874477652560454>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2600-0389>.

² Doutor em Direito (UFSC), com estudos doutorais realizados na LUMSA-ROMA. Mestre em Filosofia Contemporânea (UEL). Especialista em Filosofia Política e Jurídica (UEL). Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo (IDCC). Graduado em Direito (UEL). Foi Coordenador da Escola Judiciária Eleitoral - EJE do Tribunal Superior Eleitoral - TSE. Coordenador das Pós-EAD e Coordenador-Adjunto da Pós-Graduação EAD em Direito Constitucional (Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst). Coordenador Pedagógico do Curso LIODS PNUD [ONU] - CNJ - CJF - APAJUFE (Acordo 00034161/ Projeto BRA 19/012). Líder do Grupo de Estudos PUBLIUS. E-mail: renesampar@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4586313251943570>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2734-5415>.

³ Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst.) e também pós-graduando em Teoria do Direito, Dogmática Crítica e Hermenêutica pela mesma instituição. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Membro do Dasein - Núcleo de Estudos Hermenêuticos. E-mail: viniciusquarelli@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6382207722526945>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7920-2331>.

Visando cumprir o desiderato, analisa-se o pensamento dos filósofos Charles Sanders Peirce, William James, John Dewey e Richard Rorty, bem como dos juristas Bruno Torrano e Richard Posner. Conclui-se que o pragmatismo jurídico de fato não é uma continuidade necessária do pragmatismo filosófico e que a perspectiva jurídica dessa tradição encontra óbices eminentemente constitucionais.

Palavras-chave: Constitucionalismo; Crítica hermenêutica do direito; Paradigmas filosóficos; Pragmatismo; Teoria da decisão;

ABSTRACT: The present work aims to elaborate a paradigmatic study of philosophical and legal pragmatism. From the unveiling of the history of these schools of thought, as well as through an examination of the constitutionality of its feasibility at the normative level, it seeks to investigate the compatibility of pragmatism with Contemporary Constitutionalism. With regard to the research problem, it focuses on the (in)compatibility of that paradigm in relation to the Constitution and the Democratic Rule of Law — especially considering decisional legitimacy and constitutional conformity. The hypothesis: there would be nonconformities between legal pragmatism and Contemporary Constitutionalism. Justified by the need to remove misunderstandings that foster a theoretical common sense, the research seeks to (re)evaluate this philosophical perspective. The “method” used is the hermeneutic phenomenology, based on bibliographical research and on the Hermeneutic Critique of Law (CHD) formulated. In general terms, it seeks to (1) explain what philosophical paradigms are, (2) present an overview of the roots of philosophical pragmatism, (3) clarify what legal pragmatism is, (4) examine the theoretical (in)compatibility of legal pragmatism and (5) analyze a concrete case to substantiate the debate. In order to fulfill the purpose, it analyzes the thinking of philosophers Charles Sanders Peirce, William James, John Dewey and Richard Rorty, as well as the jurists Bruno Torrano and Richard Posner. It is concluded that legal pragmatism in fact is not a necessary continuation of philosophical pragmatism and that the legal perspective of this tradition encounters eminently constitutional obstacles.

Key-words: Constitutionalism; Decision theory; Hermeneutic critique of law; Philosophical paradigms; Pragmatism;

Sumário: 1. Introdução; 2. Pragmatismo - o que é isto?; 3. (In)constitucionalidade paradigmática; 4. Estudo de caso da suspensão de liminar nº 1395; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

No intuito de realizar um estudo do pragmatismo (filosófico e jurídico), o presente artigo desenvolve-se no sentido de investigar o fenômeno pragmático, bem como de realizar um exame da (in)constitucionalidade teórica e prática dessa escola de pensamento. Da antecipação do que se segue, esclarece-se que cada etapa é explanada em capítulo próprio.

Introduzindo o **objetivo** geral, tem-se o desvelar da história do pragmatismo filosófico (sobretudo aquele de Charles Sanders Peirce, William James, John Dewey e Richard Rorty) e jurídico (examinado pelo jurista brasileiro Bruno Torrano e defendido pelo norte americano Richard Posner). Já no que toca ao **problema de pesquisa**, foca-se na (in)compatibilidade do referido paradigma em relação à Constituição e ao Estado Democrático de Direito. A **hipótese**: existiriam inconformidades entre o pragmatismo jurídico e o Constitucionalismo Contemporâneo.

Visando cumprir o desiderato delineado, o trabalho utiliza do “**método**” da fenomenologia hermenêutica (tendo como paradigma a obra de Lenio Luiz Streck) (CUNHA, 2015, p. 24). Nas palavras do autor, “como revisão crítica dos temas centrais transmitidos pela tradição filosófica através da linguagem, como destruição e revolvimento do chão linguístico” (STRECK, 2014, p. 20).

Em continuidade ao abordado no parágrafo anterior, deve-se apontar que o referencial teórico da pesquisa é a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD). A partir da matriz teórica de Lenio Streck (STRECK, 2013, p. 92), emprega-se um revolvimento do chão linguístico em que está assentado o pragmatismo para que efetivamente desmitifique-se esse termo já tão desnaturado (STRECK, 2020, p. 103).

Conferindo fechamento a metodologia, arremata-se informando que o jurista Bruno Torrano foi contatado para que algumas considerações do artigo pudessem ser falseadas (MARCONDES, 2004, p. 253). Tendo sido o diálogo frutífero, algumas reflexões do jurista foram incluídas no capítulo destinado ao estudo de caso da Suspensão de Liminar (SL) número (nº) 1395. Acrescenta-se, com Streck, que “o investigador indica como resultado aquilo que quer provar” (STRECK, 2019, p. 71) e é justamente isto que procurou-se impedir.

Já no que concerne ao exame do caso supramencionado, esclarece-se que o julgado foi escolhido em razão de ter sido motivo de debate e estudo na Pós-graduação em Direito Constitucional da Academia Brasileira de Direito Constitucional que antecedeu a escrita deste artigo. Isto dito, visa-se formalizar e divulgar algumas reflexões sobre o caso.

Em termos de **justificativa**, um estudo do pragmatismo e de sua possível incompatibilidade em face da Constituição revela-se importante por dois aspectos: (1) do perigo do obscurantismo causado por um senso comum teórico (STRECK, 2020, p. 10) e (2)

na necessidade de (re)avaliarmos os vieses filosóficos vigentes (ainda que não explícitos).

Prima facie, aposta-se em uma “obviedade”: o senso comum cria obstáculos para a compressão (STRECK, 2017, p. 13-21). Visando transpor incompreensões, o presente artigo desenvolve-se no sentido desnaturalizar entendimentos acrílicos acerca do pragmatismo (STRECK, 2019, p. 115).

Sendo o senso comum algo que oculta as condições de possibilidade da compreensão (STRECK, 2014, p. 14), não se torna possível saber que não se sabe. Dito isto, vale antecipar que o pragmatismo filosófico e o pragmatismo jurídico são tradições de pensamento que comportam muita diversidade. Não fosse isso suficiente, pré-juízos inautênticos de matizes diversas tendem a reduzi-lo a uma ofensa. Isto posto, uma das justificativas deste trabalho é precisamente desmistificar essa linguagem.

Já no que toca ao segundo ponto, assevera-se que (re)avaliação dos paradigmas filosóficos importa pois eles necessariamente conformam o nosso modo de compreender o mundo (STRECK, 2014, p. 257). Em não sendo possível escapar deles (dado que o ser está condenado a interpretar), torna-se imperioso realmente compreendê-los — sob a pena de um eterno retorno ao senso comum.

Superadas todas as delimitações necessárias, o trabalho assenta-se como uma proposta de exame (a partir da CHD e do constitucionalismo contemporâneo) e de diálogo (com Bruno Torrano).

2. PRAGMATISMO - O QUE É ISTO?

Reprisando a ideia de que os paradigmas filosóficos são elementos organizadores e estruturantes do pensamento, inicia-se o presente capítulo aprofundando essa questão. Partindo de Streck (STRECK, 2014, p. 142.) e Stein (STEIN, 2004, p. 127), paradigmas filosóficos são fatores ordenadores que condicionam o enquadramento do conhecimento em uma determinada época. Em linhas gerais, podem ser compreendidos enquanto um vetor da racionalidade que exerce uma função estruturante do processo de conhecimento. Visando demonstrar o tema, dois paradigmas seguem brevemente abordados.

Metafísica clássica (STRECK, 2020, p. 223-228): trata-se de um paradigma que privilegia a coisa enquanto lugar da verdade (objeto do conhecimento). Neste, a verdade

tende a ser concebida enquanto uma propriedade das proposições verdadeiras ou falsas e o objeto é que se impõe em relação ao sujeito. Exemplificando, esse paradigma usualmente vincula-se às teses correspondências e adequacionistas da Teoria do Conhecimento.

Metafísica moderna (STRECK, 2020, p. 229-234): diferentemente da primeira, trata-se de um paradigma que coloca a subjetividade enquanto critério epistemológico dos sentidos. Proposta da modernidade iluminista, propõe o assujeitamento das coisas e a concepção da verdade como um produto do uso adequado do pensamento. Mais uma vez exemplificando, vincula-se ao cogito cartesiano (DESCARTES, 2005, s.p.) inaugurador da filosofia da consciência, ao eu penso kantiano (KANT, 2015, s.p.) e pela vontade do poder nietzscheana (NIETZSCHE, 2011, s.p.).

Dando seguimento, assente-se com Streck no sentido de que o tema importa ao Direito pois as teorias jurídicas desenvolvem-se pelo espelhamento e pela projeção de postulados paradigmáticos-filosóficos (STRECK, 2014, p. 142). Dito isto, passa-se ao desenvolvimento das raízes do pragmatismo.

Apoiando-se nos trabalhos de Danilo Marcondes (MARCONDES, 2014, s.p.), Cornelis de Waal (WAAL, 2007, s.p.) e Bruno Torrano (TORRANO, 2018, p. 19-21), desde logo esclarece-se que o pragmatismo é um termo polissêmico. Pode designar (1) um temperamento de pessoas que são impelidas a lidar com um problema eminentemente prático, (2) um paradigma filosófico ou (3) um paradigma jurídico. No contexto desse trabalho e em coerência ao seu escopo, cuida-se de desenvolver as duas últimas designações.

(2) Enquanto paradigma filosófico, o pragmatismo é uma escola de pensamento que nasceu nos Estados Unidos da América (EUA) no início do século XIX (RORTY, 1982, p. 160), quando um grupo de Professores e pensadores de Cambridge passou a se encontrar para discutir filosofia. Batizado de “O Clube Metafísico”, vários membros viriam a se tornar expoentes dessa corrente de pensamento. Dentre outros: William James, Charles Sanders Peirce, Oliver Wendell Holmes Jr. e Nicholas Saint John Green.

Sobre a gênese do pragmatismo, também é interessante notar o que dizem Simon Blackburn (BLACKBURN, 1997, s.p.) e Vicente de Paulo Barretto (BARRETTO, 2006, p. 656) sobre a etimologia dessa tradição. Deitando raízes no grego, ela presta homenagem ao termo *pragma*, que significa “uma ocorrência”, “um fato concreto”, “em particular algo

prático” e algo “com consequências relevantes”.

Ainda que outros pensadores tenham sido importantes ao projeto inicial (F. C. S. Schiller, C. I. Lewis etc.), Charles Sanders Peirce (1839-1914), William James (1842-1910) e John Dewey (1859-1952) foram os principais representantes (STRECK, 2020, p. 343).

Fugindo da polêmica fundacional do pragmatismo (disputada entre James e Peirce), os três compartilhavam a ideia de que a veracidade de uma hipótese deve ser aferida de acordo com as consequências práticas da sua aplicação. Em termos epistemológicos, “verdadeiro, segundo essa concepção, significa o mesmo que útil, valioso, promotor da vida” (HESSEN, 2012, p. 40).

Em oposição às concordâncias, há de se pontuar que também haviam diferenças significativas. Peirce concebia o pragmatismo somente como um critério de significação e postulava que o significado de qualquer conceito nada mais seria do que a soma de todas as consequências práticas possíveis. Diferentemente, James via o pragmatismo como uma autêntica teoria da verdade e defendia que as ideias se mostrariam verdadeiras quando nos ajudassem a ter consequências satisfatórias com outras partes da nossa experiência. Dewey, por fim, concebia o pragmatismo enquanto instrumentalismo.

Neste sentido, o neopragmatismo de Richard Rorty é ilustrativo. Para o norte americano, “a noção de verdade é descolada da noção de representação acurada da realidade (como se linguagem ou a mente fossem o espelho da natureza) para a noção de comunicação humana exitosa” (TORRANO, 2018, p. 32). Em síntese, assemelha-se aos três hoje denominados “pragmáticos clássicos” quando condiciona o discurso a certa(s) consequência(s) desejada(s). Nas palavras do autor:

Todo questionamento — na ética como na física, na política como na lógica — é uma questão de reteceremos nossas redes de crenças e desejos de uma maneira tal a nos proporcionarmos mais felicidade e vida mais livres e ricas. Todos os nossos julgamentos são experimentais e falíveis. A incondicionalidade dos absolutos não são coisas às quais deveríamos aspirar (RORTY, 2009, p. 308)

De uma leitura que busque similitudes, logo percebe-se a convergência quanto ao papel da(s) consequência(s). O que diferencia cada pensador é a forma em que ela é equacionada. Nessa busca por semelhanças, Posner adverte que “seu âmago é meramente uma tendência em basear ações em fatos e consequências” (POSNER, 2010, p. 2).

De forma exemplificativa, “está chovendo é verdadeiro, por exemplo, se fico molhado quando saio na rua sem guarda-chuva ou capa de chuva” (POSNER, 2010, p. 5). O que se quer com essa proposição é que o evento chuva só se torna verdadeiro a partir da necessária consequência “fico molhado”.

Evitando mal-entendidos, assevera-se que não se quer equiparar pragmatismo e relativismo. Neste sentido, concorda-se com Torrano (TORRANO, 2018, p. 32) e Daniel Kalpokas (KALPOKAS, 2005, p. 51): em seu conjunto, a tradição em comento não defende que todas as descrições, hipóteses, crenças e decisões equiparam-se em valor, mas, sim, que cada qual seria uma ferramenta destinada a lidar com algum problema particular — seja ele significação, verdade, ação ou comunicação.

Trata-se de um paradigma que sustenta uma filosofia sem fundamentos ontológicos a priori. Enquanto fator ordenador e condicionante do enquadramento do conhecimento, privilegia as consequências e os efeitos de uma ação. Num resumo brutalmente breve, postula que a validade de uma ideia se situa na concretização dos resultados que ela se propõe obter (JAPIASSU; MARCONDES, 1996, s.p.).

(3) Já sob um prisma legal, o pragmatismo jurídico é uma escola da Teoria do Direito que surgiu nos Estados Unidos do século XX e que possui como principal proposta o esforço de aplicar a tradição filosófica do pragmatismo ao problema da interpretação jurídica. Ademais, Barretto esclarece que se caracteriza por dois elementos essenciais: o consequencialismo e o contextualismo.

O consequencialismo do pragmatismo manifesta-se no enraizar do direito na prática, no conhecimento tácito nela gerado, e na preocupação com resultados. Já o contextualismo se define pelo julgamento dessas práticas e de seu conhecimento a partir da experiência passada e dos resultados desejáveis que elas produzem em situações problemáticas” (BARRETTO, 2006, p. 656).

Outra vez mais de forma exemplificativa, a citação que segue procura demonstrar como o pragmatismo possui um entendimento diferenciado e consequencial. Desta vez, no que diz respeito ao fenômeno jurídico:

[...] num regime no qual a sanção por violação de contrato é meramente uma sentença adjudicatória de indenização por danos compensatórios à vítima, o efeito prático total da assinatura de um contrato é que, ao fazê-lo, a pessoa obtém uma

opção de violá-lo. A indenização por danos que se deve pagar por violar o contrato é simplesmente o preço se a opção for exercida” (POSNER, 2010, p. 46).

Compreendido enquanto “uma concepção que atribui às consequências práticas das decisões judiciais um peso decisivo na atuação dos juízes” (SARMENTO, 2009, p. 173), os reflexos do pragmatismo jurídico podem ser percebidos na Escola Sociológica Americana, no realismo jurídico, empirismo jurídico e na análise econômica do direito de Richard Posner (STRECK, 2020, p. 343-347).

Incluindo algumas considerações do autor supramencionado, o pragmatismo jurídico se traduz em realidade jurisdicional quando se “objetiva alcançar a decisão que seja mais razoável, levando em consideração todas as coisas, em que todas as coisas incluem tanto consequências específicas ao caso quanto sistêmicas” (POSNER, 2010, p. 10). Desenvolvendo mais a questão da decidibilidade, Posner adverte que o juiz pragmático decide a partir de um juízo de “razoabilidade” voltado às “melhores consequências” e com base em um sopesamento não algorítmico entre consequências baseadas na norma jurídica e de consequências específicas ao caso (POSNER, 2010, p. 50). Em linhas gerais, segue descrito:

Não há dúvida de que o bem e o mal devem ser determinados em referência aos interesses e necessidades humanos, mas como estes devem ser determinados? E Se eles não foram determináveis (nada no consequencialismo ou no pragmatismo ajuda a determiná-los), então seria uma diretriz para os juízes considerar vazias as consequências? Não. Isso só quer dizer que diferentes juízes, cada um com suas próprias ideias a respeito dos interesses e necessidades da comunidade, pesarão as consequências de forma diferente (POSNER, 2010, p. 55).

Já no contexto das produções nacionais, uma importante consideração de Bruno Torrano precisa ser explanada. Nos dizeres do autor, pragmatismo filosófico não é o mesmo que pragmatismo jurídico, pois, na realidade, o segundo não é uma continuidade necessária do primeiro. Afinal, “é possível e consistente que um pragmatista filosófico, ao falar sobre aplicação do direito, defenda algum tipo de formalismo normativo” (TORRANO, 2018, p. 19-21). Posner também procura demonstrar isso quando sustenta que alguém (a exemplo de Friedrich Hayek) pode defender a não utilização do pragmatismo no direito por motivos pragmáticos, isto é, por crer que que juízes produziram melhores resultados se só aplicassem

o Direito pré-existente, custe o que custar (POSNER, 2010, p. 33). Em resumo, o pragmatismo jurídico é uma possível continuação do filosófico e não uma inevitabilidade.

Entrelaçando as considerações de Posner e Torrano, há de se pontuar que os autores convergem quanto à existência de limites decisórios. Ao passo que o primeiro argumenta que o horizonte de possibilidade das decisões encontra-se limitado por restrições materiais, psicológicas, institucionais e de consciência (uma vez que, em tese, o juiz pragmático se veria constrangido por seus pares e impossibilitado de sopesar todas as consequências) (POSNER, 2010, p. 73), o segundo teoriza limites mais sofisticados quando postula que o respeito às regras do jogo e aos princípios contingencialmente conquistados revelam-se importantes. Nas palavras deste último:

[...] argumentos de princípio são importantíssimos em diversas áreas do direito que ilustram a desejabilidade do entrincheiramento de direitos individuais em oposição a metas coletivas ou contra o poder de coerção estatal — como é o caso dos direitos e garantias individuais em matéria penal e tributária” (TORRANO, 2018, p. 179).

Concluindo esta etapa do texto, é possível dizer que o pragmatismo jurídico é uma tradição de pensamento que não necessariamente advém do paradigma filosófico do pragmatismo e que se ordena pelo enfoque nas consequências práticas do Direito e das decisões judiciais. No que toca uma “Teoria da Decisão”, defende uma jurisdição voltada às “melhores consequências” condicionada pela razoabilidade do juiz, bem como por fatores preponderantemente exógenos ao Direito. Enfim, um paradigma que privilegia o consequencialismo em detrimento da deontologia (POSNER, 2010, p. 51).

3. (IN)CONSTITUCIONALIDADE PARADIGMÁTICA

Em continuidade ao Constitucionalismo Contemporâneo enquanto movimento promovedor de Direitos Fundamentais lato sensu e de um Estado que se quer democrático (STRECK, 2014, p. 43-71), é preciso ter presente que a Constituição Federal de 1988 é um verdadeiro marco referencial sobre o Direito no Brasil e sobre qualquer real possibilidade de mudança no padrão de institucionalização do poder (RODRIGUEZ, 2013, p. 53). Nesse sentido, importantes autores (a exemplo de Ingo Sarlet, Lenio Streck e Gilmar Mendes) têm cimentado o princípio fundante do Estado Democrático de Direito que é o respeito aos

Direitos Fundamentais e não se desviando dessa discussão é que se segue.

Um dos grandes dilemas da contemporaneidade tem sido o de construir as condições para evitar que a justiça constitucional (ou o poder dos juízes) se sobreponha ao próprio direito (STRECK, 2014, p. 48). Isto dito e aproximando essa proposição do escopo deste artigo, percebe-se que a jurisdição pode ser tanto promotora quanto impeditiva dos desideratos constitucionais. Destrinchando algumas imbricações do constitucionalismo, resta agora refletir sobre o lugar do pragmatismo jurídico nessa trincheira a partir do enfrentamento de se uma jurisdição pragmática seria (1) democrática, bem como se seria (2) conforme a Constituição.

(1) Quanto ao primeiro aspecto, convém frisar o *modus operandi* da decisão pragmática que, reprisando Posner, realiza-se quando o magistrado pragmático exerce um juízo pautado pela "razoabilidade" voltado às "melhores consequências" que se opera a partir da contingência subjetiva do intérprete. Daí porque o autor sustenta que "juízes diferentes pesam as consequências de maneira diversa, dependendo da formação, temperamento, treinamento, experiência e ideologia" (POSNER, 2010, p. 33).

Do estudo desse modo de funcionamento, Streck desvela aquilo que talvez possa passar despercebido: decisões pragmáticas colocam na subjetividade do juiz o locus de tensão da legitimidade do Direito (STRECK, 2020, p. 343-347), bem como deslocam o pólo da tensão interpretativa em direção do intérprete. O que Streck aponta é que há uma aposta no protagonismo judicial (STRECK, 2014, p. 25-48).

Considerando que a própria democracia se encontra imbricada com a questão da distribuição do poder e da autoridade (BARRETTO, 2006, 190-196), logo percebe-se que a legitimidade decisória pragmática é um paradoxo. Se se lutou tanto para o estabelecimento dos textos constitucionais que limitassem o arbítrio do poder, não faz sentido sacrificá-los em nome de um novo grupo de ungidos. Como aduz Fernando Vieira Luiz:

Em plena democracia, não se pode depender da consciência de uma pessoa, a despeito das regras de convivência legitimamente estabelecidas, para a resolução de qualquer problema intersubjetivo. Trata-se, antes de tudo, de uma questão democrática. Se o povo tem o direito de se autogovernar, por meio dos meios institucionalmente estabelecidos, não pode um magistrado não eleito, por um ato de vontade, alterar os destinos fixados no exercício deste autogoverno, principalmente em relação ao pacto social fundante (Constituição), para, com isso, obedecer a sua consciência (LUIZ, 2013, p. 40)

Paradigmaticamente, portanto, há de se convir que o pragmatismo jurídico possui certa incompatibilidade com a proposta de um Estado Democrático de Direito. Sobretudo em razão desta última não tolerar que juízos autoritários/pessoais se sobreponham ao pacto intersubjetivo chamado Constituição, percebe-se que a corrente de pensamento em estudo possui um vício de origem. Por mais que possa ter boas intenções (“melhores consequências”), o problema fulcral é o de que subjetividades não são (e não podem ser) o critério epistemológico de uma democracia.

