



**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

# **O olhar dos Ministros do Supremo Tribunal Federal sobre a Constituição Cidadã**

Edição Comemorativa de 35 anos





SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

# O OLHAR DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ



## MINISTROS DA COMPOSIÇÃO ATUAL

Rosa Weber  
Roberto Barroso  
Gilmar Mendes  
Cármem Lúcia  
Dias Toffoli  
Luiz Fux  
Edson Fachin  
Alexandre de Moraes  
Nunes Marques  
André Mendonça  
Cristiano Zanin

## MINISTROS APOSENTADOS

Néri da Silveira  
Exercício de 1981 a 2002  
Francisco Rezek  
Exercício de 1983 a 1990 e de 1992 a 1997  
Sepúlveda Pertence (*in memoriam*)  
Exercício de 1989 a 2007  
Celso de Mello  
Exercício de 1989 a 2020  
Carlos Velloso  
Exercício de 1990 a 2006  
Marco Aurélio  
Exercício de 1990 a 2021  
Nelson Jobim  
Exercício de 1997 a 2006

EDIÇÃO COMEMORATIVA  
DE 35 ANOS  
Brasília, 2023

**Secretaria-Geral da Presidência**  
Estevão André Cardoso Waterloo

**Gabinete da Presidência**  
Paula Pessoa Pereira

**Secretaria do Tribunal**  
Miguel Ricardo de Oliveira Piazz

**Secretaria de Altos Estudos,  
Pesquisas e Gestão da Informação**  
Daniela Fernandes Daros

**Secretaria de Comunicação Social**  
Mariana Araujo de Oliveira

**Revisão de provas editoriais**  
Márcia Gutierrez Aben-Athar Bemerguy  
Juliana Silva Pereira de Souza  
Rosa Cecilia Freire da Rocha

**Revisão de referências bibliográficas**  
Andréia Cardoso Nascimento  
Luciana Araújo Reis  
Luiza Gallo Pestano

**Consolidação de conteúdo**  
Bárbara Nogueira da Silva  
Flávia Trigueiro Mendes Patriota

**Produção editorial**  
Lilian Januzzi Vilas Boas  
Raquel Siqueira Santos

**Capa**  
Brian Mendes Damascena

**Projeto gráfico**  
Flávia Carvalho Coelho

**Diagramação**  
Camila Penha Soares  
Cínthia Aryssa Okada

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Supremo Tribunal Federal – Biblioteca Ministro Victor Nunes Leal)

---

Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF).  
O olhar dos Ministros do Supremo Tribunal Federal sobre a Constituição  
Cidadã / Supremo Tribunal Federal. – Brasília : STF, Secretaria de Altos Estudos,  
Pesquisas e Gestão da Informação, 2023.  
251 p.

Disponível também em formato digital: [https://www.stf.jus.br/arquivo/  
cms/publicacaoCatalogoProdutoConteudoTextual/anexo/CF35anos\\_artigos.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoCatalogoProdutoConteudoTextual/anexo/CF35anos_artigos.pdf)

ISBN: 978-85-54223-75-5

1. Constituição, Brasil, 1988, homenagem. 2. Ministro de tribunal supremo,  
Brasil. 3. Tribunal Supremo, Brasil. I. Título.

CDDir 341.2481

---

## **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

### **Composição atual**

Ministra **Rosa Maria Pires Weber** [Presidente]

Ministro Luís **Roberto Barroso** [Vice-presidente]

Ministro **Gilmar Ferreira Mendes** [Decano]

Ministra **Cármem Lúcia** Antunes Rocha

Ministro José Antonio **Dias Toffoli**

Ministro **Luiz Fux**

Ministro Luiz **Edson Fachin**

Ministro **Alexandre de Moraes**

Ministro Kassio **Nunes Marques**

Ministro **André Luiz de Almeida Mendonça**

Ministro **Cristiano Zanin** Martins

### **Ministros aposentados**

Ministro José **Néri da Silveira**

Ministro José **Francisco Rezek**

Ministro José Paulo **Sepúlveda Pertence** (*in memoriam*)

Ministro José **Celso de Mello** Filho

Ministro **Carlos Mário da Silva Velloso**

Ministro **Marco Aurélio** Mendes de Farias Mello

Ministro **Nelson Azevedo Jobim**



## APRESENTAÇÃO

Este ano de 2023 marca os 35 anos da Constituição Federal, a nossa Constituição Cidadã, promulgada em 05 de outubro de 1988, fruto da redemocratização do Brasil e instituidora da ordem democrática em que vivemos desde então. Sua resiliência, força e estabilidade evidenciaram-se com a invasão criminosa dos prédios sedes dos Três Poderes da República, em 08 de janeiro último. A circunstância de recair este trigésimo quinto aniversário no ano em que perpetrada a vilania reforça a relevância de comemorá-lo.

Daí termos convidado as Ministras e os Ministros do Supremo Tribunal Federal de hoje e de sempre para esta obra coletiva, com análises e reflexões sobre temas constitucionais, à luz de julgados da Suprema Corte, a quem cabe a guarda de nossa Lei Fundamental por expressa delegação do Poder Constituinte originário (CF, art. 102).