(2) Já em relação à conformidade constitucional, outra vez mais reprisa-se quais seriam os limites decisoriais de uma jurisdição pragmática no contexto das posições dos autores estudados. Isto dito e do cotejar das produções de Posner e Torrano, nota-se que o primeiro defende fatores exógenos ao Direito como restrições materiais, psicológicas, institucionais e de consciência. Em paralelo, Torrano corrobora com várias das teses de Posner (POSNER, 2018, p. 117-119), porém se distingue ao postular que o juiz pragmático também deveria considerar “argumentos de princípio” em áreas do Direito que ilustram uma deseabilidade de respeito aos direitos individuais (a exemplo do Direito Penal e Tributário).

Com efeito, convém esclarecer que Torrano se distancia de um pragmatismo jurídico “puro”. Por ter adotado um Positivismo Ético Moderado que coloca outras camadas de complexidade na decisão judicial como a primazia da lei sobre outras fontes do direito, bem como o cumprimento de “obrigações de meio” (TORRANO, 2019, p. 15, 75 e 237), segue-se examinando as teses de Torrano quanto ao movimento pragmático e não enquanto defensor deste.

Superado o recorte acima, há de se pontuar que a crítica ao pragmatismo jurídico não é algo recente. Tendo se contraposto às teses de Posner, Ronald Dworkin buscou demonstrar as incoerências do paradigma desde o século XX. Nos dizeres do autor, por tratar-se de uma concepção que “não estipula quais, dentre essas diversas noções de uma boa comunidade, são bem fundadas ou atraentes. Estimula os juízes a decidir e a agir segundo seus próprios pontos de vista” (DWORKIN, 2007, p. 186).

Como explicam Alfredo Copetti Neto e Glauco Salomão Leite, Dworkin acusa o pragmatismo jurídico de ser um paradigma vazio (FILHO; LEITE; ABOUD, 2018, p. 252) e isto importa ao Direito Constitucional e aos limites decisoriais pelo fato do paradigma em

questão postular uma decisão judicial que confessadamente possa desconsiderar a lei (POSNER, 2010, p. 63).

Em termos eminentemente atuais, o problema da proposição de fatores extrajurídicos de controle decisional revela-se ainda mais problemático. Conforme evidenciam Clèmerson Merlin Clève (CLÈVE, 1999, p. 311) e Lenio Luiz Streck (STRECK, 2014, s.p.), a normatividade constitucional contemporânea implica no fato da Constituição ser a forma suprema de todo o ordenamento jurídico. Desenvolvendo essa questão, Streck explica que:

A interpretação conforme a Constituição é mais do que princípio, é um princípio imanente da Constituição, até porque não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela. Desse modo, em sendo um princípio (imanente), os juízes e tribunais não podem (so)negar a sua aplicação, sob pena de violação da própria Constituição (STRECK, 2014, p. 351)

Desse modo, a realizabilidade da – erigida pelo elevado grau de autonomia conquistado pelo direito a partir do segundo pós-guerra (CANOTILHO; MENDES; SARLET, 2018, p. 1515) – manifesta-se pela prevalência do pacto constitucional e pela primazia dos seus pressupostos (CANOTILHO, 2003, p. 1226).

Da dialética entre o Direito Constitucional contemporâneo e a proposição de uma “Teoria da Decisão” pragmática, há de se perceber que o pragmatismo jurídico encontra obstáculos eminentemente normativos. Partindo do pressuposto que o juiz poderia “desconsiderar a lei para alcançar algum objetivo prático imediato” (POSNER, 2010, p. 63) e que a decisão judicial não sofreria constrangimentos normativos, o paradigma do pragmatismo jurídico revela-se incompatível com a lógica constitucional do Estado Democrático de Direito pelo fato de implicar em um Direito instrumental e que não leva o próprio ordenamento jurídico a sério (FILHO, 2018, p. 251).

Visto sob o duplo aspecto da legitimidade e dos limites decisoriais, a CHD acrescenta que o pragmatismo jurídico pouco se importa com a manutenção da coerência lógica do sistema jurídico caso isso não sirva a um resultado desejável. Outrossim, que essa desejabilidade estaria a critério do juiz e nisto reside sua “grande falha” (STRECK, 2020, p. 25-33).

Diante do exposto, um exame da constitucionalidade paradigmática no pragmatismo

jurídico conduz à conclusão de que essa corrente de pensamento se mostra prejudicada. No que tange à legitimidade decisional, devido ao motivo de consentir com um protagonismo judicial que possa se sobrepôr às regras democraticamente pré-estabelecidas. Já no que concerne à conformidade constitucional, a incompatibilidade reside na clara possibilidade de violação da normatividade constitucional quando da realização da jurisdição e o acatamento desta postura por parte do pragmatismo jurídico.

4. ESTUDO DE CASO DA SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 1395

Ab initio, esclarece-se que o exame que se segue encontra-se assentado em duas decisões e um voto proferido em sede de referendo. Cronologicamente, na liminar proferida no Habeas Corpus nº 191.836⁴, na Suspensão em Liminar nº 1.395⁵ e no voto proferido pelo Ministro Luiz Fux em sede de referendo da Suspensão em Liminar⁶. Para além disso, antecipa-se o arranjo do capítulo (que segue em três atos): (1) um primeiro que resume o caso analisado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), (2) um segundo que conecta o episódio com as conclusões do capítulo anterior e (3) um terceiro que inclui algumas considerações de Bruno Torrano.

(1) Proferida em 02 de outubro de 2020, a liminar concedida em sede de Habeas Corpus pelo Ministro Marco Aurélio Mello beneficiou o paciente André Oliveira Macedo, mais conhecido como “André do Rap” e apontado como líder do Primeiro Comando da Capital (PCC). In casu, o Ministro acolheu os argumentos da impetrante e expediu um alvará de soltura em razão da inobservância do prazo nonagesimal previsto no parágrafo único do Artigo 316 do Código de Processo Penal (CPP).

O parágrafo único do Artigo 316 do CPP dispõe sobre a duração da prisão preventiva e fixa o prazo de 90 dias para que o órgão emissor da decisão revise a necessidade de sua manutenção mediante decisão fundamentada, sob pena de tornar a prisão ilegal. Com base nesse dispositivo e no fato do último ato judicial de análise da manutenção da prisão do paciente ter se realizado em 25 de junho de 2020, Marco Aurélio constatou o excesso de

⁴ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/liminar-marco-aurelio-andre-rap.pdf>

⁵ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-fux-suspensao-liminar-1395.pdf>

⁶ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-fux-andre-rap.pdf>

prazo e concedeu a liminar em favor de André Oliveira.

Em sequência à revogação da prisão preventiva, o Ministro Luiz Fux (à época presidente do STF) proferiu uma decisão monocrática que determinou a suspensão da liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio. Se apoiando no Artigo 4º da Lei n. 8.437/92, a Suspensão em Liminar nº 1.395 acolheu a tese sustentada pela Procuradoria-Geral da República de que o réu não poderia ser posto em liberdade por representar um risco para a ordem e a segurança pública. Com efeito, ordenou a suspensão dos efeitos da medida liminar proferida por Marco Aurélio e determinou a imediata prisão de André Oliveira Macedo.

Para além da periculosidade, Luiz Fux pautou sua decisão na supressão de instância e em descompasso jurisprudencial. Uma vez que um Agravo Regimental em um Habeas Corpus denegado pelo Superior Tribunal de Justiça ainda seria possível, o Ministro sustentou que a liminar proferida pelo colega seria inadmissível. Enquanto último argumento, também afirmou que a *ratio* do Artigo 316 do CPP deveria ser conduzida por um “juízo de razoabilidade à luz das circunstâncias concretas do caso em análise”.

Como pode se extrair no voto proferido pelo próprio Ministro em sede de referendo da suspensão de liminar, os argumentos acima delineados deveriam ser analisados sob o prisma de uma “análise eminentemente pragmático-prudencial”.

(2) Não se pretendendo discutir a alegada periculosidade do paciente que ensejou a liminar do Ministro Marco Aurélio Mello, discorda-se da tese da Procuradoria-Geral da República de que a liberdade de André Oliveira seria uma atitude de clemência. Em realidade, assente-se com Henrique Smidt Simon no sentido de reconhecer que o caso tem o condão de representar uma subversão constitucional (SIMON, 2020, s.p.) em razão das considerações a seguir delineadas.

Da justaposição do estudo realizado nos tópicos anteriores e do caso em comento, percebe-se que o Ministro Luiz Fux efetivamente implementou uma jurisdição de viés pragmático. Isto dito e para além da autodeclaração “pragmático-prudencial” do Ministro, o ponto fulcral reside na desconsideração do que preceituado pelo ordenamento jurídico (sobretudo do parágrafo único do Artigo 316 do CPP), bem como pela preponderância consequencialista da analítica. Tudo com base em critérios solipsistas e completamente alheios das previsões estabelecidas pelo Estado Democrático de Direito, completamente

descompassadas com as regras postas pelo jogo político previamente levado a cabo.

Quanto a desconsideração, esta é notada a partir do solipsismo decorrente da negação do *minimum semantic* (STRECK, 2017, p. 87) do texto normativo supramencionado. Pretendo solucionar a lide, o Ministro Fux assentou que a disposição mandamental dos juízes precisarem revisar prisões preventivas a cada 90 dias poderia ser desconsiderada. Enfim, realizou-se o prognóstico de Posner: "desconsiderar a lei para alcançar algum objetivo prático imediato" (POSNER, 2010, p. 63).

Já em relação a preponderância consequencialista, esta pode ser notada pela primazia dos efeitos da liminar proferida pelo Ministro Marco Aurélio enquanto fundamento maior da Suspensão em Liminar nº 1.395. *In casu*, o ex-presidente da Corte balizou sua decisão na pretensa necessidade de evitar grave dano à segurança e à ordem pública.

Como descreveu o Ministro Gilmar Mendes em sessão de julgamento do referendo da suspensão, o caso revelou-se um "festival de erros, equívocos e omissões". Ex positis, conclui-se que não se deveria descumprir a Lei para fazer valer um Estado que se quer democrático e, conseqüentemente, de direito. Nos dizeres de Streck:

Ninguém quer a impunidade. Mas a punição nunca pode ser a qualquer preço. A nossa democracia enfraquece, mesmo que pouco, quando procedemos de forma consequencialista ... O Direito é um remédio para combater o crime. Mas é um remédio para que esse combate se dê dentro da de regras (STRECK, 2019, p. 123).

(3) Agregando algumas considerações de Bruno Torrano, o autor posicionou-se no sentido de que a Suspensão em Liminar nº 1.395 teria sido um meio darwiniano e autofágico de limitação de poderes hiperbólicos de relatores. Com efeito, acrescentou que o agir monocrático de relatores em geral muitas vezes operariam um desvio da eficácia horizontal de precedentes do próprio STF.

Quanto aos limites decionais, o autor foi instado a responder se a suspensão da liminar proferida pelo Ministro Luiz Fux não teria incorrido em excessos por ter desconsiderado argumentos de princípio em matéria penal. Em resposta, articulou que o garantimento de direitos individuais entrincheirados não dispensaria uma análise contextualizada de critérios de legitimidade de prisão preventiva e mesmo de conseqüências práticas. Quanto ao último ponto, ponderou ainda que não avista problemas da utilização de

argumentos consequencialistas caso estes estejam coligados aos princípios temáticos deduzidos, bem como que princípios não subsistiriam sem consequências e vice-versa (TORRANO, 2020, s.p.).

Ao final e de forma esclarecedora, Torrano pontuou que não defende um pragmatismo jurídico, mas sim aquele pragmatismo compreendido pela dimensão filosófica. Dessa sinalização, arrematou dizendo que não seria um apoiador do pragmatismo jurídico de Richard Posner (que é o principal objeto de crítica deste artigo).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título de conclusão, o estudo e o processo de pesquisa culminaram em duas conclusões centrais. A primeira delas a de que o pragmatismo jurídico não é uma continuidade necessária do pragmatismo filosófico e de que a perspectiva jurídica dessa tradição encontra óbices eminentemente constitucionais.

Quanto à prejudicialidade do nexo de causalidade entre as perspectivas filosófica e jurídica do pragmatismo, dá-se razão a Posner de que um pragmatista filosófico não necessariamente defenderá uma concepção jurídica dessa corrente de pensamento (TORRANO, 2018, p. 19-21). Da leitura das obras de Bruno Torrano (em especial “Pragmatismo no Direito”), pode-se perceber que o próprio autor é um exemplo dessa não necessariedade. Como adiantou-se acima, Torrano admitidamente defende um pragmatismo filosófico que não se traduz em uma concepção jurídica.

De todo modo, a incompatibilidade constitucional do pragmatismo jurídico indubitavelmente foi o principal enfoque do estudo. Do exame desenvolvido, constatou-se que essa tradição de pensamento é contrária à legitimidade e aos limites do Direito.

Sob o aspecto da legitimidade, compreendeu-se que uma jurisdição pragmática aposta em um protagonismo judicial no plano interpretativo. Partindo do pressuposto de que as “melhores consequências” é que deveriam conduzir o agir hermenêutico, o pragmatismo jurídico mina o texto constitucional quando enaltece a subjetividade enquanto pretense critério epistemológico da jurisdição. No limite, incompatibiliza-se com o aspecto democrático do estado de arte do Direito contemporâneo.

Já em relação aos limites decisórios, notou-se outra incompatibilidade do

pragmatismo jurídico: suas fronteiras imprecisas. Procurando dar primazia ao útil em detrimento da normatividade, promove uma desconsideração das amarras normativas do ordenamento e nisto percebeu-se sua manifesta inconstitucionalidade paradigmática.

Ilustrando o debate, foi trazida análise da Suspensão em Liminar nº 1.395. Do destrinchar de seus argumentos, foi percebido que o caso se imbrica ao tema pelo fato do Ministro Luiz Fux ter-se utilizado de uma lógica eminentemente consequencialista para desconsiderar o *minimum semantic* de um texto normativo do CPP, suspender uma liminar em Habeas Corpus e determinar que o paciente antes liberto pelo Ministro Marco Aurélio fosse preso por uma prisão até então considerada ilegal.

Diante de todo o exposto, sai fortalecida a posição de Dworkin ao postular que o pragmatismo jurídico é uma concepção persuasiva (DWORKIN, 2007, p. 188). De todo modo, convém assentar em definitivo que a corrente de pensamento em estudo inviabiliza-se precisamente pelo fato de persuadir o juiz a colocar-se como protagonista do Direito e torná-lo capaz de desconsiderar o próprio ordenamento jurídico, o que o fará a seu próprio critério. Paradoxalmente, o pragmatismo jurídico parece não sobreviver a si mesmo e, principalmente, diante do ambiente jurídico do Estado Democrático de Direito.

6. REFERÊNCIAS

BARRETTO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia do direito**. 1. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de Filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora. 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Ferreira Gilmar; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 1. ed. São Paulo: RT, 1999.

CONJUR. **O Supremo e a interpretação (des)conforme à Constituição**. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2020-dez-19/simon-stf-interpretacao-desconforme-constituicao>. Acesso em: 23 jun. 2021.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Dicionário de Metodologia Jurídica**: Guia Crítico de Fundamentos do Direito. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

DESCARTES, René, **Meditações**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FILHO, Almeida Filho; LEITE, George Salomão; ABOUD, Georges. **Ronald Dworkin**: direito, política e pessoa humana. 1 ed. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018.

HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF, 2012.

JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1996.

JOTA. **Art. 20 da LINDB**: princípios com consequências e vice-versa. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/art-20-da-lindb-principios-com-consequencias-e-vice-versa-08102020>. Acesso em: 23 jun. 2021.

KALPOKAS, Daniel. **Richard Rorty y la superación pragmatista de la epistemología**. 1. ed. Buenos Aires: Ediciones del Signo, 2005.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 4. ed. Petrópolis: Vozes. 2015.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da Decisão Judicial**: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MARCONDES, Danilo. **A verdade**. 1. ed. São Paulo: Editora WMF, 2014.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia**: Dos pré-socráticos a Wittgenstein. 8. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Assim falou Zaratustra**: um livro para todos e para ninguém. São Paulo : Companhia das Letras, 2011.

POSNER, Richard Allen. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do Direito (brasileiro). 1. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

RORTY, Richard. **Consequences of Pragmatism**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1982.

RORTY, Richard. **Filosofia como política cultural**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

STEIN, Ernildo. **Exercícios de Fenomenologia: Limites de um Paradigma**. 1. ed. Ijuí: Unijuí, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência ?**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: o senso incomum?** 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRECK, Lenio. **Diálogos com Lenio Streck: Hermenêutica, jurisdição e decisão**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

STRECK, Lenio. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à Lei: Entre o positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TORRANO, Bruno. **Pragmatismo no Direito: e a urgência de um “pós-pós-positivismo” no Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

WAAL, Cornelis de. **Sobre pragmatismo**. 1. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

*Data da submissão: 08/03/2022
Data da primeira avaliação: 08/03/2022
Data da segunda avaliação: 13/04/2022
Data da aprovação: 13/04/2022*

**ÉTICA JUDICIAL NA VIDA PRIVADA DO JUIZ BRASILEIRO: AONDE VAI
SUA LIBERDADE DE EXPRESSÃO PARA ALÉM DO GABINETE?***JUDICIAL ETHICS IN THE PRIVATE LIFE OF THE BRAZILIAN JUDGE: WHERE
DOES YOUR FREEDOM OF EXPRESSION GO BEYOND THE CABINET?***Orlando Luiz Zanon Junior¹****Eduardo Freccia de Oliveira²**

RESUMO: O objetivo deste artigo é analisar a compatibilidade do mister profissional da magistratura com as plataformas ou ferramentas para externar opiniões e pensamentos particulares. Na seara da deontologia jurídica, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento nº 71/2018 e a Resolução nº 305/2019, que regulam quanto ao (bom) comportamento a ser velado pelos juízes em diferentes meios de comunicação, como as redes sociais. Para desenvolver o escopo do estudo, utiliza-se o método de abordagem dedutiva e abordam-se os princípios da ética judicial aplicáveis aos magistrados tanto para o desempenho de suas funções profissionais, quanto para a condução da vida privada, à luz de diretrizes internacionais e codificações nacionais que disciplinam sobre o assunto. Adentra-se em sequência ao mérito do trabalho sob dois prismas específicos. No primeiro deles, trata-se da inconstitucionalidade das normas complementares editadas pelo Conselho Nacional de Justiça que vedam certas condutas para quem exerce a judicatura. O segundo prisma, no lado oposto, versa sobre a liberdade de expressão consagrada na Constituição Federal, em observância ao seu conteúdo normativo e limites constitucionais. Por fim, conclui-se que não há razão jurídica para segregar os magistrados, de forma irrestrita, da mesma categoria de sujeitos ativos da liberdade de expressão, enquanto direito fundamental não absoluto e resguardado para todos os cidadãos, com alguns limites decorrentes do ofício.

Palavras-chave: Deontologia jurídica; Deveres ético-jurídicos; Magistratura; Liberdade de expressão.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the compatibility of the judiciary's professional mister with compatible platforms or tools to express opinions and thoughts. In

¹ Juiz de Direito. Doutor em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Dupla titulação em Doutorado pela UNIPG (Itália). Mestre em Direito pela UNESA. Pós-graduado pela UNIVALI e pela UFSC. Professor do Programa de Pós-graduação da UNIVALI, da Escola da Magistratura de Santa Catarina (ESMESC) e da Academia Judicial (AJ). Membro da Academia Catarinense de Letras Jurídicas (ACALEJ). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0220536262700904>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0021-9278>. Contato: olzjunior@gmail.com.

² Pós-graduado em Direito Aplicado pela Fundação Universidade Regional de Blumenau (FURB). Bolsista vinculado ao Programa de Residência Judicial da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina (ESMESC). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9305605288476315>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6364-5282>. Contato: eddfreccia@gmail.com.

the field of legal ethics, the National Council of Justice issued Provision No. 71/2018 and Resolution No. 305/2019, which regulate the (good) behavior to be watched by judges in different media, such as social networks. To develop the scope of the study, the method of deductive approach is used and the principles of judicial ethics applicable to magistrates both for the performance of their professional functions and for the conduct of private life, in light of international and national codes that govern the subject. The merits of this work are explored in sequence under two specific perspectives. In the first of them, it is about the unconstitutionality of the complementary norms published by the National Council of Justice that prohibit certain conducts for those who exercise the judicature. The second prism, on the opposite side, deals with the freedom of expression enshrined in the Federal Constitution, in compliance with its normative content and constitutional limits. Finally, it is concluded that there is no legal reason to unrestrictedly segregate magistrates from the same category of active subjects of freedom of expression, as a fundamental, non-absolute and protected right for all citizens, with some limits arising from the office.

Key-words: Legal ethics; ethical and legal duties; judiciary; freedom of speech.

Sumário: 1. Introdução; 2. Evolução das diretrizes internacionais e codificações nacionais de ética judicial; 3. Normas complementares do CNJ sobre vedação de certas condutas aos juízes brasileiros; 4. Conteúdo normativo e limites constitucionais da liberdade de expressão; 5. Liberdade de expressão dos juízes – cidadãos sem os mesmos direitos de outros cidadãos?; 6. Considerações Finais; 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Tal como se faz referência no título, pretende-se debruçar sobre os deveres ético-jurídicos que disciplinam a conduta dos magistrados, seja no âmbito profissional ou pessoal. É justamente nesse contexto que a deontologia jurídica cuida das balizas aceitáveis de suas condutas sob o ponto de vista ético, incluindo outros temas da filosofia, política e moral. À primeira vista, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35/1979) e o Código de Ética da Magistratura Nacional parecem ser suficientes para estabelecerem, de modo amplo e geral, os deveres deontológicos aplicáveis aos magistrados brasileiros.

Contudo, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ editou o Provimento nº 71/2018 e a Resolução nº 305/2019, que regulam quanto ao (bom) comportamento a ser velado pelo juiz em diferentes meios de comunicação, como redes sociais e *e-mails* institucionais. De outro ângulo, tais atos normativos causaram certo furor por parte das associações de classe da magistratura nacional, sob o fundamento de que restringem excessivamente a liberdade de expressão de seus atores. Já o CNJ fundamenta a edição dessas normas, de conteúdo

proibitivo, ante os impactos ocasionados por manifestações de alguns magistrados nas plataformas virtuais, considerando que essas atitudes isoladas refletem na imagem do Poder Judiciário como um todo e até mesmo na credibilidade dos serviços da justiça.

Frente a esse cenário, é possível extrair duas perguntas: o juiz está legitimado, para além do “gabinete”, externar e opinar seus variados pontos de vista filosóficos, morais e políticos, sem se vincular à sua imagem profissional? Em caso afirmativo à pergunta anterior, existem limites impositivos – e quais são – para que o juiz externe suas opiniões e valores extrajurídicos, sobretudo nos variados meios de comunicação, à luz da deontologia jurídica e garantias constitucionais?

A partir dessas questões, a presente pesquisa subdividiu-se em quatro pontos centrais, com matriz de abordagem dedutiva e pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e análise de determinadas reportagens jornalísticas.

Para tanto, inicialmente serão percorridos os deveres e princípios da ética judicial aplicáveis aos magistrados, tanto no desempenho de suas funções profissionais, quanto no âmbito da vida privada, com base nas diretrizes internacionais endossadas por órgãos intergovernamentais e nas respectivas codificações nacionais que versam sobre a temática.

Em sequência, analisam-se as normas complementares editadas pelo CNJ no tocante à vedação de determinadas condutas dos magistrados, assim como a sua eventual (in)constitucionalidade, que se encontra em discussão junto ao Supremo Tribunal Federal – STF, após a impetração do Mandado de Segurança nº 35.793/DF pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais – ANAMAGES e pelo magistrado Magid Nauef Láuer; e a propositura de duas ações diretas de inconstitucionalidade pela Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE e a Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB.