Nos artigos reunidos estão retratadas liberdades asseguradas na Constituição, como as liberdades de expressão e de iniciativa. Também integram a publicação textos referentes a partidos políticos e advocacia pública, assim como ao direito à igualdade e ao ensino religioso nas escolas públicas. Na área internacional, há abordagens, entre outras, sobre os Tratados e a *Magna Charta Libertatum* – a Grande Carta da Liberdade. Igualmente são enfrentados temas como o papel do tribunal constitucional, os impactos sociais e econômicos do uso de precedentes pelo Supremo Tribunal, a proteção de dados pessoais, a desinformação e o populismo autoritário. O livro trata ainda de hermenêutica constitucional, emendas à Constituição e considerações relacionadas ao processo de formulação do texto.

Se é verdade que inabalada restou nossa Democracia, consoante campanha que lançamos logo após o iníquo 08 de janeiro de 2023 – dia a merecer, pela covardia e audácia dos vândalos, o epíteto de Dia da Infâmia –, também o é que a invasão do Supremo Tribunal Federal e a depredação cometida em seu edifício histórico impõem redobrados cuidados na defesa do Estado democrático de direito (CF, art. 1º) e no aperfeiçoamento das instituições democráticas.

Por isso, publicações como esta, reafirmando os valores democráticos da nossa Constituição, mostram-se mais do que necessárias. Permanece atual a advertência de Ulysses Guimarães, em seu discurso enquanto Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, em 05.10.1988: “A persistência da Constituição é a sobrevivência da democracia”.

O livro visa a propiciar ainda conhecimento e informação sobre o mais elevado documento da história brasileira, que, em três décadas e meia de vigência, permite desfrutarmos o Estado democrático de direito em sua plenitude.

Boa leitura!

Brasília, setembro de 2023.  
**Ministra Rosa Weber**  
Presidente do Supremo Tribunal Federal

## **SUMÁRIO**

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS LIMITES DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	11
Rosa Maria Pires Weber	
LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	27
Luís Roberto Barroso	
A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E AS NORMAS DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL: ENSAIO SOBRE A AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 51	37
Gilmar Ferreira Mendes	
CALA A BOCA JÁ MORREU: A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LIBERDADE DE PENSAMENTO E DE SUA EXPRESSÃO	61
Cármem Lúcia Antunes Rocha	
OS PARTIDOS POLÍTICOS NO BRASIL	67
José Antonio Dias Toffoli	
A LIBERDADE DE INICIATIVA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	73
Luiz Fux	
O VÍRUS DA DESINFORMAÇÃO E DO POPULISMO AUTORITÁRIO CONTRA O BRASIL CONSTITUCIONAL	79
Luiz Edson Fachin	
José Arthur Castillo de Macedo	

OS 35 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O ÉXITO DA PREVISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO NO COMBATE À DISCRIMINAÇÃO (HOMOFOBIA – ADO 26)	99
Alexandre de Moraes	
O USO DE PRECEDENTES PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SEUS IMPACTOS SOCIAIS E ECONÔMICOS	121
Kassio Nunes Marques	
Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera	
A ESSENCIALIDADE DA ADVOCACIA PÚBLICA PARA A JUSTIÇA E PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	133
André Luiz de Almeida Mendonça	
O DIREITO À IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ DE 1988: AVANÇOS NA CONSTRUÇÃO JURÍDICA DO PRINCÍPIO DE QUE “TODOS SÃO IGUAIS PERANTE A LEI”	143
Cristiano Zanin Martins	
EMENDA À CONSTITUIÇÃO E NORMAS FUNDAMENTAIS	149
José Néri da Silveira	
O COMPROMETIMENTO EXTERNO DO BRASIL: GOVERNO E CONGRESSO NA RATIFICAÇÃO E NA DENÚNCIA DE TRATADOS INTERNACIONAIS	155
José Francisco Rezek	
<i>HABEAS CORPUS</i> E O DIREITO AO SILENCIO EM CPI	167
José Paulo Sepúlveda Pertence ( <i>in memoriam</i> )	
O ENSINO RELIGIOSO DE ÍNDOLE CONFESSİONAL NA ESCOLA PÚBLICA <u>TRANSGRIDE</u> O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA LAICIDADE DO ESTADO	179
José Celso de Mello Filho	

A MAGNA CHARTA LIBERTATUM: A GRANDE CARTA DA LIBERDADE	213
Carlos Mário da Silva Velloso	
O PAPEL DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DO ESTADO	
DEMOCRÁTICO DE DIREITO	223
Marco Aurélio Mendes de Farias Mello	
A CONSTITUIÇÃO DE 1988	
ALGUMAS CONSIDERAÇÕES	237
Nelson Azevedo Jobim	



# O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS LIMITES DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

ROSA MARIA PIRES WEBER<sup>1</sup>

## 1. Introdução

Promulgada em 5 de outubro de 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil completa, em 2023, seu 35º aniversário. Concebida durante o processo de redemocratização do país, a assim chamada “Constituição Cidadã”, além de marcar a ruptura com a ditadura militar, inaugura uma era de avanços significativos nos direitos e liberdades fundamentais do povo brasileiro. São ampliados os direitos individuais, sociais e políticos, reconhecidos os direitos originários dos povos indígenas e quilombolas e assegurada a proteção do meio ambiente. Os direitos à saúde e à educação são vigorosamente afirmados, e a proteção dos direitos humanos é substancialmente fortalecida diante de previsão sobre a constitucionalização de tratados internacionais sobre a matéria ratificados pelo Brasil. A Constituição proíbe a tortura, elimina a censura e assegura a liberdade religiosa no marco do Estado laico. Especifica o devido processo legal, qualifica a presunção de inocência e proclama o direito à moradia. Densifica o direito de greve, afiança a liberdade de reunião pacífica e criminaliza o racismo, entre tantos outros desenvolvimentos civilizatórios.

Em absoluto limitada a anacrônico catálogo de liberdades individuais oponíveis ao Estado, a Constituição pátria horizontaliza a eficácia dos direitos fundamentais nela assegurados, que passam a reger também relações entre particulares. Além disso, confia ao Estado a missão de atuar positivamente no sentido de proporcionar aos brasileiros condições materiais para, no gozo dessas liberdades, exercer as suas capacidades na busca da realização pessoal. Sob esse prisma, aliás, a igualdade material traduz, ela mesma, uma forma de liberdade, no sentido de que as privações materiais

<sup>1</sup> Ministra Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça.

afetam diretamente as possibilidades de efetivo exercício das próprias capacidades, conforme ensina Amartya Sen.<sup>2</sup>

Não encerra a Constituição, assim, um modelo estático de Estado, mas um projeto dinâmico de sociedade. Não traduz uma fotografia de país, e sim um roteiro de nação. Uma epopeia que não se realiza da noite para o dia, tampouco sem esbarrar em diferentes flancos de resistência. A opção pela democracia, afinal, para lembrar a lição de Jacques Derrida, é sempre a de uma democracia por vir. Isso em absoluto quer dizer uma democracia adiada para o futuro, mas uma democracia que se realiza hoje, vindo a ser. Sempre imperfeita, atualizando-se e aperfeiçoando-se, com os olhos voltados para o futuro. Mais do que repousar tão só no exercício periódico do irrevogável direito ao sufrágio secreto e universal, a dinâmica do regime democrático materializa-se também, necessariamente, na prática dialética das instituições que canalizam o debate público, permitindo a construção comunicativa de uma compreensão adequada sobre as necessidades da sociedade. Nesse processo, exerce papel essencial, como intérprete e guardião da ordem constitucional, o Supremo Tribunal Federal.

A mesma Constituição que institui um Estado Democrático de Direito, tendo a soberania popular e a dignidade da pessoa humana como sustentáculos e conferindo primazia aos direitos humanos fundamentais, entrega ao Supremo Tribunal Federal a guarda desse arcabouço axiológico e deontológico em face dos desafios trazidos pela incessante marcha do tempo.

## 2. O desacordo inevitável e o papel institucional do Supremo Tribunal Federal

Consubstanciando a Constituição um artefato textual, compreendê-la supõe necessariamente interpretá-la. A noção ingênua de que a leitura de um texto configura uma operação distinta da sua interpretação está sepultada pelo menos desde o início do século XIX, a partir dos trabalhos do teólogo e filósofo Friedrich Schleiermacher, não por acaso considerado o pai da hermenêutica moderna. Ao reconhecer que entender um texto é inseparável de interpretá-lo, o legado de Schleiermacher estabelece um terreno fértil para a discussão da hermenêutica jurídica, disciplina que estuda a teoria e a metodologia da interpretação do direito. Nesse sentido, não há compreensão da Constituição que não seja, em si mesma, uma interpretação da Constituição, isto é, que não esteja ancorada na historicidade do leitor, ou intérprete, bem como na sua

---

<sup>2</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

compreensão prévia sobre a sociedade e sobre os valores e princípios subjacentes ao texto constitucional. Através desse processo hermenêutico, a Constituição adquire sua forma, e pode responder às complexidades e desafios do mundo contemporâneo.

A hermenêutica jurídica, consabido, contempla vários métodos de interpretação, todos aprendidos já no primeiro ano de Faculdade de Direito – no meu caso na Introdução à Ciência do Direito pela lição de mestres ilustres que se tornaram Ministros do Supremo Tribunal Federal, João Leitão de Abreu, de saudosa memória, e José Néri da Silveira, querido professor que sempre reverencio. Sabe-se, também, traduzir o texto normativo enunciados que, até pela natural equivocidade das palavras, descortinam diferentes caminhos, com atalhos e bifurcações passíveis de levar ao mesmo ou a diferente destino. E a releitura atualizada, a mais das vezes, é imperativo da dinâmica da vida, da impermanência do tempo e das próprias alterações semânticas e sociais, no avanço do processo civilizatório.