Por sua vez, a quarta parte do artigo aborda a liberdade de expressão, notadamente o seu conteúdo normativo e limites constitucionais. Superados tais aspectos, avaliza-se a existência de (in)compatibilidade no mister profissional da magistratura para com os meios de comunicação não institucionais – terminologia ora criada a fim de englobar todas as plataformas ou ferramentas compatíveis para externar opiniões e pensamentos particulares. Depois disso, eis uma resposta plausível para a possibilidade de garantir a liberdade de expressão dos juizes no manuseio de tais instrumentos, embora o CNJ já o tenha disciplinado

em atos normativos específicos, cuja constitucionalidade é objeto de questionamento perante a Suprema Corte.

2. EVOLUÇÃO DAS DIRETRIZES INTERNACIONAIS E CODIFICAÇÕES NACIONAIS DE ÉTICA JUDICIAL

A deontologia jurídica, enquanto ramo científico, aborda os campos práticos e não especulativos do direito, especificamente em relação aos diferentes profissionais que o operam e, admitindo-os como objeto material de estudo, estudam-se as balizas aceitáveis de suas condutas. Portanto, é um ramo diametralmente oposto à ontologia, pois esta se referencia no *ser*, enquanto aquela é o *dever ser* da conduta do profissional do direito. Tanto é verdade que as raízes da palavra “deontologia” advêm do grego (*δέον*, cuja transliteração é *deon*; e *λόγος*, transliterado em *logos*), assim compreendida como ciência dos deveres e obrigações.

Tal ramo científico encontra íntima ligação com a moral e a ética, inclusive são tratadas como sinônimos em determinados contextos. Afinal, “na própria etimologia das palavras, [...] o vocábulo moral vem do latim *morus* que significa costume ou cultura, enquanto o vocábulo ética vem do grego *éthos* que também significa costume ou cultura” (CUNHA, 2007, p. 25). Portanto, nas lições de Elcias Ferreira da Costa, a “deontologia jurídica é o mesmo que ética das profissões jurídicas, e, como tal, coloca o profissional num nível de realização superior ao de simples técnico do direito” (2008, p. 5).

Do exposto, é possível extrair duas vertentes deontológicas que refletem na ética judicial dos magistrados brasileiros. A iniciar pelas diretrizes internacionais da Organização das Nações Unidas – ONU (Princípios de Bangalore de Conduta Judicial), criadas nos idos de 2000, como também pelo Código Modelo Ibero-Americano de Ética Judicial, desenvolvido entre os anos de 2001 e 2004, por um grupo de juristas renomados, sob a influência dos trabalhos realizados pela ONU.

Já no contexto brasileiro, há a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35/1979) e o Código de Ética da Magistratura Nacional, aprovado em sessão administrativa do CNJ, no ano de 2008.

Verifica-se que a matéria em questão recebe constantes modificações e incrementos

normativos à medida em que a sociedade também evolui. Desde 1979, a deontologia jurídica de juízes brasileiros contava exclusivamente com a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35/1979), sancionada pelo então presidente militar Ernesto Geisel.

Todavia, tratava-se de outra época, com contexto sociocultural muito diferente da atualidade, razão pela qual a referida Lei foi sendo reinterpretada e complementada ao longo das décadas. O seu conteúdo normativo tornou-se escasso para suprir a maior parte das matérias relacionadas à ética judicial contemporânea, mormente depois da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com a implementação de um novo rol de direitos e garantias fundamentais.

Já na seara internacional, o cenário somente mudou após a criação dos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial no início do Século XXI. Isso porque a ONU, no início de 2000, convocou um seleto grupo de juízes para uma palestra inaugural em Viena, por meio do Centro para Prevenção do Crime Internacional das Nações Unidas. Esse encontro diplomático – o primeiro de vários outros subsequentes – ocorreu em virtude do polvoroso descrédito das pessoas aos sistemas judiciais de diferentes países espalhados por todos os cantos do mundo.

A desconfiança populacional aos seus mandatários (governantes) e a temida crise institucional dos poderes cresciam gradativamente, em razão da corrupção e parcialidade verificadas nas mais diversas ocasiões governamentais. Embora o momento aqui considerado seja o do direito pós-bélico³, parecia que alguns países vivenciavam novamente os sintomáticos fantasmas do passado. De forma isolada, alguns governos tentaram solucionar os imbróglis políticos que vinham exurgindo mediante a consulta de opiniões públicas. Contudo, não lograram êxito nessa empreitada.

Deste modo, a ONU resolveu intermediar os problemas até então diagnosticados, a fim de solucioná-los com uma nova roupagem. Em “Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial”, traduzido por Marlon da Silva Maia e Ariane Emílio Kloth, são rememorados os motivos pelos quais foi convocado o encontro diplomático (ONU, 2008,

³ São vários nomes dados ao momento histórico da pós-Segunda Guerra mundial. Entre eles, são sinônimos: “pós-Auschwitz” (nome atribuído por André Karam Trindade, ao analisar a teoria do direito pós-guerra a partir da obra “O leitor”, de Bernhard Schlink); ou simplesmente *post-bellico*, nas palavras do jurista italiano Mario Giuseppe Losano. (STRECK et al., 2012, p. 75).

p. 13):

Era a primeira ocasião sob os auspícios das Nações Unidas em que juízes foram chamados a pôr suas próprias casas em ordem; a desenvolver um conceito de responsabilidade judicial que complementaria o princípio da independência judicial, e, por meio disso, fazer crescer o nível de confiança no sistema judicial.

A criação dessa “carta”, por sua vez, lastreia-se na formação de princípios calcados por seis valores nucleares, qualificados pela ONU como universais e fundamentais, com o objetivo de guiar a conduta judicial dos magistrados mundialmente, quais sejam, (i) independência judicial; (ii) imparcialidade; (iii) integridade; (iv) idoneidade; (v) igualdade; bem como, (vi) competência e diligência.

Deste modo, estabeleceram-se pontuais premissas para a implementação dos respectivos princípios centrados no *dever ser* da conduta judicial, orientando aos Estados-membros as diretrizes básicas da ética judicial e as formas para internalizá-las, independentemente de suas matrizes da *common law* ou da *civil law*. Sem criar laços vinculativos, a “declaração” universal criada em Bangalore serviu de base referencial para que vários países estabelecessem suas próprias codificações de conduta judicial, preferencialmente por meio do poder judiciário.

Se a ONU iniciou uma nova frente deontológica nos idos de 2000, a fim de estabelecer e institucionalizar princípios norteadores de conduta judicial em todos os continentes, a Cúpula Judicial Ibero-Americana⁴ passou a cogitar seu próprio código modelo intercontinental, pouco tempo depois da iniciativa capitaneada pela ONU.

Em razão disso, a respectiva cúpula intercontinental criou o Código Modelo Ibero-Americano de Ética Judicial, o qual serviu de parâmetro para delimitação dos princípios gerais aplicáveis ao poder judiciário e aos serviços da justiça, contextualizados com sua própria realidade intercontinental.

Aliás, o grupo de estudos designado pela Cúpula Judicial Ibero-Americana procedeu

⁴ Trata-se da organização internacional, cuja Secretaria Permanente está sediada em Madrid, com o objetivo de endossar projetos e ações em parceria de 23 (vinte e três) países ibero-americanos, visando a fortalecer as instituições judiciárias e a democracia dessa comunidade intercontinental. Reúnem-se na referida Cúpula os presidentes de cortes supremas, tribunais superiores e de conselhos de magistratura ou órgãos correspondentes (STJ, s.p.).

à documentação histórico-científica de seu código modelo. Esse trabalho deve-se aos juristas participantes da respectiva Comissão Ibero-Americana de Ética Judicial, especialmente a Manuel Atienza e Rodolfo Luis Vigo, assim como ao Ministro Ari Pargendler, responsável pela apresentação da edição brasileira dos respectivos comentários (ATIENZA et al., 2008).

Já no Brasil, o CNJ foi responsável por essa implementação normativa com a edição do Código de Ética da Magistratura Nacional, considerando que, até então, a única codificação existente sobre o tema era a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35/1979). Assim, o respectivo Código foi aprovado no âmbito administrativo do CNJ, na sua 68ª (sexagésima oitava) Sessão Ordinária, realizada em 6 de agosto de 2008, nos autos do processo administrativo nº 2008.20.00.000733-7.

Enquanto a Lei Orgânica da Magistratura Nacional separava apenas um capítulo específico, no seu Título III, para os deveres de disciplina judiciária, com obrigações positivas (artigo 35) e negativas (artigo 36), o Código de Ética da Magistratura Nacional aprofundou as questões de ética judicial no que se refere ao exercício profissional da judicatura. Claramente, os respectivos dispositivos foram reproduzidos com similar roupagem ao rol de princípios consagrados nas diretrizes internacionais.

Assim, positivaram-se no Brasil muitos dos princípios analisados e documentados pelos órgãos intergovernamentais, de modo a se enquadrarem no contexto brasileiro. Segundo o Código de Ética da Magistratura Nacional, são eles: (i) independência – artigos 4º ao 7º; (ii) imparcialidade – artigos 8º e 9º; (iii) transparência – artigos 10º ao 14º; (iv) integridade pessoal e profissional – artigos 15º ao 19º; (v) diligência e dedicação – artigos 20º e 21º; (vi) cortesia – artigos 22º e 23º; (vii) prudência – artigos 24º a 26º; (viii) sigilo profissional – artigos 27º e 28º; (ix) conhecimento e capacitação – artigos 29º a 36º; e, por fim, (x) dignidade, honra e decoro – artigos 37º a 39º.

Os dispositivos acima elencados ditam sobre as mesmas diretrizes de ética judicial estudadas pelos grupos representativos da Organização das Nações Unidas e da Cúpula Judicial Ibero-Americana. Ademais, a internalização desses princípios elementares no ordenamento jurídico brasileiro denota o zelo do Poder Judiciário com o papel ético de seus atores (juízes) e da sociedade, que é a destinatária, por seu turno, dos serviços de justiça.

Neste contexto, abre-se espaço para tratar brevemente de dois processos

administrativos julgados pelo Conselho Nacional de Justiça, os quais expõem o controle administrativo-disciplinar exercido por esse órgão institucional em situações específicas, a fim de tutelar princípios regentes nas codificações nacionais respectivas.

No ano de 2018, o Conselho Nacional de Justiça instaurou de ofício o Pedido de Providências autuado sob o nº 0009542-42.2018.2.00.0000, por meio do qual requisitou esclarecimentos ao Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, do Tribunal Superior do Trabalho, o qual teria praticado suposta conduta vedada a magistrados. Naquela ocasião, ainda mais por se tratar de época eleitoral, o Ministro encontrou-se com o então candidato à presidência, Jair Messias Bolsonaro, em seu endereço domiciliar na cidade do Rio de Janeiro.

Tal encontro foi amplamente divulgado na mídia nacional, o que despertou os olhares enérgicos do Conselho Nacional de Justiça. Embora o órgão colegiado julgador determinou posteriormente o arquivamento do pedido de providências, a questão não passou despercebida pela instituição, sobretudo porque o Ministro encontrou-se na residência do candidato para tratar, entre outros assuntos não divulgados, sobre as reformas trabalhistas em andamento. Contudo, a instituição entendeu na circunstância que o Ministro não havia praticado qualquer atividade político-partidária, conquanto não seja possível detalhar sobre a pauta debatida naquele encontro entre quatro paredes.

O Código de Ética da Magistratura estatui que é vedado qualquer tipo de atividade político-partidária aos magistrados, o que reproduz, além disso, símile dispositivo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Outro caso julgado pelo Conselho Nacional de Justiça cinge-se à Reclamação Disciplinar nº 0002256-52.2014.2.00.0000, cujos fatos apurados na esfera administrativa causam indignação e desconforto por razão de ainda existir este tipo de conduta antiética dentro do Poder Judiciário, afrontando o princípio da independência.

Trata-se de faltas administrativas praticadas por determinado Desembargador estadual, que exercia, à época, o cargo de Corregedor-Geral de Justiça do Estado do Amapá e interferiu na atividade jurisdicional de duas juízas de primeiro grau. Na oportunidade, o então Corregedor-Geral exigiu ilegalmente que uma das magistradas alterasse, de forma inconstitucional, determinada decisão singular proferida pela outra colega, para satisfazer interesses de ordem pessoal. Como não obteve êxito na empreitada, o Corregedor-Geral

designou as juízas para comarcas do interior do Estado e cancelou as férias previamente agendadas por uma delas, como forma de retaliação.

Não o bastante, o Desembargador investigado também editou, no exercício de suas funções perante a Corregedoria-Geral de Justiça do Estado, diferentes atos normativos para incluir requisitos não previstos em leis vigentes no tocante a pedidos de interceptações telefônicas e investigação de improbidades administrativas. Exsurgiram de tal cenário fortes indícios de que o Desembargador pretendia favorecer seu filho, que se encontrava sob investigações policiais em razão da possível prática de atos ilícitos contra a Administração Pública.

Em novembro de 2019, o Conselho Nacional de Justiça proferiu decisão para determinar o imediato afastamento do Desembargador de seus cargos junto ao Tribunal de Justiça do Amapá e da respectiva Corregedoria-Geral de Justiça estadual, ao menos até a prolação da decisão final que aprecie no mérito a referida reclamação disciplinar.

3. NORMAS COMPLEMENTARES DO CNJ SOBRE VEDAÇÃO DE CERTAS CONDUITAS AOS JUÍZES BRASILEIROS

Paralelamente às diretrizes internacionais e codificações nacionais que versam sobre ética judicial dos magistrados, o CNJ editou duas compilações normativas que refletem diretamente no assunto ora abordado. Trata-se do Provimento nº 71, de 13 de junho de 2018, e da Resolução nº 305, de 17 de dezembro de 2019, cuja constitucionalidade foi questionada por associações da classe profissional perante o Supremo Tribunal.

O primeiro deles dispôs sobre o uso de *e-mail* institucional aos membros e servidores do Poder Judiciário, como também estabeleceu normas quanto às suas manifestações em meios virtuais. Já o segundo deles convalidou o que preexistia de conteúdo normativo no Provimento anterior, reforçando os parâmetros para uso de redes sociais pelos seus membros.

Para tanto, o Provimento nº 71/2018 foi justificado por meio de 15 (quinze) diferentes *consideranda*, entre eles: a massiva quantidade de casos relatados à instituição quanto ao mau uso de redes sociais por magistrados e comportamento inadequado em manifestações supostamente político-partidária; a disposição do artigo 15, do Código de Ética da Magistratura Nacional, que versa sobre a integridade pessoal e profissional do magistrado;

a exponencial e permanente divulgação de conteúdos em redes sociais, ainda que inicialmente divulgadas para número restrito de pessoas; a necessidade de cautelas a serem observadas para publicação de material em perfis pessoais de redes sociais; a exigência de observância aos deveres ético-jurídicos pelos magistrados para o exercício de suas funções; e outros.

Dos 11 (onze) artigos previstos no referido Provimento, ao menos um deles é de questionável constitucionalidade, que se trata do seu artigo 2º, mormente os §§ 1º ao 3º, razão pela qual o ato normativo foi objeto de mandado de segurança impetrado pela ANAMAGES e pelo magistrado Magid Nauef Láuer, autuado sob o nº 35.793/DF, perante o STF.

Excetuando-se o artigo 2º e parágrafos, todos os demais dispositivos legais reproduzem símile conteúdo normativo consagrado na Lei Orgânica da Magistratura Nacional e no Código de Ética da Magistratura Nacional. Por exemplo, o artigo 3º estabelece sobre a necessária observância pelo magistrado quanto ao decoro e manutenção de ilibada conduta público-particular, ao passo que artigo 4º destaca a necessária observância à reserva, cautela e discrição pelo magistrado nos respectivos meios virtuais, a fim de não cometer violações aos deveres funcionais e também de não expor negativamente o poder judiciário.

Outros dispositivos versam, ainda, sobre a vedação de conduta do magistrado para propalar conteúdo discriminatório a raça, gênero, condição física, orientação sexual ou religiosa (artigo 6º), como também sobre o uso exclusivo de *e-mail* institucional para execução das atividades profissionais, de modo a preservar o decoro pessoal e a urbanidade com os destinatários das mensagens, bem como em relação a terceiros (artigo 7º⁵).

⁵ “Art. 7º O magistrado deve utilizar o e-mail funcional exclusivamente para a execução de atividades institucionais, preservando o decoro pessoal e tratando, com urbanidade, não só os destinatários das mensagens, mas também os terceiros a que elas façam referência.” “Art. 6º O magistrado deve evitar, em redes sociais, publicações que possam ser interpretadas como discriminatórias de raça, gênero, condição física, orientação sexual, religiosa e de outros valores ou direitos protegidos ou que comprometam os ideais defendidos pela CF/88”. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento nº 71, de 13 de junho de 2018. *Dispõe sobre o uso do e-mail institucional pelos membros e servidores do Poder Judiciário e sobre a manifestação nas redes sociais*. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_71_13062018_14062018140648.pdf>. Acesso em 06 de setembro de 2020).

Desses artigos não se observa qualquer margem de inconstitucionalidade, notadamente porque estabelecem os mesmos princípios e valores ético-jurídicos consagrados em diretrizes de órgãos intergovernamentais – Princípios de Bangalore de Conduta Judicial e Código Ibero-Americano de Ética Judicial – e, depois disso, internalizados para o ordenamento jurídico brasileiro. Tais normas apenas contextualizam os deveres de disciplina judiciária dos magistrados, inseridos no espaço dos meios de comunicação não institucionais.

A problemática, todavia, cinge-se ao artigo 2º e respectivos parágrafos. Isso porque o dispositivo apresenta uma redação genérica, de contornos duvidosos, a respeito da vedação de atividade político-partidária dos magistrados *versus* exercício da liberdade de expressão em meios de comunicação não institucionais.

Neste sentido, o *caput* do artigo supramencionado, em outras palavras, ressalta que a liberdade de expressão não é fundamento constitucional para admitir eventual atividade político-partidária pelos magistrados, o que corresponde à vedação de conduta expressamente prevista no artigo 95, parágrafo único e inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Em relação aos seus parágrafos, aventa-se inicialmente que a vedação de atividade político-partidária não consiste apenas na prática de filiação a partidos políticos, mas também na participação de quaisquer situações capazes de evidenciar apoio público a candidato ou partido político (§ 1º). Por sua vez, o § 2º explicita que os magistrados têm “o direito de expressar convicções pessoais sobre a matéria prevista no *caput* [...], desde que não seja objeto de manifestação pública que caracterize, ainda que de modo informal, atividade com viés político-partidário” (CNJ, 2018).

As dúvidas interpretativas residem, por exemplo, em delimitar o que é compreendido como manifestação pública “de modo informal”? O que significa o termo alcunhado de “viés” político-partidário? Como seria possível, no mundo dos fatos, expressar uma opinião pública a respeito de política e, ao mesmo tempo, não a enquadrar como atividade político-partidária, a depender exclusivamente dos termos fixados pelo Provimento nº 71/2018?

O ato normativo em si não apresenta hipóteses concretas para tais circunstâncias, levando a crer que essas questões e conceitos indeterminados serão resolvidos com a

casuística, talvez em processos administrativos instaurados perante os órgãos corretores competentes, quando averiguada eventual manifestação praticada pelo juiz.

Diante de tal quadro, pode se cogitar de considerável grau de insegurança jurídica, pois qualquer opinião política externada por um magistrado, enquanto cidadão e sujeito ativo da liberdade de expressão, poderá violar os regramentos do referido ato normativo.

Acrescenta-se que o respectivo § 3º preceitua que “não caracteriza atividade político-partidária a crítica pública dirigida por magistrado, entre outros, a ideias, ideologias, projetos legislativos, programas de governo, medidas econômicas”. A primeira parte desse parágrafo não apresenta “ares” de inconstitucionalidade, mas o dispositivo legal avança e dispõe que “são vedados, contudo, ataques pessoais a candidato, liderança política ou partido político com a finalidade de descredenciá-los perante a opinião pública, em razão de ideias ou ideologias de que discorde o magistrado” (CNJ, 2018).

Ou seja, seria possível tecer críticas em meios de comunicação não institucionais a respeito de programas de governos, mas não se admitiria pessoalizar a autoridade política que as editou.

Imaginem-se, pois, duas situações hipotéticas nesse contexto. Um magistrado com popularidade no mundo acadêmico, em virtude de sua notável produção acadêmico-científica e que possua perfil em rede social (v.g., *Instagram*) com centenas – quiçá milhares – de seguidores, divulga na *internet* sua opinião pessoal a respeito da política brasileira nos seguintes termos: “A Reforma Legislativa ‘X’ é absurda para os brasileiros, pois todos os seus direitos irão por água abaixo”.

Segundo a dicção legal do Provimento nº 71/2018, a situação hipotética acima não se enquadraria como atividade político-partidária do magistrado e, por conseguinte, mantém-se preservada a sua liberdade de expressão. Afinal, a opinião assim transcrita não é direcionada a quaisquer candidatos, lideranças ou partidos políticos.

E se o mesmo magistrado do exemplo hipotético reajustar seu texto para as seguintes palavras: “A Reforma Legislativa ‘X’, dos políticos ‘Caio’, ‘Mévio’ e ‘Tício’, é totalmente absurda para os brasileiros, pois todos os seus direitos irão por água abaixo”.

Abre-se apenas a ressalva de que os termos utilizados acima, mormente por serem direcionados a agentes políticos que não se isentam de opiniões públicas e decorrentes do

seu exercício funcional junto ao poder legislativo, já se encontram tão banalizados no vocabulário popular que não se configurariam, em primeiro plano, como crime contra a honra pessoal.

Deste modo, segundo a redação do artigo sob análise não se admitiria tal hipótese. Contudo, a resposta seria afirmativa para todos os outros cidadãos que não exerçam a magistratura. Afinal, trata-se de uma manifestação de pensamento, sem prévia censura e vedado o anonimato, assegurada como direito fundamental aos seus titulares.

Dito isso, questiona-se sobre a viabilidade de se interpretar a Constituição da República no sentido de que o magistrado não tem o direito de manifestar seus pensamentos de forma dissociada da instituição que o representa.

É possível traçar no exemplo hipotético anterior que o juiz, ao expressar uma opinião em qualquer meio de comunicação não institucional, encontra-se ali sob o manto da liberdade de expressão e no exercício de um atributo conferido pela sua cidadania, enquanto sujeito ativo desse direito fundamental. Cogita-se que, nessa hipótese, não o exerce especificamente em nome do poder judiciário.

É por isso que o Provimento nº 71/2018 aparenta dizer o “minus”, mas acaba por restringir o “plus” constitucional em certas passagens, notadamente em seu artigo 2º, e §§ 1º ao 3º. Nessa toada, não se questiona a competência material do CNJ para edição de provimentos e demais atos normativos que assegurem aperfeiçoar e controlar correcionalmente o quadro da magistratura nacional. É um mandamento constitucional, acima de tudo, previsto no artigo 103-B, §5º e incisos I ao III, da Constituição Federal de 1998, e no artigo 8º, inciso X, do Regimento Interno do CNJ. Contudo, a questão posta a críticas neste trabalho desdobra-se na delimitação do conteúdo normativo delineado.

Assim, retomando o que citado no início deste tópico, encontra-se pendente de julgamento de mérito o Mandado de Segurança nº 35.793/DF impetrado pela ANAMAGES e pelo magistrado Magid Nauef Láuer, perante o STF.

Em linhas gerais, os impetrantes sustentam a nulidade do ato normativo impugnado, pois configura censura prévia à manifestação de pensamentos políticos aos magistrados, de modo a suprimir, entre outros aspectos, as liberdades de expressão, informação e de

comunicação. Por razão disso, postulam a concessão de ordem no sentido de anular o Provimento nº 71/2018, na sua integralidade.