Textos há, ainda, que, por albergarem as chamadas cláusulas abertas e conceitos indeterminados, dão maior margem de interpretação ao hermeneuta, enquanto outros ostentam marcos e balizas que atuam como amarras, insusceptíveis de afastamento pela atividade interpretativa, ainda que corretamente iluminada pela principiologia constitucional e atenta à força normativa da Constituição. Ao intérprete permite-se, nessa linha, em voos interpretativos, escolher fundamentadamente entre um ou outro destino, mas nunca com o abandono das amarras acaso presentes.

A aceitabilidade das decisões judiciais proferidas pelas Cortes Constitucionais e o respeito à sua autoridade – e, em especial, do Supremo Tribunal Federal –, muitas vezes rotuladas de impopulares e antidemocráticas, derivam de aspecto inerente ao exercício da jurisdição constitucional. É que o conceito de democracia não se fisionomiza, nas sociedades contemporâneas, pela simples prevalência do princípio majoritário. Vai além, identificando-se pela conjugação de instituições majoritárias representativas do povo e instituições não eleitas de tutela dos direitos fundamentais, a desenvolverem funções distintas e complementares para o funcionamento do Estado de Direito.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Na literatura jurídica, nessa linha de concepção acerca teoria da separação de poderes nas sociedades e democracias constitucionais contemporâneas, destacam-se: John Ferejohn e Pasquale Pasquino (Constitutional review in global context. *N.Y.U Journal of Legislation & Public Policy*, v. 6, n. 1, p. 49-59, 2002.; Constitutional adjudication: lessons from Europe. *Texas Law Review*, v. 82, p. 1671-1704, Jun. 2004.; Constitutional Courts as deliberative institutions: towards an institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, Wojciech (ed.). **Constitutional justice, east and west**: democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective. Amsterdam: Springer, 2003), Dieter Grimm (Constitutional adjudication and democracy. *Israel Law Review*, v. 33, issue 2, p. 193-215, Spring 1999; Constitutional adjudication and constitutional interpretation: between law

As sociedades democráticas contemporâneas são marcadas por divisões culturais e pela pluralidade de percepções sobre os elementos do bem comum, de modo a importarem, a ausência de consenso e a imprevisibilidade cotidiana presentes na arena política em que resolvidas como regra as divergências por apertadas maiorias, em uma sensação de baixa legitimidade do sistema democrático representativo, com frequência bem maior do que a desejável. Nesse cenário, ao Poder Judiciário, como elemento estruturante da democracia constitucional, compete a função de interpretar a legislação e assegurar a supremacia da própria Constituição, fundamento de validade de todo o sistema jurídico, a lei fundamental do país.

Essa competência jurisdicional explica-se porque, embora a Constituição seja o fundamento de validade de todo o sistema e obrigatória aos seus destinatários, o seu significado, quer em contextos abstratos, quer em situações concretas, comporta muitas vezes, insisto, compreensões divergentes, em especial pela indeterminação inerente à linguagem jurídica e ao próprio Direito. Daí a necessidade da atuação de uma instituição não eleita e imparcial para resolver os problemas de interpretação e aplicação das leis, do dizer o Direito (*jus dicere*). No Brasil, esse caráter indeterminado do Direito evidencia-se diuturnamente com o deslinde das disputas interpretativas sobre o significado e alcance das normas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, a quem compete, por expressa disposição do artigo 102 da Constituição Cidadã de 1988, reitero o registro, a sua guarda.

Quando discordamos a respeito do significado de um poema, de um romance, um filme ou uma obra de arte, em geral podemos manter nossas diferentes compreensões sem que tal desacordo hermenêutico afete-nos a vida em sentido prático. Lembro aqui instigante entrevista de Salvador Dalí, ao dizer que a beleza da obra de arte não está necessariamente na obra em si, e sim nos olhos de quem a contempla. Já a definição do sentido de uma norma jurídica tem, a mais das vezes, consequências práticas, frequentemente decisivas, para a vida de todos, pois não envolve apenas o emissor ou o intérprete, mas também o destinatário, o jurisdicionado, coletivamente. E isso independe de compartilhar ele, individualmente, da proposta exegética encampada

---

and politics. **NUJS Law Review**, v. 4, issue 1, p. 15-19, 2011.), Gustavo Zagrebelsky (La corte in politica. **Quaderni costituzionale**: rivista italiana di diritto costituzionale v. 25, n. 2, p. 273-282, giugno 2005.; **Principi e voti**: la Corte costituzionale e la politica. Torino: Giulio Einaudi, 2005; **Il diritto mite**: legge, diritti, giustizia. Torino: Einaudi, 1992), Owen Fiss (To make the constitution a living truth. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017), Aharon Barak (A Judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy. **Harvard Law Review**, v. 116, p. 19-162, 2002. p. 19-162), Stephen Breyer (**Making our democracy work**: a judge's view. Vintage Books: New York, 2011), Mauro Cappelletti (**The judicial process in comparative perspective**. Oxford: Clarendon Press, 1989), e Conrado Hubner Mendes (**Constitutional courts and deliberative democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2014).

pelo juiz a quem incumbe dizer o Direito, com plena eficácia vinculativa, na solução das lides materiais e processuais, no conceito do meu saudoso mestre de sempre Galeno Lacerda. Daí a existência de razão de ordem ética pela qual à interpretação jurídica há de corresponder uma teoria que ampare uma racionalidade objetiva, ou pelo menos intersubjetiva, com reduzido espaço disponível aos impulsos subjetivos do intérprete, por melhores que sejam, ou lhe pareçam, suas motivações.