Destaca-se, outrossim, que a parte impetrante pugnou em cognição sumária a suspensão do referido provimento. Na oportunidade de análise, o Exmo. Ministro Relator indeferiu o respectivo pedido liminar, em decisão prolatada no ano de 2018.

A bem da verdade não se denota da pretensão formulada no *writ* mandamental suposta finalidade de defender irrestrita e incondicionada liberdade de expressão dos magistrados, embora o pedido liminar fora indeferido pelo Ministro Relator. Pelo contrário, os impetrantes buscaram demonstrar a inconstitucionalidade do referido provimento em seu plano formal e material, especialmente porque o ato normativo disciplina a respeito de um assunto ético-jurídico, o qual pode ser resolvido com base na Lei Orgânica da Magistratura Nacional e no Código de Ética da Magistratura Nacional.

Pode-se afirmar que esse imbróglia não chamaria tanta atenção se as normas previstas no referido Provimento fossem mera reprodução das disposições já positivadas nas respectivas codificações nacionais, a respeito da deontologia jurídica da magistratura nacional. Ocorre que o seu teor normativo vai além, de modo a disciplinar com rigor a manifestação de pensamentos, especialmente em redes sociais.

Deste modo, não se infere do referido ato do CNJ apenas recomendações comportamentais acerca de como os magistrados devem se portar em meios de comunicação, mas sim regramentos proibitivos em face destes na condução de sua vida privada. Incumbe ao Supremo Tribunal Federal, na eminente função de guardião da Constituição, julgar o mérito do mandado de segurança em decisão colegiada.

Supervenientemente a tais acontecimentos, o CNJ também editou outro ato normativo que também recebe calorosas críticas pelas associações de classes profissionais da magistratura nacional – a Resolução nº 305, de 17 de dezembro de 2019.

A preocupação institucional do CNJ em relação à magistratura nacional persiste sob o mesmo contexto, isto é, os impactos negativos ocasionados pelo desenfreado manuseio de determinados meios de comunicação por determinados magistrados, quando não observadas as devidas cautelas e precauções.

Afinal, não se nega o fato de que determinadas condutas praticadas por juízes em suas vidas privadas, caso sejam reprováveis aos olhos da sociedade, refletirão na imagem do poder judiciário, inclusive com a possível consequência de quebrantar a credibilidade institucional para prestação dos serviços da justiça. Frente a tal cenário, o CNJ e os órgãos corregedores competentes podem – e devem – exercer o controle correccional dos magistrados.

Entretanto, persiste o receio de que certas limitações impactem excessivamente a vida privada dos magistrados, ao ponto de lhes tolher determinados direitos e garantias fundamentais, resguardados a todos os cidadãos, no patamar constitucional.

Do total de 12 (doze) artigos previstos no referido ato normativo, as principais críticas subscritas pelas variadas associações de classe profissional da magistratura centralizam-se nas Seções I e II. A primeira delas reserva-se, em seu artigo 3º com seus respectivos incisos e alíneas, às recomendações de condutas dos magistrados, o que se enquadram como *soft law*, sem caráter eminentemente vinculante. Ou seja, são diretrizes disciplinares a respeito de deveres ético-jurídicos pelos quais se recomendam a plena observância pelos magistrados na condução de sua vida privada, notadamente para manuseio de redes sociais.

São, mais uma vez, dispositivos que acautelam os magistrados no *modus* pelo qual se expressam e exteriorizam seus pensamentos nos meios virtuais, pois, embora os façam de forma dissociada de sua imagem profissional, podem influir na percepção da sociedade perante o poder judiciário, como um todo. Ainda mais nos tempos atuais, em que uma mensagem divulgada na *internet*, independentemente do conteúdo a que se faça referência, alastra-se em uma teia virtual, de modo a ser virtualmente impossível identificar todos os destinatários atingidos.

Por tal contexto, caso a Seção II da Resolução nº 305/2019 seja interpretada restritamente como meras recomendações deontológicas, ousa-se entender que não se observará qualquer inconstitucionalidade.

Basta extrair, a título exemplificativo, a disposição do artigo 3º, inciso III, incisos “a”, “b” e “c”, os quais versam sobre a privacidade e segurança dos magistrados ao manusearem os referidos meios. No primeiro plano, recomenda-se ao magistrado que conheça “as políticas, as regras e as configurações de segurança e privacidade das redes

sociais que utiliza, revisando-as periodicamente” e, por fim, deve “evitar seguir pessoas e entidades nas redes sociais sem a devida cautela quanto à sua segurança” (CNJ, 2019). Essa disciplina não parece excessiva.

Mas, a problemática exsurge na Seção II da respectiva Resolução. Tal como antevisto no Provimento nº 71/2018, impõem-se limites à liberdade de expressão dos magistrados, levando em consideração que determinadas condutas em suas redes sociais são expressamente proibidas.

Não há óbice para algumas das vedações fixadas no artigo 4º, como em relação à proibição de postagens que vinculem os magistrados a empresas com intuito comercial ou para autopromover sua imagem (inciso IV), impedindo-se também que recebam patrocínio a fim de manifestar opiniões (inciso V) ou que os associem a marcas de sociedades empresariais (inciso VI).

De outro vértice, o inciso II assim estabelece: “emitir opinião que demonstre atuação em atividade político-partidária ou manifestar-se em apoio ou crítica públicos a candidato, lideranças políticas ou partidos políticos” (CNJ, 2019). A depender exclusivamente da disposição do artigo, tal comando pode abdicar do magistrado o direito de exercer sua liberdade de expressão na seara política, conquanto não o vincule necessariamente a uma atividade político-partidária.

Aliás, tais questões foram objeto de uma nota técnica exarada por determinada associação para defender a desnecessidade da regulamentação (ANAMATRA, 2019). Destaca-se que tal nota fora emitida ainda na época que o CNJ havia apenas criado o grupo de trabalho, por meio da Portaria nº 69/2019, para propor os parâmetros de uso das redes sociais pelos magistrados. Ou seja, nem se sabia naquele momento como seriam editados os respectivos textos normativos, mas era possível antever, por experiência, que não destoariam muito das disposições expressas no Provimento nº 71/2018.

A AJUFE e a AMB propuseram, cada qual, ações diretas de inconstitucionalidade contra a Resolução nº 305/2019, perante o STF (ADI nº 6.293 e ADI nº 6.310). Ambas as ações foram distribuídas ao Exmo. Ministro Relator Alexandre de Moraes e, nos respectivos autos, encontram-se pendentes de análise os pedidos liminares formulados para determinar a suspensão do referido ato normativo.

A Procuradoria-Geral da República, inclusive, exarou parecer na ADI nº 6.293, por meio da qual opinou pelo conhecimento parcial da ação, com a consequente procedência do pedido, no sentido de declarar a inconstitucionalidade da parte final do artigo 4º, inciso II, no qual se extrai a seguinte expressão: “ou manifestar-se em apoio ou crítica públicos a candidato, lideranças políticas ou partidos políticos” (CNJ, 2019).

Ainda, o Procurador-Geral da República pronunciou-se no sentido de que a Suprema Corte confira interpretação conforme a Constituição Federal em relação ao artigo 3º, da mesma Resolução, para que as medidas ali previstas sejam interpretadas como meras recomendações, sem efeito vinculante.

Mais uma vez, competirá ao Egrégio Supremo Tribunal Federal decidir sobre as questões ora analisadas, assim como julgar o mérito do Mandado de Segurança nº 35.793/DF, que tem como objeto, de outro lado, o Provimento antes mencionado.

4. CONTEÚDO NORMATIVO E LIMITES CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Em compasso às normas insculpidas no Provimento nº 71/2018 e na Resolução nº 305/2019, denota-se que a liberdade de expressão deve ser sopesada como fundamento para solucionar tal problemática. Sob tal ângulo, cabem algumas considerações, com base na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.

O respectivo artigo 5º, inciso IV, representa o núcleo axiomático da liberdade de expressão, enquanto gênero, imantando-se para outros dispositivos constitucionais dispersos topograficamente no Texto Magno, inclusive no mesmo rol de direitos e garantias fundamentais, junto aos incisos V, VI, IX, XIV, e XLII, como também nos artigos 206, inciso II, 215 e 220. Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet classifica as suas variadas espécies deste modo: (i) liberdade de manifestação do pensamento (incluindo a liberdade de opinião); (ii) liberdade de expressão artística; (iii) liberdade de ensino e pesquisa; (iv) liberdade de comunicação e de informação (liberdade de “imprensa”); e (v) liberdade de expressão religiosa (SARLET et al., 2019, s.p.).

Na visão global do ordenamento jurídico, esclarecem-se ainda outros aspectos teóricos. Partindo da premissa de que direitos e garantias fundamentais são distintos, na

medida em que estas asseguram uma obrigação negativa em face do estado para limitação de seu poder, enquanto aqueles imprimem a declaração legal de certos direitos⁶, é possível situar a liberdade de expressão como direito subjetivo individual, por vezes coletivo, de matrizes positiva e negativa, bem como também com viés de direito objetivo transindividual.

Dito isso, o seu conteúdo normativo assume um papel bipartido. Na dimensão subjetiva, trata-se de direitos prestacionais por meio do dever estatal de protegê-los, parcialmente satisfeito mediante a edição de normas procedimentais e de regulamentação institucional. Sob a dimensão objetiva, caracteriza-se como valor central do estado democrático de direito e da dignidade humana (SARLET et al., 2019, s.p.).

Em tal perspectiva, a liberdade de expressão traduz-se no símbolo de avanço da sociedade democrática e liberal, com o advento da modernidade, a partir do iluminismo jusnaturalista (SARMENTO et al., 2013, p. 252), passando a deter o caráter da liberdade positiva, que é regida por um conjunto de diferentes princípios e valores em textos constitucionais.

Assim, define-se mais do que uma mera expressão política nas sociedades ocidentais, conforme destacado por Ronald Dworkin na obra “Justiça para Ouriços”, ao citar a primeira emenda da Constituição dos Estados Unidos de 1787, como um de seus exemplos (2012, p. 381):

[...] a liberdade de expressão, tal como entendida nas democracias ocidentais, abrange mais do que a expressão política, mesmo que concebida de forma lata; temos de levar em conta mais do que a liberdade positiva para explicar tudo aquilo que abrange – e que não abrange. Embora um Estado possa promover, de várias maneiras, aquilo que coletivamente é considerado válido na literatura, na arte e na música, não pode proibir os seus membros de lerem, verem e ouvirem o que quiserem, quando a única justificação é que certas opiniões sobre o que vale a pena ser apreciado são ofensivas em si mesmas e podem ser contagiosas.

É pela mesma razão acima que não se pode tolerar eventual censura prévia pelos governantes à liberdade de expressão dos governados. Faz-se necessário, pois, um espaço público aparelhado com a livre circulação das ideias, onde vozes e pensamentos transitem sem o receio de que sejam cassadas por autoridades hierarquicamente superiores.

⁶ Tal concepção já era defendida por Rui Barbosa e, desde então, passou a ser incorporada por muitos outros juristas, de épocas posteriores, como assevera Alexandre de Moraes (2011, p. 74).

No direito norte-americano, aventa-se para tanto o conceito de *marketplace of ideas*, uma analogia econômica sustentada pelo outrora *Justice* da Suprema Corte norte-americana, Oliver Wendell Holmes Jr., durante o julgamento do precedente *Abrams et al. v. United States* (250 U.S. 616, 1919).

Naquela hipótese, a sua opinião fora dissidente e seguida apenas por Louis D. Brandeis, cujas linhas gerais podem ser traçadas desta maneira (U.S. SUPREME COURT, 2019):

But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas—that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out.⁷

Verifica-se que as premissas estabelecidas por Holmes Jr. na forma de um “mercado livre de ideias”, conquanto dissidentes para a maioria dos membros da Suprema Corte no julgamento, serviram de motor para conferir, nos períodos posteriores, uma maior tutela jurisdicional à manifestação de pensamentos, na construção de precedentes a respeito do tema.

Já no Brasil, a liberdade de expressão passou a ser prevista em todas as constituições promulgadas após o fim do período colonial, a iniciar pela Constituição Política do Império do Brasil, conhecida como Constituição de 1824. A respeito desse contexto histórico, Daniel Sarmiento explana (2013, p. 252):

Contudo, desde a independência do Brasil, a proteção da liberdade de expressão tem figurado em todas as nossas Constituições, com variações na sua amplitude decorrentes da natureza mais ou menos aberta dos respectivos regimes políticos. Em geral, o déficit de proteção da liberdade de expressão tem decorrido menos de imperfeições dos nossos textos constitucionais e mais da crônica falta de eficácia social das Constituições brasileiros.

⁷ Em tradução livre: mas quando os homens perceberam que o tempo perturbou muitas religiões combativas, eles podem vir a acreditar ainda mais do que acreditam nos próprios fundamentos de sua própria conduta que o bem final desejado é mais bem alcançado pelo livre comércio de ideias - que o melhor teste da verdade é o poder do pensamento para ser aceito na competição do mercado, e essa verdade é a única base sobre a qual seus desejos podem ser realizados com segurança.

Com clarividência, os grupos políticos responsáveis pela fase incipiente da independência do Brasil não lograram êxito na efetivação de tais liberdades como se observa na atualidade, à luz da força normativa da Constituição Federal de 1988. De outro norte, mesmo após a consagração do extenso rol de direitos e garantias por meio do legislador constituinte, a liberdade de expressão não é definida como direito fundamental absoluto, encontrando seus limites na própria interpretação constitucional.

É impossível defender, nesse visor, o *hate speech* que ocorre por intermédio de manifestações propaladoras de ódio ou desprezo contra determinados grupos. São vários os casos julgados pelo STF desde o advento da Constituição Federal de 1988, nos quais foram reprimidas situações que ojerizavam minorias, mediante discursos de intolerância e preconceito, sob a incongruente tese sustentada por seus defensores de garantir a manifestação de pensamento. A Suprema Corte brasileira, por sua vez, definiu que a liberdade de expressão não ecoa em tais circunstâncias⁸, inclusive como forma de combater a estigmatização de grupos minoritários.

Em análise ao direito comparado, a Suprema Corte norte-americana perfilhou outra razão de decidir quanto ao *hate speech* no polêmico precedente *Matal v. Tam* (582 U.S., 2017). Na hipótese, determinado grupo musical pretendia registrar o seu nome comercial sob a alcunha de *The Slants*, o que possui conotação discriminatória à fisionomia dos asiáticos-americanos, notadamente em razão do formato de suas pálpebras – *slanted eyes*, cuja expressão, em tradução livre, significa “olhos puxados”. Assim, contrariando a recusa administrativa do pedido de registro pelo Escritório de Marcas e Patentes, a Corte Suprema entendeu que deve ser resguardada a liberdade de expressão mesmo nessa hipótese, por interpretação à Primeira Emenda da Constituição norte-americana (WASHINGTON POST, 2017).

Já no direito brasileiro, o alcance da liberdade de expressão e a fixação de seus limites residem, por conseguinte, nos balizamentos da ponderação em relação a outros direitos

⁸ Uma das decisões históricas do Supremo Tribunal Federal cinge-se ao julgamento do *Habeas corpus* nº 82.423/RS, por meio do qual a Corte manteve a condenação prolatada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em virtude da prática de crime de racismo pelo impetrado, ao disseminar ideologias antisemitas e discriminatórias contra judeus em livro de sua autoria. Na hipótese, flexibilizaram e afastaram-se as liberdades de expressão e de imprensa para manter a prisão do condenado, com base no método de ponderação que foi sopesado juntamente com a dignidade da pessoa humana e o direito à honra de terceiros.

individuais destacados isolada e casuisticamente. Isso porque, mesmo havendo uma posição de preferência abstrata, a liberdade de expressão não é acobertada por um “manto” de superioridade em relação a outros direitos previstos no mesmo patamar constitucional, como defende o Exmo. Ministro Luís Roberto Barroso (2004, p. 35).

No caso específico que serviu como pano de fundo para a publicação científica de sua autoria, o referido jurista explicita que a colisão entre a liberdade de informação e de expressão, de um lado, e os direitos da personalidade, de outro, não pode ser resolvida por critérios de solução de conflitos normativos baseados em parâmetros hierárquico, temporal e de especialização. Nessa hipótese, é necessário que se avalizem os elementos de ponderação correspondentes à veracidade dos fatos, licitude do meio empregado para obtenção da informação, personalidade pública ou privada da pessoa envolvida, natureza dos fatos, existência de interesse público em divulgação de determinada notícia, entre outros (BARROSO, 2019, p. 35-36).

Ponderados tais elementos, alguns citados acima, vislumbram-se conseqüentemente o alcance e respectivos limites constitucionais da liberdade de expressão, cuja ponderação deve ser medida na casuística fático-jurídica.

Além do conteúdo normativo e das limitações constitucionais à liberdade de expressão, é preciso também elencar quais indivíduos detêm sua titularidade na forma da Constituição Federal de 1988, a fim de analisar sequencialmente se os magistrados são englobados no mesmo grupo de titulares. Por tal viés, colacionam-se as elucidaciones de Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET et al., 2013, s.p.):

Titular das liberdades de expressão é, em primeira linha, a pessoa natural, o indivíduo, não sendo o caso de limitar o exercício da liberdade de expressão aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, em virtude do princípio da universalidade, consoante desenvolvido na parte geral dos direitos fundamentais. De outra parte, cuida-se de direitos compatíveis com a condição de pessoas jurídicas, inclusive de direito público. Quanto aos destinatários (sujeitos passivos), verifica-se a possibilidade, para além da vinculação (direta) de todos os poderes públicos, de uma eficácia (direta ou indireta, a depender do caso) nas relações entre particulares (...).

Portanto, decorre da própria interpretação constitucional concernente à liberdade de expressão que todos os cidadãos, enquanto sujeitos ativos, possam exercê-la de forma

isonômica, o que também se justifica para a conservação do estado democrático de direito. Como se trata “de um típico direito de abstenção do Estado, essa liberdade será exercida, de regra, contra o Poder Público” (MENDES, 2013, p. 265) pelos seus titulares.

Do mesmo modo que o estado deve abster-se de restringir previamente tal direito contra os seus respectivos titulares, compete a ele promover medidas assecuratórias que, acima de tudo, não o tolha da sociedade democrática, sob pena de recrudescimento.

Aliás, uma dessas formas protetivas cristaliza-se por meio de normas com cunho procedimental, tal como a criação e regulamentação de órgãos que atuam na proteção e promoção dos direitos (SARLET et al., 2013, s.p.). No plano constitucional, Ingo Wolfgang Sarlet cita o Conselho da Comunicação Social, nos termos do artigo 224, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.

Inferem-se outros exemplos em normas de nível infraconstitucional. Especificamente sobre alguns dos meios de comunicação não institucionais, a Lei nº 12.965/2014, também conhecida como “Marco Civil da *Internet*”, prevê em seu artigo 19º, *caput*, especial proteção à liberdade de expressão aos seus sujeitos ativos, salvo decisão judicial em sentido contrário e na hipótese de propagação de material com conteúdo de nudez ou atos sexuais de caráter privado.

Feitas essas digressões, cabem questionar as razões que poderiam justificar que os magistrados deixariam de ser titulares do mesmo direito ora abordado? O desempenho de suas funções profissionais os impediria de exercer a liberdade de expressão, a qual se consubstancia em um dos papéis basilares da cidadania?

De outro modo, não se vislumbra, à primeira vista, qualquer aspecto deontológico e/ou ético que impeça o magistrado de manifestar seus pensamentos como tais, dentro ou fora do “gabinete”, desde que sejam observados os limites constitucionais previstos e, claro, sem invadir a seara de direitos de outrem. Como é fixado para qualquer cidadão que não desempenhe as funções da judicatura, a liberdade de expressão encontra suas limitações em patamar constitucional, inclusive porque não se trata de direito fundamental absoluto. Ainda que à magistratura possam ser estabelecidas outras limitações, não se vislumbra a imperiosidade de restrições absolutas.

Nessa linha de raciocínio, não há o porquê de supor que o magistrado deixa de ser titular da liberdade de expressão ou, ainda, que seja tolhido do direito de exercê-la inadvertidamente, tanto no âmbito profissional, quanto na sua vida privada. Ainda mais porque uma das missões do juiz, entre tantas outras, é a de salvaguardar a Constituição Federal, o que engloba, por óbvio, a função de prestar tutela jurisdicional em favor dos titulares da liberdade de expressão, quando instado a fazê-lo.

5. LIBERDADE DE EXPRESSÃO DOS JUÍZES – CIDADÃOS SEM O MESMO DIREITO DE OUTROS CIDADÃOS?

Até o presente momento, foram expostas as nuances do exercício da liberdade de expressão dos magistrados *versus* manuseio de meios de comunicação não institucionais, especialmente as plataformas de redes sociais.

Portanto, existe (in)compatibilidade com o mister profissional, especificamente para que o juiz manifeste seus pensamentos desvinculados à sua imagem profissional e no âmbito de sua vida privada? Para tal pergunta, passam-se às possíveis respostas.

O juiz é o semblante da justiça animada, ou seja, “se a justiça pode se consubstanciar em carne e osso, aquele que é capaz de recebê-la e exercê-la a contento é chamado de juiz.” (BITTAR, 2019, s.p.). Neste sentido, é impossível desvinculá-lo da imagem totalmente do poder judiciário como um todo, razão pela qual a cautela e a discrição no exercício de seu ofício são imprescindíveis para não quebrantar a reputação institucional, mesmo porque em suas mãos e “canetas” se deposita o dever de prestar a jurisdição aos jurisdicionados, zelando pelos serviços da justiça.

Frisa-se que não se buscam frases de efeito com a passagem acima, mas permitida a licença metafórica apenas nesse trecho, o mundo dos fatos bem demonstra que determinadas condutas praticadas pelos magistrados, ainda mais quando soam negativas ou repulsivas à sociedade, refletem na instituição que os representa. Além da responsabilização, é claro, de seus atos errantes perante os órgãos corregedores competentes na esfera administrativo-disciplinar.

Se determinado juiz externa um comportamento antiético e intolerável para os padrões socioculturais onde habita, é inexorável que as pessoas ao seu redor direcionarão

olhares de rejeição não só a ele, mas também ao Poder Judiciário, de modo a generalizar um descrédito a toda Justiça.

No tocante à diligência e dedicação necessárias ao exercício da judicatura, o artigo 21, § 2º, do Código de Ética da Magistratura Nacional, estatui que o juiz deve observar, enquanto professor universitário, a indissociabilidade do binômio magistratura-magistério, especialmente para não cometer faltas éticas no ambiente acadêmico. Isso porque é quase automático associá-lo como imagem “encarnada” do poder judiciário, sem espaço para generalidades à classe profissional, conquanto algumas pessoas as façam em determinadas ocasiões.

Na mesma senda, a sociedade contemporânea desembocou um novo pano de fundo ao poder judiciário, que passou a enfrentar nas últimas décadas uma ampla exposição de seus julgamentos na imprensa brasileira, notadamente porque determinadas contendas litigiosas incitam o gosto crítico das pessoas e o combate “virtual” à cultura da impunidade. Ainda mais quando envolvem persecuções penais deflagradas em face de políticos brasileiros e empresários atrelados a grandes esquemas de corrupção contra a administração pública.

Se em determinada época não era comum que pessoas externas ao mundo jurídico soubessem os nomes dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, ainda que parte deles, a virada do século acarretou um novo cenário ao poder judiciário brasileiro, iniciando-se pela criação da TV Justiça, canal reservado à Suprema Corte como emissora de rede pública para a divulgação dos atos e serviços essenciais à justiça, por meio da Lei Federal nº 10.461/2002, sancionada pelo Exmo. Ministro Marco Aurélio Mello no exercício do cargo de Presidente da República interino, à época.