### 3. Oscilação jurisprudencial e segurança jurídica

Conforme afirmei, no exercício da jurisdição constitucional, em múltiplas ocasiões, compreendido o Tribunal como instituição, a simples mudança de composição não configura fator suficiente para legitimar a alteração da jurisprudência, como tampouco o são razões de natureza pragmática ou conjuntural. Entendo competir ao magistrado como regra, no exercício da jurisdição constitucional, preservar a jurisprudência da Corte, ressalvadas as situações de necessária atualização. A segurança jurídica consiste em um valor ínsito à democracia, ao Estado de Direito e ao próprio conceito de justiça, além de traduzir, na ordem constitucional, uma garantia dos jurisdicionados. A imprevisibilidade é, por si só, elemento capaz de degenerar o Direito em arbítrio. Conforme assentou o *Justice Stephen J. Field* em *Pollock v. Farmer's Loan & Traust Co*:

Abandonemos a crença na continuidade das decisões judiciais, e nos permitamos considerar que, em grandes questões constitucionais, esse tribunal pode se afastar das conclusões estabelecidas de seus antecessores e determiná-las de acordo com a mera opinião daqueles que ocupam temporariamente suas cadeiras, e nossa Constituição, a meu juízo, será despojada do seu valor, tornando-se um instrumento dos mais perigosos para os direitos e liberdades das pessoas.<sup>4</sup>

No mesmo sentido, observa Frederick Schauer ser esperado de um tribunal que “resolva as questões da mesma maneira que ele decidiu no passado, ainda que os membros do tribunal tenham sido alterados, ou se os membros dos tribunais tenham mudado de opinião”.<sup>5</sup> E igualmente registra Neil MacCormick que a “fidelidade ao Estado de direito requer que se evite qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz ou tribunal para outro”.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Justice FIELD, em *Pollock v. Farmer's Loan & Traust Co*, 1895, tradução livre. (Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/157/429>)

<sup>5</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 37.

<sup>6</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 191.

Não por outro motivo, minha postura, enquanto magistrada, sempre foi a de, frente ao estado da arte da jurisprudência do órgão jurisdicional por mim integrado em dado momento, acatar o entendimento sedimentado pelo Colegiado, vale dizer, a de decidir em conformidade com a jurisprudência do tribunal, em atenção ao dever de equidade que há de nortear a prestação jurisdicional (*treat like cases alike* – tratar casos semelhantes de modo semelhante), em respeito ao princípio da colegialidade – meio de atribuir autoridade e institucionalidade às decisões da Corte Constitucional enquanto expressão da exigência de integridade da jurisprudência – hoje positivado no art. 926, *caput*, do Código de Processo Civil,<sup>7</sup> e em respeito, ainda, à impessoalidade e à eficácia das decisões da Corte em processos de índole objetiva. Ressalte-se, ainda, que o Código de Processo Civil de 2015 consagrou, no art. 489, VI, a força obrigatória – horizontal e vertical – dos precedentes.<sup>8</sup>

#### **4. As circunstâncias da hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**

A tutela jurisdicional do regime jurídico das liberdades individuais, imanente à seara penal, há de ter como pressuposto a primazia da Constituição Federal, instituidora de um Estado Democrático de Direito marcado pela independência e harmonia entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Isso porque todos os Poderes da República têm a sua origem e fundamento na Constituição, manifestação da soberania popular representada em momento histórico pela Assembleia Nacional Constituinte e atualizada pelos procedimentos reveladores da manifestação do Poder Constituinte derivado.

Além disso, é necessário frisar que um regime constitucional democrático não prescinde do reconhecimento, senão da soberania, pelo menos da centralidade política e institucional do Poder Legislativo, expressão que é da vontade popular que representa. Trata-se, pois, de valorar no plano constitucional o próprio sufrágio, base da legitimidade de toda decisão política. Na sua obra clássica, já alertava Tocqueville que a primazia do Poder Legislativo constitui “a barreira mais poderosa contra os descaminhos da democracia”.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

<sup>8</sup> Art. 489. [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

<sup>9</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010.