Assim, após a massificação das plataformas virtuais em meios de comunicação, qualquer pessoa com acesso básico à informação passou a deter conhecimento sobre os mais diversos julgamentos midiáticos – aliás, o exemplo precursor foi a Ação Penal nº 470, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, sob a alcunha popular de “Caso Mensalão”⁹. Sem

⁹ Do mesmo modo que Jeffrey Toobin analisou os *Justices* da Suprema Corte norte-americana em “Os nove: por dentro do mundo secreto da Suprema Corte”, Felipe Recondo e Luiz Weber fizeram similar trabalho jornalístico no Brasil sobre os bastidores do Supremo Tribunal Federal, escrito com notável respaldo fático, por vezes em traços romancistas, a respeito dos perfis de cada Ministro e, no caso do “Mensalão”, sobre como a imprensa brasileira influenciou na divulgação do julgamento para além do “Palácio STF”. Em uma das passagens do livro, descreve-se acerca da pressão externa – e também interna – perpassada no deslinde do feito: “Barbosa

citar nomes dos eminentes julgadores, muitas dessas figuras viraram verdadeiras celebridades, com seus rostos estampados em capas de revistas e customizados em fantasias carnavalescas, assediadas por “fãs” e comparadas até mesmo a personagens reais históricos, como o juiz italiano Giovanni Falcone.

É por isso que se faz necessário ao magistrado manter a equidistância para com a imprensa, vedando-se autopromoções de sua imagem em tais meios, pois admitir situação em contrário não compatibiliza com a *persona* a ser preservada na magistratura. Algo passível de ser qualificado como aspecto de sua sobriedade profissional.

Na mesma linha, Eduardo Carlos Bianca Bittar elucida alguns cuidados que todo juiz deve ter em sua atuação profissional e fora dela, considerando também o que foi intitulado por ele como indiscrição comportamental virtual. Um dos princípios basilares que se vislumbra nessa ótica é o da independência, claramente (2019, s.p.).

Para garantir a independência do poder judiciário e de seus respectivos atores, consoante prelecionado por Eduardo Carlos Bianca Bittar, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 traz, em seu bojo normativo, três predicamentos de proteção à magistratura nacional, na forma do artigo 95, *caput* e incisos I ao III (2019, s.p.). São eles: (i) vitaliciedade; (ii) inamovibilidade; e (iii) irredutibilidade de subsídio.

Superando o mero *status* de direitos, os três predicamentos elencados acima são “como prerrogativas dos jurisdicionados, que têm direito a ter seus juízes protegidos objetivamente contra as ações e omissões dos demais poderes” (ATALIBA, 2004, p. 115). Portanto, esses direitos-deveres assumem um duplo papel perante a sociedade: a uma, aos magistrados para garantir a independência institucional; e a duas, aos jurisdicionados que visam, entre outros aspectos, a imparcialidade na prestação dos serviços da justiça, requisito sem o qual não se pode conceber o estado democrático de direito (2004, p. 115).

De outra sorte, o juiz é também um cidadão e não deixa de o ser após investidura no seu cargo público. Tal como conceituado por Eros Roberto Grau, em alusão à Jean Paul

sabia que contava com o apoio da opinião pública e de seu grupo, mas temia ver partes de seu voto rejeitadas, com a exclusão de figuras centrais, pelos integrantes da ‘Brigada da Impunidade’, como o relator se referia intramuros aos adversários no tribunal. Barbosa queria certeza de ter maioria clara no tribunal em favor da aceitação da denúncia, para legitimar e dar tração à próxima fase do processo – o julgamento dos réus” (RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz, 2019. p. 166).

Sartre, a figura do magistrado transforma-se em *coisa-juiz*, mas não o será intermitentemente juiz e, para além do “gabinete”, exercerá outros papéis relacionados a sua cidadania (2016, p. 23).

A exemplo disso, o magistrado terá o direito de manifestar seus pensamentos, vedado o anonimato, como também será livre para se expressar sem a prévia censura, observando paralelamente os limites de sua atividade profissional, a rigor da Lei Orgânica da Magistratura Nacional e do Código de Ética da Magistratura Nacional.

Afinal, no âmago de sua vida privada, assegura-se ao magistrado as mesmas garantias e direitos fundamentais de outros cidadãos, em igualdade de condições, pois se trata de corolário lógico-interpretativo do artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Não obstante, o desempenho de suas funções exige-lhe sobriedade profissional, como dito alhures, porquanto o magistrado está institucionalmente vinculado ao poder judiciário e, por conseguinte, deve velar pela discricção na forma que conduz sua vida privada. Mas, não é por tal razão que seu ofício o impedirá, de forma absoluta, de utilizar meios de comunicação não institucionais e exercer, a partir destes, os mesmos direitos resguardados aos demais cidadãos como tais. E no caso do presente estudo, é justamente a liberdade de expressar e externar seus pensamentos extrajurídicos, dissociado da imagem institucional propriamente dita.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao mesmo tempo em que são observados os aspectos positivos pela facilitação da liberdade de comunicação e de acesso à informação, também se verificam seus impactos negativos, que decorrem do *modus* pelo qual determinados profissionais utilizam os referidos meios de comunicação não institucionais. Notadamente, isso se vislumbra quando são adotados excessos na manifestação de pensamentos, de modo antiético e reprimível aos olhos da sociedade.

Por consequência, tal cenário reflete diretamente na imagem do poder judiciário e acaba por fragilizar a confiança depositada pelos destinatários dos serviços da justiça. É por razão disso que o CNJ, nos limites de sua competência material, editou dois atos normativos para disciplinar sobre como os magistrados devem se portar nos referidos meios de

comunicação não institucionais. No entanto, essas regulamentações tiveram a sua constitucionalidade questionada em alguns pontos perante o STF, por associações de classe da magistratura nacional.

Enquanto se espera a decisão final por parte da Egrégia Suprema Corte nas respectivas ações, deve-se notar o argumento de que não há incompatibilidade absoluta do mister profissional com os meios de comunicação não institucionais utilizados pelos magistrados, em sua vida privada, desde que respeitados os vetores principiológicos inerentes a sua profissão.

Isso porque, no desempenho de suas funções, o juiz brasileiro deve velar pela discricção na forma que conduz sua vida privada. Entretanto, não é pela mesma razão que o exercício da judicatura o impedirá de utilizar, de forma absoluta, os meios de comunicação não institucionais e, a partir destes, exercer os mesmos direitos resguardados aos demais cidadãos como tais.

É por isso que se argumenta que o magistrado tem o direito de manifestar seus pensamentos, vedado o anonimato, como também é livre para se expressar sem a prévia censura, desde que mantendo paralelamente a observância dos princípios deontológicos de sua profissão, nos termos da Lei Orgânica da Magistratura Nacional e do Código de Ética da Magistratura Nacional. Até porque, no âmbito de sua vida privada, asseguram-se a ele as mesmas garantias e direitos fundamentais de outros cidadãos em igualdade de condições, o que é conferido, por corolário lógico-interpretativo, pelo artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

7. REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3ª ed. Atualização por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

ATIENZA, Manuel; VIGO, Rodolfo Luís. **Código Ibero-Americano de Ética Judicial**. Tradução por Rosa Maria Severino. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 245, p. 1-36, jan./mar. 2004.

BRASIL. Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. **Nota Técnica. Proposta de Resolução do CNJ que estabelece os parâmetros para o uso das redes sociais pelos membros do Poder Judiciário divulgada na sessão do dia 25 de junho de 2019.** Disponível em:

<<https://www.anamatra.org.br/images/DOCUMENTOS/NotaTecnica.MidiasSociais.pdf>>. Acesso em 01 de março de 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 67, de 3 de março de 2009. **Aprova o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça e dá outras providências.**

Disponível em:

<<https://atos.cnj.jus.br/files/compilado182017202003205e7509613159c.pdf>>. Acesso em 01 de março de 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento nº 71, de 13 de junho de 2018. **Dispõe sobre o uso do e-mail institucional pelos membros e servidores do Poder Judiciário e sobre a manifestação nas redes sociais.** Disponível:

<https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_71_13062018_14062018140648.pdf>. Acesso em 01 de março de 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 305, de 17 de dezembro de 2019.

Estabelece os parâmetros para o uso das redes sociais pelos membros do Poder Judiciário. Disponível em:

<<https://atos.cnj.jus.br/files/original145740201912185dfa3e641ade9.pdf>>. Acesso em 01 de março de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 01 de março de 2021.

BRASIL. Lei nº 10.461/2002, de 17 de maio de 2002. **Acrescenta alínea ao inciso I do art. 23 da Lei nº 8.977, de 6 de janeiro de 1995, que dispõe sobre o Serviço de TV a Cabo, para incluir canal reservado ao Supremo Tribunal Federal.** Disponível:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10461.htm>. Acesso em 01 de março de 2021.

BRASIL. Lei nº 12.965/2014, de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em 01 de março de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 35.793/DF**, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. em 04 de setembro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Cúpula Judicial Ibero-Americano: raízes comuns, Justiça forte e unida.** Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Relacoes-internacionais/Cupula-judicial-Ibero-Americana>>. Acesso em 01 de março de 2021.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de ética jurídica**. 15ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. Edição Saraiva Digital.

COSTA, Elcias Ferreira da. **Deontologia jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

CUNHA, José Ricardo. O juiz, a ética e o direito. In:_____. (Org.). **Poder Judiciário: novos olhares sobre gestão e jurisdição**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Tradução por Pedro Elói Duarte. Coimbra: Editora Almedina, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. (Orgs.). Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 7ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2016.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral – comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federal do Brasil**. 9ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial**. Tradução por Marlon da Silva Maia e Ariane Emílio Kloth. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2008_Comentarios_aos_Principios_de_Bangalore.pdf>. Acesso em 01 de março de 2021.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os Onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. 1ª ed. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. Edição Saraiva Digital.

SARMENTO, Daniel. Comentário ao artigo 5º, inciso IV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva/Almedina, 2013.

U.S. SUPREME COURT. **Abrams et al. v. United States**, 250 U.S. 616, 1919.
Disponível: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep250/usrep250616/usrep250616.pdf>. Acesso em 01 de março de 2021.

*Data da submissão: 04/03/2021
Data da primeira avaliação: 08/04/2021
Data da segunda avaliação: 11/08/2021
Data da terceira avaliação: 30/10/2021
Data da aprovação: 30/10/2021*

A PROPÓSITO DE LA CORRUPCIÓN. ANÁLISIS INTERDISCIPLINAR

ABOUT CORRUPTION. INTERDISCIPLINARY ANALYSIS

Jorge Isaac Torres Manrique¹

Resumen: La corrupción es uno de los más grandes males que se encuentra enraizada en las sociedades del orbe. Su presencia se puede evidenciarse en la totalidad de sectores e instituciones del Estado. Pero, comporta a su vez una diversidad de aristas de orden interdisciplinar, que explican su no erradicación, contrariamente su generalización y fortalecimiento, puesto, que la propia naturaleza del ser humano, favorece su incidencia y fomento. El autor desarrolla la presente entrega a la luz de lo señalado, desentrañando su quintaesencia, para culminar analizando, concluyendo y proponiendo alternativas de solución.

Palabras clave: Valores; Corrupción; Gestión pública; Derechos fundamentales.

Abstract: Corruption is one of the greatest evils that is rooted in the societies of the world. Its presence can be evidenced in all the sectors and institutions of the State. But, in turn, it involves a diversity of interdisciplinary edges, which explain its non-eradication, contrary to its generalization and strengthening, since the very nature of the human being favors its incidence and promotion. The author develops this installment in the light of the above, unraveling its quintessence, to culminate by analyzing, concluding and proposing alternative solutions.

¹ Consultor jurídico. Abogado por la Universidad Católica de Santa María (Arequipa). Doctorados en Derecho y Administración por la Universidad Nacional Federico Villarreal (Lima). Presidente de la Escuela Interdisciplinar de Derechos Fundamentales Praeeminentia Iustitia (Perú). Miembro Honorario de los Ilustres Colegios de Abogados de Moquegua y Apurímac. Director de la Biblioteca: “Recientes y próximos escenarios de los ordenamientos jurídicos”, publicada por Ediciones Olejnik (Chile). Diamont ambassador of the organization of world ambassadors (Argentina). Miembro del Comité Editorial de la Editora da Universidade de Caxias do Sul (Brasil). Miembro del Consejo Académico del Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores, adscrito a la Universidad de Santo Tomás de Oriente y Medio Día (Nicaragua). Miembro de la International Association of Constitutional Law (Serbia). Miembro de la Red de Expertos Iberoamericanos en Gestión Pública (España). Miembro del Comité Científico Internacional del Instituto Jurídico Internacional de Torino (Italia). Miembro, Par Académico Evaluador, Corresponsal e Investigador Externo Adscrito al Instituto Vasco de Derecho Procesal (País Vasco). Par Académico de la Revista Misión Jurídica, de la Univ. Colegio Mayor de Cundinamarca (Colombia). Colaborador do Projeto de Pesquisa Constitucionalismo e meio ambiente: Sustentabilidade, direitos fundamentais e o socioambientalismo na sociedade consumocentrista, vinculados ao Programa de Pós- Graduação em Direito da Universidade de Caixas de Sul (Brasil). Investigador Externo de la Univ. Global (Honduras). Pesquisador Internacional del Grupo de Responsabilidad Civil e Processo Ambiental de la Escola Superior Dom Helder Câmara (Brasil). Colaborador Extranjero del Grupo de Investigaçao de Investigaçao Metamorfose Jurídica, vinculado ao Programa de Pós- Graduação em Direito da Universidade de Caixas de Sul (Brasil). Autor, coautor y Codirector de diversos libros y tratados en Derecho Constitucional, Penal, Administrativo. Codirector de los Códigos Penales Comentados de Ecuador y Colombia. kimblellmen@outlook.com; <http://lattes.cnpq.br/0707774284068716>.

Key-words: Values; corruption; public management; fundamental rights.

Sumario: 1. Introducción; 2. Qué debemos entender por corrupción; 3. Elementos característicos de la conducta corrupta; 4. Tipología de las prácticas corruptas; 5. Causas de la corrupción; 6. Crisis del sistema electoral; 6.1. Preocupante escenario electoral; 6.2 el elector como grupo vulnerable en sentido amplio; 7. Gestión pública y corrupción; 8. Hacia una acertada gestión pública; 9. El derecho fundamental a elegir sin miedo, ansiedad, desesperanza; 9.1 explicación interdisciplinar de la vulneración del derecho fundamental a elegir sin miedo, ansiedad, desesperanza; 10. Consideraciones finales; 11. Sugerencias; 12. Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

La corrupción está asociada a la naturaleza humana, como ya decía Tucídides hace más de 2.000 años. Sin embargo, en estos momentos, se ha convertido en un fenómeno que afecta negativamente a la política, probablemente más que ningún otro, de modo que seguramente la corrupción sea el aspecto que refleja, y causa a la vez, las mayores crisis de los modelos democráticos. Así, centra los debates, los análisis y las agendas, mediáticos y políticos, y también los judiciales, y desde luego se considera uno de los principales problemas políticos a juicio de la mayor parte de los ciudadanos. Su combate llena campañas electorales; no obstante, las políticas concretas y los cursos de acción específicos que puedan servir para frenarla, mitigarla, reducirla o controlarla no parecen estar a la altura de su significación mediática o política. En América Latina la corrupción está afectando especialmente a las democracias, acuciadas por el efecto que tiene en ellas el conocimiento de grandes tramas, de casos evidentes de utilización indebida de los recursos públicos y de la autoridad soberana para alcanzar fines privados. En los últimos años se han conocido casos emblemáticos de corrupción que han afectado a políticos de alto rango y/o a numerosos integrantes de las élites políticas, entre los que el caso Odebrecht es sin duda el más significativo y conocido. Así, la corrupción se ha convertido en uno de los factores que más incide en la desconfianza en las instituciones democráticas latinoamericanas y el que explica que se estén llevando a cabo reformas políticas, de mayor o menor envergadura, con el fin de mejorarla calidad de los gobiernos y las percepciones de los ciudadanos (RAMOS ROLLÓN; ÁLVAREZ GARCÍA, 2019, p. 3).

Ciudadanos y expertos continúan considerando a la corrupción como uno de los

principales problemas de los países de la región. Por una parte, 8 de cada 10 latinoamericanos sostienen que su gobierno es corrupto (Encuesta Gallup, 2017 en OCDE, 2018: 155), y se ha incrementado la percepción del aumento de la corrupción como primer problema de su respectivo país. En este sentido, “en 2017 un 62% de los latinoamericanos decía que la corrupción había aumentado, en 2018 es el 65%” (Latinobarómetro, 2018). Por otra parte, el 60% de la ciudadanía considera que no existe transparencia en el gobierno, y un 62% piensa que no la hay en el Estado (Latinobarómetro, 2016). De acuerdo al “Índice de Percepción de Corrupción 2018” de Transparencia Internacional, con la excepción de Uruguay, Costa Rica y Chile, el resto de países de la región no alcanza el 50 en la escala del 1 al 1001 (RAMOS ROLLÓN; ÁLVAREZ GARCÍA, 2019, p. 3-4).

Esta creciente centralidad del fenómeno de la corrupción en la agenda política se ve facilitada por dos factores: 1. Por una parte, los medios de comunicación y las redes sociales han contribuido a difundir el conocimiento de muchos de los casos de corrupción y, en consecuencia, a incrementar su impacto social. La ciudadanía está percibiendo la corrupción como un problema central que genera un enorme daño, hasta el punto de que se ha catalogado en algún país como daño social. 2. Por otra parte, también ha habido una mayor reacción internacional a la corrupción, de forma que organismos y actores del ámbito internacional han entendido que apoyar los modelos democráticos pasa necesariamente por apuntalar las instituciones que limitan o frenan este tipo de conductas, o por apoyar a los ciudadanos que las denuncian (RAMOS ROLLÓN; ÁLVAREZ GARCÍA, 2019, p. 4-5).

2. QUÉ DEBEMOS ENTENDER POR CORRUPCIÓN

Tenemos que, en las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores.²

El concepto de corrupción constituye ante todo una categoría cultural que forma parte de los discursos jurídico, económico y social, pero también del lenguaje corriente. Por lo tanto, no es posible contar con una definición única. Mientras que desde la perspectiva

² Cf. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Corrupción.** En línea, recuperado en fecha 9/9/22 de: <https://dle.rae.es/corrupci%C3%B3n>. Madrid, 2021.

jurídica el factor determinante es el uso del poder, desde la perspectiva económica lo es el dinero, aunque ambos enfoques coinciden en que la finalidad es la obtención de un beneficio quebrantando una norma. Desde la perspectiva más amplia de las ciencias sociales, si bien no existe una posición unívoca, hay acuerdo en que la definición de la conducta corrupta no se debe limitar al concepto de ilegalidad, ya que existen prácticas y actividades que no violan una disposición legal pero conllevan una falla ética (GILLI, 2014, p. 61).

3. ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DE LA CONDUCTA CORRUPTA

Como tales podemos citar (GARZÓN VALDÉS, 1997, p. 7-8):

- El concepto de corrupción está vinculado con el sistema normativo, entendido como tal, en sentido amplio, todo el conjunto de reglas que regulan una práctica social. Es decir, sistemas normativos religiosos, jurídicos, políticos, económicos, etcétera.

- El actor o actores, en consonancia con lo expresado, no está limitado a un campo de actividad específica y lo que lo caracteriza es su competencia para tomar decisiones en virtud de la posición que ocupa en el sistema normativo o de papel social que desempeña.

- Los deberes posicionales son aquellos que se adquieren cuando se acepta asumir dentro del sistema normativo y deben ser distinguidos de los llamados deberes naturales, es decir aquellos que valen para todos los individuos.

- La corrupción es un delito o una infracción que implica la violación de alguna obligación por parte de un decisor. Si se acepta que las obligaciones son deberes adquiridos por la aceptación expresa o tácita de una determinada posición, la corrupción implica siempre un acto de deslealtad hacia el sistema normativo.

- El acto o actividad corrupta requiere, además del decisor, la intervención de una o más personas. Es un acto participativo en que una de las partes trata de influir el comportamiento de la otra por medio de promesas, amenazas o prestaciones prohibidas por el sistema normativo.

4. TIPOLOGÍA DE LAS PRÁCTICAS CORRUPTAS

Al respecto, podemos referir (LAPORTA, 1997):

- **Soborno.** Ofrecimiento de una recompensa a un agente público para influir sobre

sus decisiones a favor del otorgante.

- **Extorsión.** Amenaza de una medida lesiva por parte del agente público al ciudadano, si éste no realiza una contraprestación a favor del agente.

- **Arreglos.** Pacto recíproco entre el agente público y el ciudadano, de forma que una decisión oficial favorezca al privado a cambio de una recompensa para el agente.

- **Alteraciones fraudulentas del mercado.** El agente público introduce externalidades en el mercado de bienes que afectan su valor, con la finalidad de un beneficio para sí o un tercero.

- **Malversación y fraudes.** Uso de fondos públicos o de posiciones oficiales para fines distintos de los previstos en las normas.

- **Parcialidad.** Discriminación deliberada en la formulación y la aplicación de leyes (normas ad hoc) o en la prestación de servicios o en la provisión de cargos (favoritismo y clientelismo).

- **Colusión privada.** Cuando ciertos agentes económicos se ponen de acuerdo entre sí para fijar el monto de un contrato de aprovisionamiento o concesión pública.

- **Uso de información privilegiada.** Cuando quien por su función tiene acceso a la misma y la utiliza para la toma de decisiones privadas para beneficio propio o de terceros.

5. CAUSAS DE LA CORRUPCIÓN

De manera preliminar podemos considerar:

- **Cultura del secreto.** Ante todo, se deja constancia que, de manera genérica, la principal causa es la cultura del secreto, instalada en gran parte de la sociedad estatal, puesto que, la misma se encuentra presente en la propia naturaleza del ser humano.

- **Elementos culturales.** Si bien en general ciertas prácticas, como el soborno, la extorsión y el fraude, son rechazadas, en algunas culturas existe mayor permisividad respecto de las conductas corruptas o incluso puede existir un alto grado de tolerancia a las conductas corruptas y, en algunos casos, la proximidad a las autoridades o cierto grado de influencia para obtener beneficios es visto positivamente (GILLI, 2014, p. 60).

- **Egolatría y mesianismo.** Tenemos que preocuparnos cuando las propuestas legislativas sobre la lucha contra la corrupción se aprueban rápidamente. Esto suele suceder

cuando los verdaderos expertos en la materia no son llamados a hablar. Luego, las propuestas y modificaciones terminan siendo producto de una coyuntura y no de una real necesidad legislativa. Esto se puede ver, por ejemplo, cuando, antes de que se instituyera la comisión legislativa, no había una propuesta básica de modificación.

En este contexto, vale la pena recordar a lo que Mario Castillo Freyre señala como “Tentaciones Académicas, en el sentido de que entre los miembros de las comisiones de reforma prevalece la máxima “no me opongo a tu propuesta si tú no te opones a la mía”. “Luego, acuerdan que finalmente que vaya el paquete completo sin mayor debate y análisis, en atención a que en el Congreso de la República el legislador hará las observaciones y enmiendas correspondientes. Lo que ciertamente no siempre ocurre” (MANRIQUE, 2021).