De modo algum se quer, com essa observação, rechaçar a noção de que o constitucionalismo contemporâneo descortina a exigência de um controle efetivo e intenso da própria atividade política pelo Poder Judiciário, sendo certo que “a judicialização da política contribui para o surgimento de um padrão de interação entre os poderes que não é necessariamente deletério da democracia”.<sup>10</sup> Nessa perspectiva:

a ideia é, ao contrário, que democracia constitui um requisito da expansão do poder judicial. Nesse sentido, a transformação da jurisdição constitucional em parte integrante do processo de formulação de políticas públicas deve ser vista como um desdobramento das democracias contemporâneas. A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios.<sup>11</sup>

De acordo, ainda, com o professor de História das Constituições Modernas da Faculdade de Direito da Universidade de Florença, Maurizio Fioravanti:

Na fórmula contemporânea da democracia constitucional parece estar contida a aspiração a um justo equilíbrio entre o princípio democrático, dotado de valor constitucional através das instituições da democracia política e do próprio papel do legislador e do governo, e a ideia – ínsita a toda a tradição constitucionalista – dos limites da política a fixar mediante a força normativa da constituição e, em particular, através do controle de constitucionalidade sempre mais determinante no âmbito das democracias modernas.<sup>12</sup>

Por outro lado, observa Luigi Ferrajoli, a respeito da Constituição brasileira, que ela:

de um lado, [...] abriu uma promissora perspectiva de desenvolvimento futuro do constitucionalismo, formulando o seu modelo normativo da maneira mais avançada. De outro, ela promoveu uma expansão do papel do Poder Judiciário que, se não for acompanhada de um reforço das garantias jurisdicionais e de uma sólida cultura garantista, pode resultar numa perigosa distorção da jurisdição e alteração do Estado de Direito.<sup>13</sup>

Em uma época na qual sobeja a desconfiança do povo em relação aos seus representantes e o descrédito da atividade política entre os brasileiros atinge níveis lamentavelmente elevados, uma época em que muito se fala em crise de representatividade, em déficit de legitimidade e diferentes modelos de reformas políticas são discutidos,

<sup>10</sup> CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 34, jun. 1997.

<sup>11</sup> Ibidem.

<sup>12</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: de la antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001.

<sup>13</sup> FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 231-254.

não é difícil ficar tentado a interpretações do texto constitucional que lhe subtraiam garantias e proteções.

Vale lembrar que a história universal é farta de exemplos de que a erosão das instituições garantidoras da existência dos regimes democráticos, quando ocorre, lenta e gradual, normalmente tem origem nas melhores intenções – moralidade pública, eficiência do Estado, combate à corrupção e à impunidade etc. Sem desconsiderar o caráter eminentemente político das relações entre os Poderes, tendo em vista o resguardo à própria ideia de democracia, fundamento maior da República, a interpretação da Constituição, todavia, deve reconhecê-la como unidade textual, sistema completo (embora não fechado), cujo sentido jurídico e coerência são encontrados nela própria. Repito: o sentido da norma constitucional há de ser extraído, primordialmente, dela mesma, tomada como sistema.

O caráter criativo da interpretação do Direito efetuada pelo Poder Judiciário encontra limites intransponíveis, em primeiro lugar, na necessidade de manutenção da estrutura de separação de poderes e do princípio do *rule of law*, instituições ínsitas ao regime democrático.<sup>14</sup> Por esse motivo, a integração normativa deve ser determinada – e legitimada – por um comando constitucional expresso. A hermenêutica constitucional e normativa, enquanto técnica jurídica, não tem os olhos vendados para os desenhos institucionais, afirmados na Constituição, que asseguram a própria continuidade da existência de uma República que se atribui a qualificação de democrática.

Em segundo lugar, há que considerar o fato de que a jurisdição se distingue, enquanto atividade – e justamente porque escorada na realidade do direito objetivo –, por atrelar a ideia de verdade às suas afirmações, de modo que “não é meramente potestativa nem sequer discricionária, mas está vinculada à aplicação da lei aos fatos julgados, mediante o reconhecimento da primeira e o conhecimento dos segundos”.<sup>15</sup>

Ao dissertar sobre a imprescindibilidade de cartas de direitos escritas para o bom funcionamento das democracias constitucionais, pondera o *Justice* William J. Brennan, que integrou a Suprema Corte dos EUA de 1956 a 1990:

[...] se a experiência da América demonstra que proteções no papel não são uma garantia suficiente de liberdade, também deixa claro que elas são necessárias, particularmente em tempos de crise. Sem a âncora de um texto para suas decisões, os juízes teriam que

<sup>14</sup> CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. **Direito à saúde**: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>15</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

se socorrer de alguma teoria de direito natural, ou de alguns supostamente partilhados padrões dos fins e limites do governo, para combater a legislação violadora. Mas um apelo a ideias normativas que não têm qualquer fundamento na lei escrita [...] seria suspeito em sociedades como os Estados Unidos, porque representaria uma aberração profunda dos princípios majoritários. [...] Um texto, além disso, não é necessário apenas para tornar eficazes as decisões dos juízes: também ajuda a controlar seu arbítrio. Eu seria a última pessoa a limitar o poder dos juízes de manterem vital o direito, de assegurarem que ele se mantenha ao lado do progresso do intelecto e das sensibilidades do ser humano. Entretanto, a liberdade sem limites é outro assunto.<sup>16</sup>