La principal consecuencia de esta práctica es la promulgación de leyes sin coherencia interna y externa, llenas de contradicciones, lagunas y omisiones. Además, No podemos dejar de considerar a los innumerables legisladores que prefieren mantener la vigencia de una ley equivocada sólo porque fue propuesta por ellos, ya que no pueden aceptar que su nombre deje de estar presente en la dación o propuesta en cuestión. Por eso, buscan vetar cualquier intento de cambiar la ley, bajo la velada justificación de que ellos fueron los autores de la propuesta.

6. CRISIS DEL SISTEMA ELECTORAL

De entrada, es importante señalar que los derechos fundamentales de los grupos más vulnerables de la sociedad han sido cada vez más vulnerados. Prueba de ello, tenemos que recientemente el Tribunal de Honor del Pacto Ético Electoral (PEE) de las Elecciones Generales 2021 (EG-2021) exhortó a los medios de comunicación a promover la intervención de los grupos en situación de vulnerabilidad para garantizar la participación política en igualdad de condiciones en el proceso electoral. Así, los invoca a incentivar y asegurar la visibilidad de los postulantes que representan estas minorías en los debates, entrevistas y otras secciones que destinen a la cobertura del proceso electoral. Tal pronunciamiento ocurre tras verificar la ausencia de aspirantes que son parte de la citada población (indígenas, afrodescendientes, personas con discapacidad, mujeres, personas que viven con VIH y comunidad LGBTI), en espacios públicos, como radio, televisión y prensa

escrita. Ante ello, el colegiado resalta la necesidad de contar con unas elecciones que reflejen la diversidad existente en el país. Se trata de la décima exhortación que dirige la instancia ética, la cual se encarga de velar por el cumplimiento de los compromisos del PEE en las actuales elecciones.³

Indudablemente, ello nos lleva a un profundo análisis, reflexión y compromiso, a efectos de afrontar sin ambages la referida problemática en que se incurre de manera sistemática como tradicional en contra de los integrantes de los grupos vulnerables.

Empero, de acuerdo con el enfoque adoptado aquí, la exclusión de los grupos vulnerables de los procesos electorales afecta no solo a los miembros de estos grupos, sino a todos los ciudadanos.

En ese contexto los objetivos serán, el determinar la trascendencia y sentido constitucional del derecho fundamental propuesto, es decir, el derecho a votar sin miedo, ansiedad, desesperanza).

Posteriormente, se expondrán los problemas derivados del no reconocimiento de este derecho en el ordenamiento jurídico. Las metodologías a utilizarse serán de orden cualitativo y cuantitativo. Finalmente, se presentará la justificación de la necesidad de proteger este derecho al voto sin temores ni restricciones. En términos generales, la idea es la siguiente: mientras no se proteja este derecho y se supere la crisis electoral, los candidatos a elecciones, aunque sean muchos, no cumplirán con los requisitos necesarios para representar al pueblo en las decisiones políticas fundamentales de la sociedad, y esto se debe a que “[...] sus motivaciones para presentarse como candidatos devienen en absolutamente diferentes, puesto que las mismas resultan ser más bien político partidarios y/o personales, lo que finalmente deviene inevitablemente en una gestión lamentable y corrupta” (MANRIQUE, 2021)

6.1. PREOCUPANTE ESCENARIO ELECTORAL

- Inexistencia de un Código Electoral;

³ Cf. JURADO NACIONAL DE ELECCIONES. **Tribunal de honor exhorta a prensa a promover intervención de candidatos de grupos vulnerables.** En línea, recuperado en fecha 9/9/22 de: https://portal.jne.gob.pe/portal_documentos/files/cdc25b56-89af-4cd0-b32f-25d4d773d826.pdf Lima, 2021.

- Inexistencia de partidos políticos fuertes, representativos de la voluntad popular;
- Precaria democracia interna de los partidos políticos;
- Inexistencia de una jurisdicción judicial electoral permanente;
- Inexistencia de una cultura política ciudadana;
- Nula concientización e identificación con la majestad y prevalencia del derecho;
- fundamental a elegir sin miedo, ansiedad, desesperanza.

6.2. EL ELECTOR COMO GRUPO VULNERABLE EN SENTIDO AMPLIO

Como se vio, se entiende como grupos vulnerables a los indígenas, afrodescendientes, personas con discapacidad, mujeres, la comunidad LGBTI (lesbianas, homosexuales, bisexuales, transexuales e intersexuales), entre otros. No obstante, en el contexto actual, necesitamos agregar los electores en general como un grupo vulnerable.

Esto se debe a que en las elecciones la gran mayoría de los candidatos no son adecuados; no tienen un perfil democrático y no profesan discursos de protección de los derechos fundamentales, en fin, son candidatos cuyas ideas no representen progreso, desarrollo y consolidación de la democracia de los pueblos.

En efecto, en una elección de estas características los votantes son vulnerables a los desaciertos y atrocidades de la gestión pública de los elegidos. En otras palabras, “Contrariamente a lo que se tendría que esperar de ellos, esto es, la conducencia de la unimismancia de la gestión pública con la quintaesencia y mística volcadas en favor de la población y en ningún extremo en su contra” (MANRIQUE, 2021).

7. GESTIÓN PÚBLICA Y CORRUPCIÓN

Es sabido que la corrupción que existe en la gestión pública no es de los últimos años y está lejos de extinguirse. Pero, ¿qué hacemos contra ello? ¿Los funcionarios y servidores públicos están preparados para enfrentar los actos de corrupción? ¿Dónde está la ética pública? ¿Dónde están los valores? Una de las desviaciones principales en definitiva está en la ética pública, la misma que si bien se encuentra en la letra, es decir en las normas y en las reglamentaciones, no está arraigada en los funcionarios de las instituciones públicas ni en los encargados de dirigir a las entidades del Estado quienes, muchas veces, tampoco tienen

en claro los objetivos nacionales e institucionales de sus centros de trabajo. Ante esta realidad, ¿cómo se puede pensar en mejorar la gestión pública del país? (LEONARTE, 2015).

En el portal de la Asociación denominado “UTERO”, y en el diario la República de Fecha 17 de Julio del presente año, salió publicado lo siguiente: “... 1,395 candidatos a regidores, consejeros, Alcaldes y Presidentes Regionales, habían purgado sentencia penales y civiles de los más diversos: 871 por juicio de alimentos y 113 por peculados. Asimismo, 7 candidatos sentenciados por homicidio; 13 por narcotráfico, 5 por terrorismo, etc. Del mismo modo, 2,131 postulantes se encuentran en el Registro Nacional de Condenas. Según el JNE anunció que 345 tienen condenas vigentes, 11 condenados por terrorismo, 18 condenados por no pasar pensión; y además, existen 18 candidatos que son golondrinos.” Queda pues en la ciudadanía saber cuál es la opción que representa transparencia y honestidad; para de esa manera, poder elegir a nuestros representantes ediles dentro del marco de la limpieza política. Evitando que la corrupción y las personas con antecedentes lleguen a ocupar los sillones municipales, porque de lo contrario estaremos siendo gobernados por autoridades que harán de las instituciones públicas “su chacra” o “su caja chica” (PAREDES VILLARREAL, 2021).

En este sentido, aunque doloroso, es necesario reconocer que la práctica de actos de corrupción parece ser común entre los candidatos, especialmente en lo que se refiere a la sustracción sistemática de recursos de las arcas del Estado. Una situación similar se puede observar en el contexto de elecciones generales, como la elección de candidatos a la Presidencia y al Congreso de la República.

8. HACIA UNA ACERTADA GESTIÓN PÚBLICA

A continuación, proponemos un decálogo, una estrategia, consistente en una serie de puntos que deben ser observados rigurosamente por quienes ocupan cargos y empleos públicos.

- **Conocer su profesión, su trabajo y de administración.** Esta triada comporta que, en primer lugar, es necesario tener los conocimientos necesarios para asumir la profesión.

En segundo término, debe tenerse experiencia previa en las tareas a realizar. En este sentido, no es posible permitir el ingreso a las instituciones públicas de personas sin ningún conocimiento sobre el área de actividad. No se puede ir a la misma a aprender.

En tercer lugar, se requiere experiencia en administración, preferiblemente en administración pública. En pocas palabras, administrar (“Gobernar, ejercer la autoridad o el mando sobre un territorio y sobre las personas que lo habitan”⁴), significa hacer algo a través de otro. Por lo tanto, “[...] vamos necesitar de la administración para lidiar permanentemente con nuestros superiores, inferiores, a nivel institucional e inter institucional” (MANRIQUE, 2018).

- **Conocer a nuestros superiores e inferiores jerárquicos.** Es imperativo que conozca a los demás empleados de la institución para que pueda trabajar correctamente. Ello, facilitará que las comunicaciones en general (no solo por escrito) se lleven a cabo de una manera ágil y fluída. Evitando así impases, retrasos e incluso eventuales sanciones administrativas.

Como regla general, tenemos: i) si la comunicación es de un inferior a un superior, debe realizarse a través de informe, ii) si es entre rangos iguales, debe realizarse a través de proveído, iii) si de superior a inferior, debe realizarse a través de memorándum.

- **Conocer los alcances de nuestras atribuciones y funciones.** Para ello, necesitamos revisar y tomar en cuenta lo contenido en el Reglamento de Organización y Funciones (ROF), Manual de Organización y Funciones (MOF), Reglamento Interno (RI), básicamente.

Tener este conocimiento es importante por dos razones principales: primero, ayuda a realizar correctamente la función; segundo, evita asignar roles a alguien que no esté preparado para asumírselos.

Si la institución no cuenta con reglamentos como estos (o en el caso de que estén desactualizados), es necesario por lo menos que todos los planes de trabajo estén

⁴ S/a. **Administrar.** Real Academia Española. En línea, recuperado en fecha 9/9/22 de: <http://dle.rae.es/?id=0mFIScm>. Madrid. 2018.

formalizados, a efectos de ser remitidos a la gerencia general, que a su vez debe dirigirlos a la presidencia del directorio, para su aprobación.

Además, la ausencia de normativa no implica la posibilidad de que alguien se desempeñe en un cargo incompatible con sus atribuciones institucionales. “Así, por ejemplo, ello no comporta en extremo alguno que, por tratarse de una orden del superior jerárquico, el gerente legal tenga que hacer el trabajo del gerente de recursos humanos” (MANRIQUE, 2018).

• **Identificar la autonomía y respaldo.** También es imperativo identificar si contamos con todos los instrumentos necesarios para el buen desarrollo de la actividad profesional. Nos referimos a la autonomía y respaldo, que refiere David Fishman en su obra: “Motivación 360°”.

Y es que, necesitamos tener autonomía para ejercer la profesión, sin sufrir presiones para tomar una decisión en tal o cual dirección. Por lo tanto, necesitamos el apoyo de nuestros superiores, a efectos de no ser motivo de sanciones o contraórdenes acerca de nuestras decisiones.

Cuando dichos presupuestos no se cumplen, es decir, cuando no realizamos nuestras actividades de manera autónoma, la consecuencia es que las atribuciones y funciones nuestras son acaparadas indebidamente por ellos. En esta situación, agotadas las posibilidades de recurso para que cesen las restricciones, lo mejor que puedes hacer es renunciar, para así evitar ser presa de responsabilidades administrativas o incluso, delitos.

• **Atención de casos emblemáticos y carga laboral.** Se debe tener cuidado con los casos difíciles para evitar reprimendas evitables de parte de los superiores. Incluso, es necesario que la resolución de estos casos emblemáticos no perjudique el funcionamiento ordinario del servidor.

Ello, si bien es cierto que comporta un esfuerzo adicional, resulta viable y manejable, en el entendido que los casos emblemáticos normalmente son muy pocos.

• **Identificar la política de trabajo y lineamientos de dicha institución.** Un paso fundamental para realizar adecuadamente las actividades es conocer cómo funciona la institución, ya sea, intra e inter institucional. Y también, tomar conocimiento de los

lineamientos institucionales de actuación aprobados. En ese sentido:

A propósito, ello también evitará ser eventualmente ser sorprendidos cuando nuestra labor o propuestas de trabajo, sean catalogadas por no encontrarse en concordancia con los supuestos lineamientos, en razón, a que sea posible que objetivamente, los tan mentados increíblemente no existan.

Ello, incluso se agrava, cuando el jefe o jefes, actúan esgrimiendo dicho *cliché* de los supuestos lineamientos (asumiéndolos por válidos sin serlo), pero, que, sin embargo, ante un cambio de dicho personal ocurre que los mismos cambian repentina como inexplicablemente. Así, resulta evidente que dichos “lineamientos”, solo existieron en su imaginación y lo que es peor, no solamente no existían, sino que tampoco era institucionales, sino, personales (MANRIQUE, 2018).

• **Identificar las metas que se plantean en el ejercicio.**- Además, es necesario conocer las metas de la institución, sean anuales, semestrales o mensuales. Esto nos permitirá centrar nuestros esfuerzos en las actividades que son importantes para lograr las metas establecidas.

• **Principio de objetividad.**- No se debe perder de vista que así como en el derecho: *“Todo lo que existe en el expediente, existe en el mundo del derecho y todo lo que no existe en el expediente, no existe en el mundo del derecho”*; igualmente aplica en la administración (MANRIQUE, 2018).

Por lo tanto, toda comunicación debe hacerse por escrito, especialmente a través del correo electrónico institucional. Ello, a efectos de ser demostrable, a la vez de evitar posibles retrasos de gestión y sanciones.

• **Conocer el Código de Ética de Gestión Pública.**- También debes conocer el Código de Ética de Gestión Pública, a fin de evitar comportamientos que violen sus deberes funcionales y éticos.

• **Generar Valor Público.**- La gestión pública precisa abrazar un enfoque de generación de valor público. El valor público (BERTUCCI, 2005, p. 12), asume en resumidos términos, que: *“(...) la gente tiene la capacidad y la libertad para expresar sus preferencias respecto a las actividades y resultados de la Administración Pública. También asume que las Administraciones Públicas tienen la voluntad y la capacidad para acomodar sus objetivos a las preferencias ciudadanas; y más que eso, asume que*

al entregar el valor público requerido, la gente estará dispuesta a pagar por él con dinero, con el voto, u ofreciendo su tiempo para colaborar con el gobierno”.

Así, el valor público constituye una obligación para para todos los que ocupan cargos públicos, los cuales le pertenecen a la población y por ende deben estar orientados hacia ella en general y específicamente a los sectores más deprimidos y no a otros fines, menos aún, cuando los referidos “otros fines”, postergan y desnaturalizan la finalidad que abraza la función pública (sea derivada generada vía elección popular o no) (MANRIQUE, 2018).

9. EL DERECHO FUNDAMENTAL A ELEGIR SIN MIEDO, ANSIEDAD, DESESPERANZA

Después de todo lo anterior, ahora podemos hablar del derecho fundamental al que hacíamos referencia: el derecho fundamental a elegir sin miedo, ansiedad, desesperanza, securitizados no solo por miembros de los grupos vulnerables, sino también, dada la situación política actual, pelos electores.

Es un derecho que cobra aún más relevancia y vigencia a partir de una situación que se genera de manera silenciosa, cuasi encubierta, innegable como preocupante, en la medida en que el miedo, la ansiedad y la desesperación se manifiestan principalmente en el momento de la votación, cuando el ciudadano se da cuenta de que los candidatos disponibles no aseguran u otorgan al elector, la tranquilidad, esperanza, sosiego

También cabe señalar que este derecho fundamental es importante no solo durante los períodos electorales, ya que la actuación de los partidos políticos no se limita a estos momentos. Además, este derecho fundamental incluye otros derechos conexos, tales como: a) a la paz y tranquilidad; b) a la correcta gestión pública; c) a la transparencia, acceso a la información pública y rendición de cuentas; d) al libre desarrollo de los pueblos; e) al mejor derecho del elector; f) a la legitimidad del derecho a elegir.

9.1 EXPLICACIÓN INTERDISCIPLINAR DE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A ELEGIR SIN MIEDO, ANSIEDAD, DESESPERANZA

- **Crisis de valores.** Equivocada concepción de éxito. Concepción de las arcas del

Estado como un botín.

- **Desconocimiento jurídico.** Además, la cuasi nula identificación con los derechos fundamentales y derecho constitucional.

- **Desconocimiento de gestión pública.** La satisfacción del valor público constituye una obligación para todos aquellos que ocupan cargos públicos, especialmente cuando operan con dinero público, que pertenecen al pueblo y debe gastarse por el bien general, con especial atención a las clases más marginadas y vulnerables de la sociedad Y no a otros fines, menos aún, cuando ellos están en contradicción con el propósito de la gestión pública. En las palabras de Jorge Manrique, el valor público, busca de forma comprometida, un sistema que promueva un desarrollo eficaz, eficiente, equitativo y sostenible. Bajo esta perspectiva, se busca la creación de valor público por medio de una gestión estatal, la que tiene que contribuir significativamente a cuatro fines o principios fundamentales: i) Reducción de la desigualdad, ii) Reducción de la pobreza, iii) Fortalecimiento de estados democráticos, iv) Fortalecimiento de la ciudadanía (MANRIQUE, 2021).

Así, el valor público (BERTUCCI, 2005), asume en resumidos términos, que: “(...) *la gente tiene la capacidad y la libertad para expresar sus preferencias respecto a las actividades y resultados de la Administración Pública. También asume que las Administraciones Públicas tienen la voluntad y la capacidad para acomodar sus objetivos a las preferencias ciudadanas; y más que eso, asume que al entregar el valor público requerido, la gente estará dispuesta a pagar por él con dinero, con el voto, u ofreciendo su tiempo para colaborar con el gobierno*”.

Así también, corresponde dejar constancia de la indisoluble relación existente entre la gestión pública y los derechos fundamentales.

En ese orden de ideas, es de verse el Fund. 9., del Exp. N° 2939-2004-AA/TC, del Tribunal Constitucional Peruano, que juridiza:⁵ “(...) *el principio interpretativo de la eficacia vertical de los derechos fundamentales, que exige que los poderes públicos en el ejercicio de sus competencias den a los derechos fundamentales el carácter de verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial, reconociendo, asimismo, su capacidad de*

⁵ Disponible en <<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02939-2004-AA.html>>. Recuperado en 10/9/2022.

irradiarse en las relaciones entre particulares, actuando como verdaderos límites a la autonomía privada”.

Por su parte, se debe también tener presente el Principio de Buena Administración de la gestión pública, que *“Se trata del principio de buena administración, cuyos brotes verdes empiezan a verse en la jurisprudencia y permitirá redefinir el modelo de relaciones entre el uso de la discrecionalidad por la administración y la justicia que la controla. El profesor Julio Ponce Solé, quien ya demostró ser un adelantado en mostrar la vía de la negociación de las normas en obras anteriores, ahora en su excelente trabajo titulado “La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración” (REDA 175, Enero- Marzo 2016), postula el advenimiento de “un nuevo paradigma del Derecho del siglo XXI. El paradigma del buen gobierno y la buena administración.” Y distingue la idea de “buen gobierno” o modo en que el ejecutivo desarrolla sus funciones reglamentarias y políticas, de la idea de “buena administración” que se refiere al modo de gestión administrativa, que se incumple con la gestión negligente o la corrupción” CHAVES, 2016).*

Lo curioso, es que con dos principios benéficos, la gestión pública en predios del derecho deportivo sería irreprochable. El principio de buena administración, en la vertiente objetiva de prudencia, calidad, objetividad y justificación de las decisiones. Y el principio de buena fe, en la vertiente subjetiva de las intenciones (CHAVES, 2016).

- **Filosofía.** Este punto resulta de particular importancia porque, en principio, se constató que las políticas de Estado no se han preocupado por proteger los derechos de los ciudadanos, especialmente en lo que se refiere a la efectiva tutela del derecho fundamental a elegir sin miedo, ansiedad, desesperanza contra la corrupción.

10. CONSIDERACIONES FINALES

- La corrupción presenta una naturaleza difícil de definir, pero, puede ser entendida a través de sus diversas manifestaciones y quintaesencia interdisciplinar.

- La corrupción se constituye en un mal endémico, el cual se encuentra presente en la totalidad de instituciones no solo estatales.

- La población se encuentra identificada en gran medida con la corrupción. Ello, configura el principal obstáculo para la lucha contra la misma.

- La corrupción ocasiona un preocupante daño a la población, sobre todo a quienes menos tienen, pues, las partidas presupuestarias se ven disminuidas o utilizadas para fines particulares.

- La gestión pública presenta una severa crisis, que tiene que ver básicamente con el desconocimiento de cómo llevar a cabo una acertada gestión pública, en beneficio de los administrados.

- El derecho fundamental a elegir sin miedo, ansiedad, desesperanza, asiste a todos los grupos vulnerables en el foro electoral (en particular, los votantes), y es válido y aplicable no solo durante los períodos electorales.

- La crisis de los valores democráticos es un factor que contribuye a la violación sistemática de ese derecho,

- El derecho fundamental referido comprende también una serie de derechos conexos, *verbi gratia*: i) A la paz y tranquilidad, ii) A la correcta gestión pública, iii) A la transparencia, acceso a la información pública y rendición de cuentas, iv) Al libre desarrollo de los pueblos, v) Al mejor derecho del elector, vi) A la legitimidad del derecho a elegir.

- Este derecho fundamental reviste también los principios de la administración: i) De buena fe, ii) Buena administración, iii) Valor público. Y además, una relación con la filosofía.

- El pendiente reconocimiento del derecho fundamental a elegir sin miedo, ansiedad, desesperanza, contribuye no solamente a perjudicar la elección de la ciudadanía, sino que, además, genera sistemática sustracción de recursos económicos pertenecientes al Estado y así también, al avance y recrudescimiento de la corrupción.

- La corrupción se genera también, como consecuencia de un sistema electoral en crisis.

11. SUGERENCIAS

- La inculcación de valores en los centros educativos, básicamente desde los años iniciales. En vista que los valores pueden ser asimilados hasta los doce años.

- Implantación de políticas públicas con un enfoque interdisciplinar, a efectos de poder combatir la corrupción desde su naturaleza.

- Determinar las causas de la corrupción y llevar a cabo las correspondientes políticas de Estado destinadas a contrarrestar las mismas.
- Enseñanza en los centros educativos, de la gestión pública, de los derechos fundamentales.
- El reconocimiento y protección del derecho legal y constitucional fundamental a elegir sin miedo, ansiedad, desesperanza
- Capacitación a los actores de la administración de justicia electoral a respecto del derecho fundamental referido.
- La promoción y difusión en los diferentes niveles educativos de los derechos fundamentales electorales, valores, cultura política no partidaria, ciudadanía responsable.
- La urgente promulgación de un Código Electoral.
- La urgente implementación de jurisdicción judicial electoral permanente.
- Llevar a cabo las urgentes acciones conducentes a corregir y combatir el origen y las causas de la corrupción. Ello, a efectos de lograr disminuir o erradicarla de manera asertiva, profesional, especializada.
- Mayor celo en la especialización jurídica, en las comisiones legislativas.

12. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERTUCCI, Guido. **Gobierno digital y valor público**. En línea, recuperado el 9/9/22, de Política Digital: http://www.politicadigital.com.mx/pics/edito/multimedia/418/filearton102_multimedia.pdf. México, 2005.

CHAVES, José Ramón. **Principio de buena administración: nuevo paradigma de control de la discrecionalidad**. En línea, recuperado el 9/9/22, de: <https://delajusticia.com/2016/06/07/principio-de-buena-administracion-nuevo-paradigma-de-control-de-la-discrecionalidad/>. España. 2016.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Acerca del concepto de corrupción, en Laporta, Francisco y Silvina Álvarez, **La corrupción política**, Madrid. Alianza Editorial. 1997.

LAPORTA, Francisco J. y ÁLVAREZ, Silvina. **La corrupción política**. Madrid, 1997.

GILLI, Juan José. **La corrupción**: Análisis de un concepto complejo. En línea, recuperado en fecha 9/9/22 de: <https://www.eseade.edu.ar/wp->

content/uploads/2016/08/gilli_rim61.pdf. Buenos Aires, 2014.

JURADO NACIONAL DE ELECCIONES. **Tribunal de honor exhorta a prensa a promover intervención de candidatos de grupos vulnerables.** En línea, recuperado en fecha 9/9/22 de: https://portal.jne.gob.pe/portal_documentos/files/cdc25b56-89af-4cd0-b32f-25d4d773d826.pdf Lima, 2021.

LEONARTE, Juan Carlos. **Corrupción en la gestión pública.** En línea, recuperado en fecha 9/9/22 de: <https://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2015/09/28/corrupcion-en-la-gestion-publica/>. Lima, 2015.

MANRIQUE, Jorge Isaac Torres. Decálogo para una correcta gestión pública y su influencia con la realización de derechos fundamentales. **Portal Ius et Veritas**, 2018. Disponible en <<https://ius360.com/decalogo-para-una-correcta-gestion-publica-y-su-influencia-con-la-realizacion-de-derechos-fundamentales/>>. Recuperado en 10/9/2022.

MANRIQUE, Jorge Isaac Torres. El derecho fundamental a elegir sin miedo, ansiedad, desesperanza. Análisis interdisciplinar. **Portal Jurídico Interdisciplinario**, 2021. Disponible en <<https://polemos.pe/portal-juridico-interdisciplinario-polemos-8/>>. Recuperado en 10/9/2022.

MANRIQUE, Jorge Isaac Torres. Hacia la deportivización del derecho deportivo contemporáneo agenda pendiente y perspectivas interdisciplinarias. **Athenas, Revista de Direito, Política e Filosofia**, vol. I, 2021. Disponible en <https://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl_athenas_ano10_vol1_2021_artigo13.pdf>. Recuperado en 10/9/2022.

PAREDES VILLARREAL, Percy J. **Candidatos corruptos y elecciones municipales.** En línea, recuperado en fecha 9/9/22 de: <http://cpap.pe/articulos/candidatos-corruptos-y-elecciones-municipales>.

RAMOS ROLLÓN, Marisa y ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. **El control de la corrupción en América Latina: agenda política, judicialización e internacionalización de la lucha contra la corrupción.** En línea, recuperado en fecha 9/9/22 de: https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2019/07/DT_FC_11.pdf. Madrid, 2019.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Corrupción.** En línea, recuperado en fecha 9/9/22 de: <https://dle.rae.es/corrupci%C3%B3n>. Madrid, 2021.

Data da submissão: 09/09/2021

Data da aprovação: 10/08/2022

PRINCÍPIOS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL
*PRINCIPLES OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE***Zulmar Fachin¹****Jéssica Fachin²****Deise Marcelino da Silva³**

RESUMO: O texto é uma reflexão sobre os princípios inspiradores do uso da Inteligência Artificial (IA). Considera que esse novel campo do conhecimento deve ser desenvolvido com a observância de matrizes axiológicas, diante da racionalidade imposta pelas tecnologias que não param de avançar. Tem por objetivo abordar princípios que, embora desenvolvidos no campo da bioética, também devem ser aplicados à IA. Reconhece que a IA impacta em uma pluralidade de direitos fundamentais das pessoas, especialmente, os relativos à sua personalidade. Adotou-se o método hipotético-dedutivo, utilizando-se de textos doutrinários nacionais e estrangeiros. O artigo aponta para a necessidade de se usar a IA de acordo com os princípios que a regem, tendo em vista a simbiose homem-máquina.

Palavras-Chave: Princípios; Inteligência artificial; Direito.

ABSTRACT: The paper is a discussion about the inspiring principles of Artificial Intelligence (AI) usage. It considers that this new field in knowledge should be developed based on the observation of axiological sources facing the rationality imposed by technologies that will not cease advancing. This research addresses principles that, although developed in the bioethical field, also must be applied in AI. This paper affirms that AI impacts a plurality of people's fundamental rights, especially, the ones related to their

¹ Doutor em Direito Constitucional (UFPR). Mestre em Direito (UEL). Mestre em Ciência Política (UEL). Bacharel em Direito (UEM). Licenciado em Letras (Unicesumar). Professor na UEL e no Programa de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica na Universidade Cesumar - Unicesumar. Coordenador do Mestrado Profissional em "Direito, Sociedade e Tecnologias" da Escola de Direito das Faculdades Londrina. Membro eleito da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Presidente do IDCC - Instituto de Direito Constitucional e Cidadania. Pesquisador do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação. Bolsista Produtividade em Pesquisa do ICETI. E-mail: zulmarfachin@uol.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8640721822545057>. ORCID - 0000.0001.5514.5547.

² Doutora em Direito Constitucional (PUCSP). Mestre em Ciência Jurídica (UENP). Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo e Direito Processual Civil (IDCC). Graduação em Direito e Letras. Professora no Programa de Mestrado Profissional em "Direito, Sociedade e Tecnologia" da Escola de Direito das Faculdades Londrina. Coordenadora de Pós-Graduação *Lato Sensu* do IDCC – Instituto de Direito Constitucional e Cidadania. Advogada. E-mail: jessicaafachin@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5305097400126062>. ORCID: 0000-0003-0486-7309.

³ Doutora em Direito Ambiental Internacional pela UNISANTOS (2017). Professora do Programa de Mestrado Profissional em Direito, Sociedade e Tecnologias da Escola de Direito das Faculdades Londrina/PR. E-mail: deise.marcelino@hotmail.com. Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/2466797631971309>. ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-7938-0813>.

personality. It is used the hypothetical-deductive method based on foreign and national doctrinaire texts. This article points to the necessity to use AI according to the principles with lead it considering the symbiosis humankind-machine.

Key-words: Principles; Artificial intelligence, Law.

Sumário: 1. Introdução; 2. Princípio da beneficência; 3. Princípio da não maleficência; 4. Princípio da autonomia; 5. Princípio da justiça; 6. Princípio da explicabilidade; 7. Princípio da privacidade; 8. Princípio da responsabilidade; 9. Considerações finais; 10. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A IA está em nossa vida cotidiana e pode ser vista ou sentida em cada ato, a cada instante. Ela está em todo o lugar, em nossos telefones e carros, nas experiências de compras, encontros, hospitais, bancos e em todos os tipos de mídias (AGRAWAL; GANS; GOLDFARB, 2018). Sua presença proporciona bem-estar, mas também gera riscos. Posto isto, o Direito busca conhecer a IA para estabelecer a melhor forma de regulação, visto que ela deve estar a serviço da vida, cumprindo o papel de garantir, promover e efetivar direitos e liberdades fundamentais da pessoa humana. No entanto, os desafios da regulação são enormes.

O desenvolvimento da IA remonta à década de 1950, época em que surgiu o computador. John MacCarthy, Marvin Minsky, Alan Newell e Herbert Somin são considerados os pais da IA. O vocábulo foi criado em 1956, por John MacCarthy.

O objetivo desta pesquisa é refletir sobre os princípios que inspiram o uso da IA, para melhor compreender esse novo campo do conhecimento humano. Nessa caminhada, é como se estivéssemos sob as luzes do alvorecer matinal, descortinando um longo alvorecer. Temos a necessidade de acelerar no caminho, mas não podemos ignorar as advertências de Lee (2019) “quando se trata de entender nosso futuro com a IA, somos todos crianças no jardim de infância”. Esse ambiente pode ser também um tempo de oportunidades, se houver a consciência de que o “nosso futuro com a IA será criado por nós e refletirá as escolhas que fizermos e as ações que tomarmos” (LEE, 2019, p. 10-11). Não se está diante de algo decorrente da natureza, mas produzido pelo intelecto humano.

O estudo justifica-se em razão do caráter desafiador que permeia esse vasto campo de utilização das mais avançadas tecnologias. A IA artificial desempenha múltiplas tarefas,

entre as quais podem ser mencionadas as de armazenar e processar dados de forma rápida e barata; interpretar exames médicos; solucionar questões jurídicas; oferecer (sugerir) produtos; deslocar veículos por ruas e estradas; realizar o *machine learning*, tarefas que podem ser realizadas sem a interferência específica da ação humana.

Com o propósito de estabelecer uma base ética a ser observada por profissionais e empresas que trabalham com IA, foram publicados diversos documentos jurídico-normativos. Podem ser mencionados os “Princípios de Asilomar” (2017), a Declaração de Montreal para o Desenvolvimento Responsável da Inteligência Artificial (2017), o Design Éticamente Alinhado (2017), a Declaração sobre Inteligência Artificial (2018), os Princípios da Parceria em Inteligência Artificial (2018) e o Guia Ético (2019). A quantidade e a denominação dos princípios da IA, tratados nesses documentos, oscilam.

Nesse campo em construção, todos os envolvidos devem estar submetidos a diversos princípios. Esse texto é uma reflexão sobre os princípios da beneficência, da não maleficência, da autonomia, da justiça, da explicabilidade, da privacidade e da responsabilidade. Portanto, o trabalho foi estruturado em sete itens, sendo um para cada princípio.

2. PRINCÍPIO DA BENEFICÊNCIA

Benevolência, do latim *benevolentia*, é um substantivo feminino com múltiplos significados. Ele designa bondade de ânimo em face de algo ou alguém; complacência, transigência e magnanimidade em relação às pessoas que se encontram sob sua orientação ou comando; disposição favorável; boa vontade; manifestação de afeto; benquerença; afabilidade (DICIONÁRIO ON LINE). O vocábulo pode, ainda, traduzir amizade, fraternidade, altruísmo, tolerância, estima e bondade. Trata-se de uma atitude ou comportamento direcionado ao bem próprio e alheio.

Uma pessoa, empresa, governo ou sistema podem ter atitudes benevolentes ou não, podem incorporar em suas atuações o objetivo de realizar benevolência, mas podem se negar a fazê-lo. É certo, porém, que o agir benevolente engrandece o benévolo, visto que o ato praticado, em regra, revela o que o seu autor é.

Na concepção aristotélica do que é o justo, os homens devem praticar o bem, visto

que, construindo, tornam-se construtores; tocando a cítara tornam-se citaristas; realizando ações justas, tornam-se justos; praticando ações moderadas, tornam-se moderados; e realizando ações corajosas, tornam-se corajosos (ARISTÓTELES, 2016).

Praticar bons atos deve ser elevado a ideário de vida. Ronald Dworkin (2014) afirma que as pessoas devem conduzir suas vidas da forma mais valiosa possível, o que implica em ter atitudes benevolentes.

[...] defendo a ideia de que cada um de nós tem a responsabilidade ética e soberana de transformar sua vida em algo de valor [...] nossas diversas responsabilidades e obrigações para com os outros defluem dessa responsabilidade pessoal que temos pela nossa própria vida [...]. Temos de tratar a construção da nossa vida como um desafio que podemos enfrentar bem ou mal. Temos de reconhecer a ambição de tornar boa a nossa vida – torná-la autêntica e valiosa, não mesquinha ou degradante – como o primeiro dos nossos interesses particulares. Em específico, temos de preservar nossa dignidade (DWORKIN, 2014, p. 22).

Na perspectiva da IA, não se deve deixar de reconhecer que qualquer pessoa pode ter conduta maléfica, seja essa pessoa má ou boa. Amy Webb (2020, p. 8) observa que, “mesmo as pessoas com boas intenções podem, sem querer, causar grande mal. Dentro da tecnologia, e sobretudo quando se trata de IA, devemos sempre nos lembrar de planejar tanto a sua aplicação pretendida quanto sua aplicação abusiva”, ainda que a aplicação abusiva não seja desejada pelo autor do ato.

O princípio da benevolência pode ser compreendido como a obrigação ética de buscar o máximo de benefício com a redução dos riscos ao mínimo possível. A IA deve ser utilizada para realizar o bem. O profissional ou a empresa que a utiliza deve impor a si mesmo o dever de proporcionar máximo benefício possível e reduzir os riscos ou os danos ao mínimo possível ou mesmo não acarretar nenhum risco ou dano a outros indivíduos ou à comunidade.

Ressaltamos que a benevolência é um princípio que busca valorizar a pessoa humana. De forte conteúdo ético, volta-se para a realização de benefícios à humanidade.

Significa dizer que a IA deve necessariamente ser centrada na pessoa humana, a ela direcionada e por ela supervisionada, engajando os sistemas para servir à coletividade, no sentido de ampliar não só a segurança, mas também garantir a autonomia e a capacidade de decidir das pessoas. Considerando essas premissas, os sistemas de IA devem, a um só tempo, potencializar os benefícios que geram para a humanidade, e prevenir os riscos que venham a causar à coletividade

(MULHOLLAND; FRAJHOF, 2021, p. 74).

Assinalamos que o princípio da benevolência pode ser denominado princípio do bem-estar. A IA tem que estar vinculada a compromissos capazes de gerar o bem-estar às pessoas e à própria humanidade.

Nesse sentido, a IA deve ajudar os indivíduos a melhorarem suas condições de vida, saúde e trabalho; deve permitir que os indivíduos atinjam seus objetivos, sem causar danos a outros seres conscientes; deve permitir que as pessoas exerçam suas capacidades mentais e físicas; não deve ser uma fonte de mal-estar, a menos que seja uma forma de se criar um bem-estar superior e que seja absolutamente necessário (não atingível de outra maneira); e, por fim, não deve contribuir para aumentar o estresse, a ansiedade e um sentimento de perseguição ou preocupação relacionado ao ambiente digital de alguém (PEIXOTO, 2020, p. 120).

A IA deve estar a serviço das pessoas e seu uso, comprometido com a realização do bem.

3. PRINCÍPIO DA NÃO MALEFICÊNCIA

O princípio da não maleficência guarda semelhanças com o da benevolência, porém, é distinto deste. Segundo o princípio aqui analisado, o uso da IA deve causar o menor prejuízo. Desse modo, quem utiliza da IA deve prever possíveis riscos a outras pessoas ou à sociedade, devendo tomar medidas eficazes para que isso não aconteça.

O princípio da não maleficência deve guiar a tomada de decisão para se evitar que se cause danos voluntários ou involuntários aos demais seres humanos; devendo-se, portanto, avaliar os riscos das condutas para se escolher a melhor alternativa para a sociedade. Desse modo, embora conectado com o princípio da beneficência, o princípio da não maleficência é diverso, pois exige que se adotem medidas eficazes para a prevenção dos riscos advindos com o desenvolvimento da IA (LIMA, OLIVEIRA, RUIZ, 2021, p. 122).

Assim, podemos identificar semelhança entre o princípio da não maleficência com o da prevenção, que inspira o Direito Ambiental, visto que ambos impõem que se adote prevenção em face do risco. Em matéria ambiental, por força do princípio da prevenção, é preciso antever o risco de causar prejuízo a outrem, visto que ele traduz a ideia de prevenir

contra possível fato danoso ao meio ambiente (MILARÉ, 2020), ao passo que, no campo da IA, o princípio da não beneficência exige a escolha da melhor alternativa, ou seja, aquela que não cause danos às pessoas ou à sociedade.

Os riscos gerados pelas máquinas inteligentes são potencialmente causadores de danos às pessoas, pois “O futuro da Inteligência Artificial traz consigo grandes promessas e ameaças: o que definirá sua realização somos nós, no tempo presente” (STEIBEL; VICENTE; JESUS, 2020, p. 60). Embora os danos sejam causados pela máquina, não se pode ignorar que ela é acionada e gerenciada por pessoas, as quais devem zelar para que o risco do dano seja eliminado ou minorado.

A IA proporciona benefícios e riscos de malefícios. Essas duas realidades, que podem se apresentar como verso e reverso de uma mesma medalha, precisam ser levadas em consideração (variantes) pelos que manuseiam o sistema. Neste sentido, a lição de Kai-Fu Lee (2019, p. 10-11) explica que:

Grandes avanços teóricos em IA finalmente têm produzido aplicações públicas que estão prestes a mudar nossas vidas. A IA já alimenta muitos de nossos aplicativos e sites favoritos, e nos próximos anos dirigirá nossos carros, gerenciará nossos portfólios, fabricará muito do que compramos e potencialmente tirará nossos empregos. Esses usos estão repletos de riscos promissores e perigos potenciais, e devemos nos preparar para as duas coisas.

O princípio da não maleficência também se aplica a questões bélicas, ou seja, no caso de uso da IA para produzir armas e artefatos utilizados para destruir vidas, como ocorre nos casos de guerras entre nações. O mesmo se pode dizer em relação aos genocídios e à eliminação de pessoas (minorias) desprovidas de condições de defesa ou de contra-ataque.

Destacamos que o princípio da não maleficência pode ser traduzido pela primeira das Três Regras da Robótica criadas por Issac Asimov: “um robô não pode ferir um ser humano ou, por inação, permitir que um ser humano venha a ser ferido” (ASIMOV, 2014, p. 65). Assim, o risco de ferir ou prejudicar outrem precisa ser identificado e evitado.

4. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA

A autonomia designa a capacidade que uma pessoa tem de se autogovernar, tomando as decisões que pretende, de acordo com sua livre escolha e com os fins almejados.

Autônomo é o sujeito que tem a faculdade para determinar seu próprio comportamento, desvinculado de qualquer condicionamento advindo de outro núcleo de poder. No espaço virtual, especialmente em face da IA, devemos respeitar a autonomia em favor de cada pessoa.

A máquina pode desempenhar tarefas laborais, inclusive, substituindo as atividades humanas. Contudo, o homem deve permanecer no controle da máquina. Ainda que toda a tarefa seja desempenhada pela máquina, o homem detém a autonomia para decidir. Tem se afirmado que, em face da IA, “não se deve reduzir a liberdade humana em benefício da rapidez das máquinas em realizar tarefas específicas”, visto que “é necessário garantir que os indivíduos possam recobrar o poder de decisão ao utilizarem aplicações de IA para determinadas tarefas que tenham escolhido” (LIMA; OLIVEIRA; RUIZ; 2021, p. 122).

Nessa perspectiva, para Fabiano Hartmann Peixoto, “Um sistema de IA deve ser desenvolvido e usado respeitando a autonomia das pessoas e com o objetivo de aumentar o controle das pessoas sobre suas vidas e seu ambiente” (PEIXOTO, 2020, p. 120).

Klaus Schwab (2019) adverte que a tecnologia é uma força da natureza externa, sobre a qual não temos nenhum controle. Diante dos seus avanços, nós não estamos limitados por uma escolha binária entre 'aceitar e viver com ela' ou, de outro lado, 'rejeitar e viver sem ela'. As mudanças tecnológicas nos conduzem a refletir sobre quem somos e como vemos o mundo que se transforma constantemente (SCHWAB, 2019). Nesse contexto, a autonomia de escolher e tomar decisões sofre restrições.

Todavia, assinalamos, diante das novas tecnologias, que a pessoa humana é o *sujeito* e, como tal, deve manter o protagonismo. Em nenhuma hipótese, a pessoa pode ser tratada como objeto em relação às tecnologias, especialmente, em face da IA.

Sublinhamos que a Declaração de Montreal pelo Desenvolvimento da Inteligência Artificial, inserida no Relatório da Declaração de Montreal pelo Desenvolvimento Responsável da Inteligência Artificial, aprovado em 2018, prevê que os sistemas de IA devem ser desenvolvidos e usados com respeito à autonomia de cada pessoa e com o objetivo de aumentar o controle, por parte dos indivíduos, de sua vida e também de seu meio ambiente. Neste sentido, de acordo com a Declaração, os sistemas de IA devem proporcionar algumas vantagens: a) capacitar os indivíduos a realizarem seus próprios objetivos morais e

sua concepção de uma vida digna de ser vivida; b) desenvolver sistemas para prescreverem aos indivíduos um modo particular de vida, direta ou indiretamente, implementando mecanismos restritivos de monitoramento, avaliação ou incitação; evitar a propagação de informações não confiáveis, mentiras e propaganda; serem projetados com o objetivo de reduzir a propagação informações não confiáveis, mentiras e propaganda; evitar criar dependências por meio de técnicas de captação da atenção e de imitação da aparência humana, que possam induzir a uma confusão entre SIAs e seres humanos. Acrescentamos, ainda, que as instituições públicas não devem usar os SIAs para promover ou para desvalorizar uma concepção do que seja uma boa vida. Neste sentido, é essencial capacitar os cidadãos em relação às tecnologias digitais, garantindo-se o acesso aos diferentes tipos de conhecimento relevantes, o desenvolvimento de competências estruturantes (alfabetização digital e midiática) e a formação do pensamento crítico (art. 2º).

5. PRINCÍPIO DA JUSTIÇA

A justiça é um valor universal elevado a princípio. Podemos afirmar que ela sempre foi revestida de certa mística. Tem sido representada por símbolos: uma deusa (Deusa Themis), mas também pela espada e a balança. Assystematicamente, utilizam-se as seguintes expressões para designar alguma espécie de justiça: legal, social, ambiental, universal, particular, corretiva, relativa, comutativa, distributiva, restaurativa, preditiva e dedutiva.

A justiça é um daqueles valores que atravessam os tempos. Na tradição grega, Platão e Aristóteles a desenvolveram. Platão (2016) tratou de diversas concepções de justiça, por meio de Sócrates, o personagem principal. Os demais personagens que participaram do diálogo sobre a justiça foram Adimanto, Céfalo, Clitofon, Gláucon, Polemarco e Trasímaco. Aristóteles, por sua vez, concebeu diversas espécies de justiça: universal, particular (distributiva ou corretiva), econômica, política, natural e legal. Para ele, a justiça é “uma disposição de caráter pela qual os homens praticam coisas que são justas, e pela qual agem de maneira justa e desejam coisas justas”. Virtude revestida de grandeza ímpar, “a justiça parece ser às vezes a mais forte dentre as virtudes, e nem ‘a estrela da noite’, nem a ‘estrela da manhã’ são assim admiráveis” (ARISTÓTELES, 2015, p. 123 e 125).

Na Era Moderna, a justiça foi objeto de muitos estudos. Blaise Pascal ensinou que a

justiça, para imperar, deve estar acompanhada da força, advertindo também que a força sem justiça conduz à tirania. “A justiça sem a força é impotente; a força sem a justiça é tirânica [...]. É preciso, pois, colocar juntas a justiça e a força e, para isso, fazer com que aquilo que é justo seja forte ou que o que é forte seja justo” (PASCAL, 2000, p. 36).

Na sociedade contemporânea, a justiça tem sido concebida a partir de diversos significados. Trata-se de vocábulo plurissignificativo e dotado de grande riqueza semântica, visto que ele pode traduzir variadas concepções desse ideal tão almejado pelas pessoas e pela própria humanidade. São incontáveis os autores – localizados em diversos campos do conhecimento humano – que se dedicaram à compreensão desse tema tão complexo.

A partir de três abordagens distintas, Michael J. Sandel (2011) atribui à justiça diversos significados: a) maximizar a utilidade ou o bem-estar, isto é, buscar a máxima felicidade para o maior número possível de pessoas; b) respeitar a liberdade de escolha, o que abrange as *escolhas reais* que as pessoas fazem e as *escolhas hipotéticas* que as pessoas deveriam fazer; c) envolve o cultivo e a preocupação com o bem comum. O autor acrescenta que, para alcançar uma sociedade justa, é preciso que as pessoas raciocinem juntas não apenas sobre o significado da vida boa, mas também para criar uma cultura pública capaz de conviver com as divergências que inevitavelmente ocorrerão (SANDEL, 2011).