Os espaços de discricionariedade judicial, quando admitidos – o que, em matéria penal e processual penal, assume ares particularmente controvertidos –, supõem, no Estado de Direito, a insuficiência ou insatisfação semântica da norma, ou seja, a “presença na lei de expressões indeterminadas ou de antinomias semânticas”.<sup>17</sup>

Tome-se, como exemplo, o art. 5º, LVII, da Constituição da República, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O preceito enfeixa um princípio, sim – o da presunção de inocência, como tantas vezes tem sido repetido, mas também enfeixa uma regra propriamente, uma regra específica, o que não pode ser ignorado pelo intérprete, veiculando amarra semântica insuscetível de ser desconsiderada. Diante da regra expressa veiculada pelo constituinte – a fixar, objetivamente, o trânsito julgado como termo final da presunção de inocência, o momento em que passa a ser possível impor ao acusado os efeitos da atribuição da culpa –, não seria dado ao intérprete ler o preceito constitucional pela metade, como se contivesse apenas o princípio genérico, ignorando a regra nele contida.

Ao postular a imperatividade das normas constitucionais definidoras de direitos, Ruy Barbosa já exprimia a compreensão de que “não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular de seus órgãos”.<sup>18</sup> Ainda que a interpretação contemporânea tenha expandido o universo das possibilidades semânticas disponíveis ao intérprete, de modo algum está ele autorizado a tomar sua própria vontade como absoluta, devendo render reverência ao texto como realidade objetiva. A interpretação não pode negar o texto nem o afastar, atribuindo-lhe sentidos acaso tradutores do desejo do intérprete, por mais louváveis que sejam as crenças políticas, éticas ou ideológicas a animarem esse desejo e por

<sup>16</sup> BRENNAN JR, William J. Por que ter uma carta de direitos? **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 63, jul./set. 1992.

<sup>17</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>18</sup> BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1933. p. 488-489.

melhores que sejam as suas intenções. Não há como o leitor evitar o significado dos símbolos gráficos marcados com tinta sobre o papel, ou dos padrões desenhados com pontos de luz na tela. Se a garantia é assegurada, não há como interpretá-la como se não existisse.

Deve a decisão judicial apoiar-se não nas melhores intenções pessoais do magistrado, mas na melhor interpretação possível do direito objetivo: a Constituição, as leis, a tradição jurídica, a prática institucional e os valores de uma sociedade. Na lição de Dworkin, a interpretação judicial da lei, nesse sentido, “deve refletir não apenas suas convicções sobre justiça [...] – embora estas também tenham um papel a desempenhar –, mas também suas convicções sobre os ideais de integridade e equidade políticas e de devido processo legal, na medida em que estes se aplicam especificamente à legislação em uma democracia”.<sup>19</sup>

O significado da norma, seu conteúdo semântico, incorpora ao signo (o texto, a apresentação linguística) uma dimensão retórica, sua inscrição em uma rede de significados delimitada histórica, social e teoricamente. Na medida em que participa da construção ontológica da norma, a interpretação assume, reconheço, verdadeiro caráter constitutivo, e não meramente desvelador, do sentido da norma. O ato interpretativo, todavia, não é um ato exterior, posterior à norma, que se impõe sobre ela e cuja incidência produzirá um acréscimo semântico, um novo objeto: o produto da interpretação. Não se há falar em norma e norma interpretada como dois momentos fenomênicos distintos, porque é a dinâmica entre o intérprete e o signo que constitui a própria norma. Interpretações não podem se fundar no gosto ou na preferência do hermeneuta. Interpretações adequadas, pelo menos. Em certo sentido, uma interpretação adequada é uma descoberta. O texto normativo carrega em si uma intenção significativa que, se não tem o condão de imobilizar o intérprete, fixa as balizas para o seu movimento, jamais podendo ser desprezada por ele. Minha predileção por Cervantes não me autoriza a identificar como Dom Quixote um ator que, não obstante vestindo armadura, portando lança e acompanhado de um escudeiro, sobe ao palco para representar Henrique V exsurgido da pena do bardo elisabetano.

O texto da Constituição há de ser respeitado a partir do consenso pragmático formado pela comunidade dos falantes e leitores da língua portuguesa, que dá significado às suas palavras, e observada a tecnicidade dos conceitos jurídicos. As palavras da Cons-

---

<sup>19</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

tituição não são poesia, não são, como diria Dante, *versi strani*,<sup>20</sup> acessíveis somente ao iniciado detentor de esotéricas ferramentas teóricas. Como bem aponta Umberto Eco, o intérprete não pode se impor como um “*Übermensch* que realmente entende a verdade [...] que o autor não sabia”.<sup>21</sup>

## 5. Conclusão

Considerada a conformação específica dada pela Constituição brasileira a determinado princípio, como no caso da presunção de inocência – qual seja, a de assegurá-la até o trânsito em julgado ou a irrecorribilidade do título condenatório –, não se justifica normativamente tentativa alguma de assimilação da ordem jurídica pátria a razões de direito comparado em relação a ordenamentos jurídicos que, por mais merecedores de admiração que sejam, não contemplam figura normativa-constitucional análoga.