Nessa perspectiva, podemos fazer referência a uma definição bastante comum, segundo a qual a justiça consiste em *dar a cada um o aquilo que é seu*. Parece ser nessa perspectiva que Chaïm Perelman, advertindo ser ilusório enumerar todos os sentidos da noção de justiça, destacou as concepções mais estudadas, reconhecendo que tais concepções tem o caráter inconciliável entre si. Para ele, a justiça pode ser concebida em qualquer das seguintes definições: dar a cada qual a mesma coisa; dar a cada qual segundo seus méritos; dar a cada qual segundo suas obras; dar a cada qual segundo suas necessidades; dar a cada qual segundo sua posição; dar a cada qual segundo o que a lei lhe atribui (PERELMAN, 1996).

Os tempos mudam, as tecnologias revolucionam, as pessoas evoluem – mas o ideário de justiça continua a desafiar os espíritos. No campo da IA, especificamente, ela mantém-se como princípio inspirador e condicionante.

6. PRINCÍPIO DA EXPLICABILIDADE

Trata-se de princípio desenvolvido especificamente na IA. Leva ao reconhecimento de que os domínios da IA não podem estar em segredo. As tecnologias que a conduzem devem estar ao alcance do conhecimento das pessoas.

O princípio da *explicabilidade* [...] consiste na compreensão pelos seres humanos do que está sendo oferecido a eles no que se relaciona à aplicação da IA. Desse modo, ao se adquirir determinados produtos que são desenhados para automatizar as tarefas por meio do emprego da IA, deve-se compreender como as decisões são formadas, como se desenvolve uma *machine learning*, quem é responsável por eventuais danos etc. (LIMA; OLIVEIRA; RUIZ, 2021, p. 122).

Os conteúdos democrático e tecnológico são, com certa frequência, incompatíveis. A norma técnica tem força coercitiva, impositiva, arbitrária, mas garante um grau variável de cientificidade. O conteúdo democrático, muitas vezes, exige o afastamento ou o abrandamento da técnica. Isto ocorre em regimes ditatoriais, mas também se verifica, ainda que em menor escala, nos regimes democráticos. Segundo Pierre Lévy (2010, p. 8), “apesar de vivermos em um regime democrático, os processos sociotécnicos raramente são objeto de deliberações coletivas explícitas, e menos ainda de decisões tomadas pelo conjunto dos cidadãos”. Diante de um quadro assim específico, o detentor da tecnologia precisa explicar a tomada de decisão que impacta na esfera dos indivíduos. Em outras palavras, quem faz uso da IA não pode reivindicar para si o segredo dos seus atos.

É importante notar que o princípio da explicabilidade comporta os da inteligibilidade e o da *accountability*, embora alguns doutrinadores tratam de forma autônoma esses três princípios. Por outro lado, ele também pode ser compreendido como um princípio de participação democrática, na medida em que os cidadãos devem ser consultados e informados das decisões tomadas pelos operadores do sistema de IA, ou como princípio da transparência, visto que o sistema de IA não pode estar coberto pelo segredo.

Nesse contexto, a atuação dos operadores do sistema da IA deve ser transparente, pois “A questão da transparência é uma condição necessária para [que] tais agentes inteligentes possam argumentar e explicar as decisões por eles tomadas”. Como resultado dessa atuação, “Os chamados sistemas de IA explicáveis incorporam processos de explicação que permitem aos usuários obter informações sobre os modelos de decisões do

sistema” (SICHMAN, 2021, p. 43).

Não se pode ignorar que um sistema de IA concentra poder e, em razão da natureza deste, precisa estar visível e ser compreendido pelas pessoas. Já o poder invisível é potencialmente mau pela sua própria essência. Lembra Norberto Bobbio que “o poder invisível se forma e se organiza não somente para combater o poder público, mas também para tirar benefícios ilícitos e extrair dele vantagens que não seriam permitidas por uma ação à luz do dia” (BOBBIO, 2015, p. 33).

A LGPD assegura, além de outros princípios, o da transparência, consistente na garantia, em favor dos titulares de dados pessoais, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis no que tange à realização do tratamento e aos respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial (art. 6º, inciso VI).

7. PRINCÍPIO DA PRIVACIDADE

O princípio da privacidade assume elevada importância em face do deslumbramento do ciberespaço. A IA, proporcionadora de inúmeros benefícios sociais, acarreta riscos à privacidade das pessoas. Basta imaginar sua utilização para o reconhecimento facial, o que, aliás, deixou de ser novidade. Há bastante tempo tem sido observado que “a tecnologia e o tratamento automatizado de informações pessoais mudaria o balanço de poder entre cidadãos, corporações e Estado em relação à privacidade” (DONEDA, 2015, p. 369).

O espaço da vida privada tem sido protegido em face dos atos praticados na esfera pública. Essa preocupação não deixou de existir. Contudo, em razão das facilidades tecnológicas, “a esfera *pública* é que se encontra hoje inundada e sobrecarregada, invadida pelos exércitos da *privacidade*” (BAUMAN, 2011, p. 41). Com frequência inédita e assustadora, as pessoas deixam seu recôndito para se expor em espaços públicos, sobretudo, os que são oferecidos no mundo virtual.

No espaço virtual, especificamente em relação à IA, a proteção jurídica da privacidade ocupa um ponto central. As novas tecnologias oferecem instrumentos para a classificação, seleção, triagem e controle de indivíduos em qualquer parte do mundo, dificultando a realização de controle adequado por parte das autoridades públicas, quer nacionais, quer internacionais. Não se pode mais achar que os riscos à privacidade advêm

apenas do poder público, já que o poder privado, principalmente por meio das big tech ou de grandes organizações, representa ameaças permanentes à privacidade. Nesse contexto, a pessoa humana se encontra em desvantagens em relação a esses núcleos de poder, visto que é evidente a enorme defasagem de poder que existe entre ele e o poder público ou as grandes organizações coletoras, administradoras e manipuladoras das mais sofisticadas tecnologias (RODOTÀ, 2008)

Os sistemas de IA têm significativo poder de analisar e utilizar os dados pessoais que estão à sua disposição. Em face desse poder cada vez mais agigantado, as pessoas que titularizam dados pessoais têm o direito de acessar, gerenciar e controlar o uso desses dados que, na maioria das vezes, elas mesmas fornecem. Por outro lado, a IA deve resguardar o direito à privacidade frente aos sofisticados mecanismos de vigilância, que são potencialmente violadores desse bem jurídico tão essencial às pessoas. Isto se faz necessário, inclusive, porque “A vigilância extrema, pública ou privada, e o uso de dados para fins secundários, sem consentimento, consubstanciam práticas, moral e juridicamente, reprováveis” (FREITAS; FREITAS, 2020, p.76).

A IA trabalha com dados pessoais e eleva os resultados do trabalho. Quanto mais dados pessoais, melhor será o desempenho e maior a produtividade. Isto gera um dilema entre desempenho versus privacidade. Observam os economistas que a IA funciona melhor com mais dados e a utilização de dados pessoais acarreta a redução do espaço da privacidade (AGRAWAL, 2018). Cria-se um mercado em que a privacidade passa a ter valor econômico. Logo, proteger a privacidade significa estabelecer obstáculos ao lucro.

No âmbito da sociedade informacional, com predomínio do digital e a expansão das comunicações, a privacidade não é apenas um bem individual inerente à personalidade humana, mas um patrimônio da humanidade. Para Ulrich Beck (2018), neste início de século, “O direito de proteger a privacidade combinado com o dever de proteção de dados é o supremo direito humano fundamental” (BECK, 2018, p. 187). Esse elevado grau de importância assumido pela privacidade fez com que ela passasse a receber proteção jurídica nas mais variadas escalas.

A privacidade tem proteção no Direito Internacional, no Direito Comunitário e no Direito interno de cada País. No Brasil, a privacidade tem proteção na Constituição Federal

e no direito infraconstitucional.

No Direito Internacional, a privacidade encontra proteção jurídica na Declaração Universal de Direitos Humanos (art. 12) e no Pacto Internacional de Direito Cívico e Político (art. 17). No Direito Comunitário, a privacidade é protegida em diversos documentos jurídicos, tais como a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 5º), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 7º) e a Declaração Africana de Direitos Humanos e dos Povos (art. 4º).

No Direito brasileiro, a privacidade recebe forte proteção na Constituição e no direito infraconstitucional. Na seara constitucional, ela tem status formal e material de direito fundamental (art. 5º, inciso X), reforçada pelo qualificativo de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inciso IV). No direito infraconstitucional, a privacidade aparece como um dos fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (art. 2º, inciso I) e como princípio na Lei do Marco Civil da Internet (art. 3º, inciso II).

Trata-se, portanto, de um princípio que tem expressa proteção em diversos planos normativos.

8. PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE

Este princípio impõe responsabilidade a quem manuseia a IA. Os *designers* e os construtores de sistemas de IA devem ser responsabilizados por suas condutas lesivas. Embora esse sistema possa violar direitos de pessoas, “somente seres humanos podem ser responsabilizados por decisões decorrentes de recomendações feitas pelo sistema e pelas ações que daí decorrem” (PEIXOTO, 2020, p. 126). Nesse campo, podem ser identificadas violações éticas, mas também jurídicas, acarretando responsabilidades administrativa, civil e criminal. Podemos falar, então, em múltiplas responsabilidades.

Em uma perspectiva ética, é preciso reconhecer que a tecnologia não é neutra, pois o desenvolvimento e a implementação da IA (robôs) têm implicações de diversas espécies, inclusive éticas. Gianmarco Veruggio observa que qualquer pessoa, mesmo não dotada de conhecimentos técnicos, “pode vislumbrar seu potencial e imaginar os mil caminhos que essa disciplina e suas aplicações podem tomar, invadindo campos tradicionais de conhecimento e abrindo novos e complexos problemas de natureza ética, filosófica, social,

jurídica” (VERUGGIO).

Em face da ausência de regulação jurídica específica e eficaz da IA, as normas éticas, ainda que não sejam dotadas de força coercitiva que caracterizam as normas jurídicas, passam a desempenhar papel relevante na proteção das pessoas. Em outras palavras, as normas éticas impõem condutas, as quais, se observadas, cumprem papel similar ao desempenhado pelas normas jurídicas. Contudo, não se pode deixar de reconhecer que as normas jurídicas são bem mais eficazes para a regulação das condutas humanas.

O uso da IA deve se dar em consonância com normas éticas. Isso implica em reconhecer que não é possível tratar de IA sem compreender a dimensão ética desse espaço da virtualidade. A exigência de conteúdo ética, contudo, deve ocorrer em relação às pessoas que usam a IA e não em relação às máquinas. Segundo a doutrina atualizada, “O uso da inteligência artificial perpassa aspectos éticos desde o plano da sua configuração, dos sistemas de recomendação automáticos, da mineração de dados, de clusterização ou classificação” (MELLO; DRESCH, 2021, p. 148).

A responsabilidade administrativa pode ocorrer na administração pública e no âmbito do poder privado. As empresas, utilizando-se de IA no âmbito de sua gestão, assumem, com seus atos gestão, a responsabilidade de não causarem danos a terceiros. No mesmo sentido, as tecnologias têm sido cada vez mais utilizadas pelos poderes públicos. A IA, especificamente, vem desempenhando, sempre em expansão, papel importante no planejamento e na execução de serviços públicos, como é o caso destacado do Poder Judiciário. O dano causado pelo poder público faz nascer a imposição da responsabilidade administrativa. Então, podemos afirmar que a IA contribui para a elevação da qualidade dos serviços públicos e privados.

O uso da IA pode causar às pessoas dano material, moral ou à imagem, os quais podem atingir diversos bens jurídicos, tais como a integridade física, a honra, a imagem, a propriedade, a privacidade, a igualdade, a liberdade e, até mesmo, a vida.

Homem e máquina não se confundem. Máquina – mesmo diante das mais avançadas tecnologias – não causam danos às pessoas físicas. Mas quem manuseia a máquina pode causar danos, o que enseja o dever de reparação. Na perspectiva extracontratual, o *robot* não pode ser o garante do ser humano que atua por detrás de si, visto que não é responsável pela

pessoa, mas, ao contrário, o homem é responsável pelo uso do ente dotado de inteligência artificial. Ademais, por não deter patrimônio para solver crédito de terceiros, o *robot* não tem como assumir o ônus da indenização, o que deverá ser suportado pela pessoa física que está por detrás do ente dotado de inteligência artificial ou por um fundo especial constituído para essa finalidade (BARBOSA, 2021)

É importante observar que os modelos tradicionais de responsabilidade civil são insuficientes para a reparação dos danos causados pela IA. Atenta a essa deficiência, a doutrina tem buscado construir novas soluções para a responsabilidade dos entes dotados de inteligência artificial. Neste sentido, Mafalda Miranda Barbosa aponta duas hipóteses. A primeira seria a criação de fundos de compensação, os quais poderiam tomar duas formas: a) um fundo comum, subsidiado por todos os cidadãos; b) um fundo mantido pelos utilizadores da IA ou por um grupo de pessoas que, direta ou indiretamente, obtêm benefícios dessa tecnologia. A segunda hipótese seria tratar os entes dotados de inteligência artificial como *agentes morais*, pois, com isso, eles teriam personalidade jurídica. Em ambas as hipóteses, a responsabilização civil tornar-se-ia possível e as vítimas não correriam o risco de quedarem-se irressarcidas (BARBOSA, 2021)

É imprescindível que os danos sejam indenizados. Mas, quem irá indenizá-los, já que os robôs de IA não tem personalidade jurídica própria? Em outras palavras, “como não se reconhece hoje a Inteligência Artificial como um sujeito de direito, ela não pode ser considerada individualmente responsável pelos potenciais danos que pode causar” (MAGRANI; SILVA; VIOLA, 2020, p. 113).

A impossibilidade de atribuir responsabilidade civil à IA (sistemas, robôs) tem sido sustentada pela doutrina.

Afirma-se que, para que seja conferida a responsabilidade – sob qualquer fundamento teórico –, é necessário identificar uma pessoa a quem se pode imputar a obrigação de reparar o dano. A atribuição de personalidade jurídica é um pressuposto, portanto, para a responsabilização. Ainda quando o dano for ocasionado por uma coisa – isto é, um bem, desprovido, portanto, de personalidade jurídica –, a obrigação de indenizar deve ser deferida a uma pessoa física ou jurídica, únicas figuras do Direito Civil a quem se concede a capacidade de atuação jurídica (MULHOLLAND, 2020, p. 334).

É oportuno registrar que a Europa pode estar construindo um caminho diferente. Em

16 de fevereiro de 2017, o Parlamento Europeu editou uma resolução que contém recomendações à Comissão de Direito Civil sobre Robótica (2015/2013 (INL)) no sentido de criar um estatuto jurídico específico para que os robôs autônomos mais sofisticados possam vir a ter o status de pessoas eletrônicas responsáveis por qualquer dano que causarem. O reconhecimento dessa personalidade *sui generis* poderia ser adotado nos casos em que o robô toma decisão autônoma ou que venha a interagir com pessoas físicas de forma independente (art. 59) (2015/2013 (INL))

O uso da IA, por fim, pode resultar na prática de crime. Alguns bens jurídicos mais suscetíveis a esse tipo de crime – porém não os únicos – são a vida, a propriedade e a honra. A prática delitiva pode se dar por dois caminhos distintos: a IA artificial é concebida como instrumento, por meio do qual o delito é concretizado; a IA, por si só, desenvolvendo atividade autônoma, realiza a conduta delitiva, quando, por exemplo, a sequência algorítmica se desloca da sua trilha programada na origem (FREITAS, FREITAS, 2020).

Ressaltamos, ainda, que, no campo das tecnologias em geral e da IA em particular, utiliza-se da *soft law*, ou seja, dispositivos legais com baixa densidade normativa, sinalizando caráter pedagógico e não propriamente sancionatório.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A benevolência tem muitos significados, tais como magnanimidade, complacência, benquerença, amizade, fraternidade, tolerância e bondade. Refere-se ao bem próprio ou alheio. Cada pessoa tem o compromisso ético de buscar o máximo de benefício com a redução dos riscos ao mínimo possível. Nesta linha, a IA dever ser utilizada para o bem das pessoas.

A não maleficência exige que o uso da IA cause o menor prejuízo possível. Quem se utiliza da IA deve prever possíveis riscos a outras pessoas e à sociedade. Diante do risco identificado, a pessoa deve tomar as medidas eficazes para que os danos não se concretizem.

A autonomia designa a capacidade que uma pessoa tem de se autogovernar, tomando as decisões que pretende, de acordo com sua livre escolha e seus fins. No espaço virtual, especialmente em face da IA, deve-se respeitar a autonomia em favor de cada pessoa, de modo que ela não seja dominada pela máquina.

A justiça é um valor universal elevado a princípio. Revestida de uma certa mística, ela é representada por símbolos, tais como a Deusa Themis, a espada e a balança. O vocábulo justiça é plurissignificativo e dotado de grande riqueza semântica, visto que ele pode traduzir variadas concepções desse ideal tão almejado pelas pessoas e pela própria humanidade. São incontáveis os autores – localizados em diversos campos do conhecimento humano – que se dedicaram à compreensão desse tema tão complexo. Fim último a ser alcançado pelo Direito, ela pertence também a outros campos do conhecimento humanos.

O princípio da explicabilidade foi desenvolvido especificamente no campo da IA. Os domínios da IA não podem estar em segredo. As tecnologias que a conduzem devem estar ao alcance do conhecimento das pessoas. Relacionado com inteligibilidade, *accountability*, transparência e democracia, o princípio da explicabilidade busca garantir que as pessoas possam compreender que o que está sendo oferecido diga respeito à IA. Diante de um quadro assim específico, o detentor da tecnologia precisa explicar a tomada de decisão que impacta na esfera dos indivíduos, ou seja, quem faz uso da IA não pode reivindicar para si o segredo dos seus atos.

O princípio da privacidade assume elevada importância em face do ciberespaço, visto que a IA acarreta riscos à privacidade das pessoas. O espaço da privacidade tem sido protegido diante dos atos praticados na esfera pública. Contudo, em uma pluralidade de situações, as pessoas deixam seu recôndito para se exporem nos espaços públicos, sobretudo, os que são oferecidos pelo mundo virtual. Nesse campo, a proteção jurídica da privacidade ocupa um ponto central. Os riscos à privacidade advêm não apenas do poder público, mas também do poder privado, principalmente, por meio das *big tech* ou de grandes organizações.

O uso da IA, portanto, pode gerar não apenas responsabilidades éticas, ensejando a aplicação de sanções sociais, mas também responsabilidades jurídicas, estas de natureza administrativa, civil e/ou penal, o que pode acarretar a vedação à prática de atos, o dever de reparar o dano ou o cumprimento de sanção penal.

10. REFERÊNCIAS

AGRAWAL, Ajay; GANS, Joshua; GOLDFARB, Avi. **Prediction Machines: the simple economics of artificial intelligence.** Boston, Massachusetts: Harvard Business Review

Press, 2018.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015.

ASIMOV, Isaac. **Eu, Robô**. Tradução de Aline Storto Pereira. São Paulo: Aleph, 2014.

BARBOSA, Mafalda Miranda. Responsabilidade Civil pelos Danos Causados por Entes Dotados de Inteligência Artificial. In: BARBOSA, Mafalda Miranda et al. **Direito Digital e Inteligência Artificial: diálogos entre Brasil e Europa**. Indaiatuba, SP: Foco, 2021, p. 157-158.

BECK, Ulrich. **A Metamorfose do Mundo: novos conceitos para uma nova realidade**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

BAUMAN, Zygmunt. Estranhas Aventuras da Privacidade (2). In: BAUMAN, Zygmunt. **44 Cartas do Mundo Líquido Moderno**. Tradução Vera Pereira. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Democracia e Segredo**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: UNESP, 2015.

BENEVOLÊNCIA. In: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2021. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/benevolencia/>. Acesso em: 15 set. 2021.

DONEDA, Danilo. Princípios de Proteção de dados Pessoais. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira. **Direito & Internet III – tomo I: Marco Civil da internet (Lei n. 12.965/2014)**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 369-384.

DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-Espinho: justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FREITAS, Juarez. FREITAS, Thomas Bellini. **Direito e Inteligência Artificial: em defesa do humano**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

LEE, Kai-Fu. **Inteligência Artificial: como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos comunicamos e vivemos**. Tradução de Marcelo Barbão. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.

LÉVY, Pierre. **As Tecnologias da Inteligência: o futuro do pensamento na era da informática**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2010.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira; OLIVEIRA, Cristina Godoy Bernardo de; RUIZ, Evandro Eduardo Seron. Inteligência Artificial e Personalidade Jurídica: aspectos controvertidos. In: BARBOSA, Mafalda Miranda et al. **Direito Digital e Inteligência Artificial: diálogos**

entre Brasil e Europa. Indaiatuba, SP: Foco, 2021.

MAGRANI, Eduardo; SILVA, Priscilla; VIOLA, Rafael; **Novas Perspectivas sobre Ética e Responsabilidade de Inteligência Artificial**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 111-143.

MAIA, Paulo. Inteligência Artificial: uma visão ética. IN: Prado, Gustavo Daniel et al (org). **Fonte: tecnologia da Informação na Gestão Pública**. ed. 17. Belo Horizonte: Prodemge, 2017, p. 66-67. Disponível em: https://www.prodemge.gov.br/images/com_arismartbook/download/19/revista_17.pdf. Acesso em: 15 set. 2021.

MELLO, Alexandre Schmitt da Silva; DRESCH, Rafael de Freitas Valle. Breves reflexões sobre Livre-arbítrio, Autonomia e Responsabilidade Humana de Inteligência Artificial. In: BARBOSA, Mafalda Miranda et al. **Direito Digital e Inteligência Artificial: diálogos entre Brasil e Europa**. Indaiatuba, SP: Foco, 2021, p. 148.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. ed. 12. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MULHOLLAND, Caitlin; FRAJHOF, Isabella. Entre Leis da Robótica e Ética: regulação para o adequado desenvolvimento da inteligência artificial. In: BARBOSA, Mafalda Miranda et al. **Direito Digital e Inteligência Artificial: diálogos entre Brasil e Europa**. Indaiatuba, SP: Foco, 2021, p. 65-80.

PASCAL, Blaise. **Pensamentos**. Tradução de Mario Laranjeira. São Paulo: Martins Fortes, 2000.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann. **Inteligência Artificial e Direito: convergência ética e estratégica**. Curitiba: Alteridade, 2020.

PLATÃO. **A Justiça**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2016.

RODOTÀ, Stefano. **A Vida na Sociedade da Vigilância: a privacidade hoje**. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2019.

SICHMAN, Jaime Simão. Inteligência Artificial e sociedade: avanços e riscos. **Estudos Avançados**. São Paulo, v. 101, n. 35, p. 37-49, jan./abr. 2021.

STEIBEL, Fabro; VICENTE, Victor Freitas; JESUS, Diego Santos Vieira de.

Possibilidades e Potenciais da Utilização da Inteligência Artificial. In: FRANZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin. **Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 51-62.

VERUGGIO, Gianmarco. **Roboetica**: la nuova etica applicata per affrontare la rivoluzione robótica. Itália: Società psicoanalitica Italiana – SPIWEB. Disponível em: <https://www.spiweb.it/dossier/umani-robot-una-relazione-pericolosa-ottobre-2017/gianmarco-veruggio-roboetica-la-nuova-etica-applicata-per-affrontare-la-rivoluzione-robotica/>. Acesso em 05 de jul. 2021.

WEBB, Amy. **Os Nove Titãs da IA**: como os gigantes da tecnologia e suas máquinas pensantes podem subverter a humanidade. Rio de Janeiro: Alta Books, 2020.

Data da submissão: 28/07/2022

Data da primeira avaliação: 17/08/2022

Data da segunda avaliação: 19/10/2022

Data da aprovação: 19/10/2022