Gostemos ou não das escolhas político-civilizatórias manifestadas pelo Poder Constituinte, não as reconhecer importa reescrever a Constituição para que ela espelhe o que gostaríamos que dissesse, em vez de a observarmos. Tais limites balizam tanto a atividade do Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião do texto constitucional, e não o seu autor, quanto a ação dos demais membros da chamada sociedade aberta de intérpretes da Constituição, para usar a expressão consagrada de Peter Häberle<sup>22</sup>, aí incluídos os Poderes Legislativo e Executivo, demais entes do Estado, e a própria sociedade civil.

Em face de ato normativo editado pelo Poder Legislativo com exegese plenamente compatível com o parâmetro constitucional de controle, a tônica do exame de constitucionalidade deve ser a deferência da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente legislativo. Não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da exegese conferida pelo Legislador a uma garantia constitucional, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da Constituição.

<sup>20</sup> [Ó vós que tendes inteligência sadia,  
atentai à doutrina que se esconde  
sob o véu dos versos estranhos.]  
(Dante, Inferno, IX, 61-63).

<sup>21</sup> ECO, Umberto. **Interpretação e superinterpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

<sup>22</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e proceduralista da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

A observância do devido processo legal na tutela constitucional da liberdade é o norte maior das garantias constitucionais. Se a Constituição assegura, expressamente, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, uma vez adotado, pelo legislador infraconstitucional, marco normativo que, longe de a ela se contrapor, visa a assegurar a máxima efetividade da garantia constitucional da presunção de inocência, e guarda com a Lei Fundamental absoluta consonância, não pode o intérprete da norma constitucional ceifar-lhe o potencial humanizador.

Malgrado fortes razões de índole social, ética e cultural amparem seriamente a necessidade de que sejam buscados desenhos institucionais e mecanismos jurídico-processuais cada vez mais aptos a responder, com eficiência, à exigência civilizatória que é o debelamento da impunidade, não há como, do ponto de vista normativo-constitucional vigente – cuja observância irrestrita também traduz em si mesma uma exigência civilizatória –, afastar-se a higidez de preceito que institui garantia, em favor do direito de defesa e da garantia da presunção de inocência, plenamente assimilável ao texto magno. Nas palavras do *Justice Louis Brandeis*, “no exercício desse elevado poder, devemos nos manter sempre em guarda, para não erigirmos nossos preconceitos em princípios jurídicos”.<sup>23</sup> O poder-dever de invalidar leis cujos conteúdos sejam contrários à Constituição encontra, assim, limites objetivos na própria Constituição.

A sociedade reclama, e com razão, que o Direito ofereça respostas céleres e efetivas a suas mazelas. Tal exigência, no entanto, não pode ser atendida ao custo da supressão das garantias fundamentais asseguradas no Texto Magno, garantias estas lá encartadas para proteger do arbítrio e do abuso os membros dessa mesma sociedade.

## **6. Adendo comemorativo: aniversário de 35 anos da Constituição Federal de 1988**

Neste ano de 2023, em que a Constituição Federal brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988, completa trinta e cinco anos, realinho essas reflexões, em sua homenagem, com base nos fundamentos que expendi ao julgamento de ações de controle concentrado de constitucionalidade ajuizadas no Supremo Tribunal Federal.

Neste aniversário de 35 anos, mais do que nunca há que celebrar a nossa Constituição Cidadã, enquanto proclama se constituir a República Federativa do Brasil em Estado

---

<sup>23</sup> *New State Ice Co. v. Liebmann* (285 U.S. 262). (Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/285/262>)

Democrático de Direito, que tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. E, como objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Esta celebração e esta homenagem guardam absoluta consonância com a diretriz que erigi como norte da atual administração da Casa: a proteção da jurisdição constitucional e da integridade do regime democrático, ou, mais simplesmente, a defesa, diuturna e intransigente, da Constituição e do Estado Democrático de Direito.

A invasão criminosa das sedes dos Três Poderes da República em 8 de janeiro último – a que chamamos o Dia da Infâmia –, inédita quanto ao Supremo Tribunal Federal em seus quase duzentos anos de existência – computados Império, quando ainda Supremo Tribunal de Justiça, e República –, e a destruição das instalações físicas da Suprema Corte sob motivação antidemocrática são fatos a serem sempre relembrados, como condição para que jamais se repitam e para que não se descure do cuidado diário que a democracia exige e o aperfeiçoamento das instituições democráticas impõe.

Mais do que nunca neste 2023 há que reafirmar nossa Democracia Constitucional, mais do que nunca urge cerrar fileiras na intransigente defesa de nosso Estado Democrático de Direito, mais do que nunca há que reverenciar a nossa Lei Fundamental!

Vida longa à aniversariante, a Constituição brasileira de 1988!

## Referências bibliográficas

BARAK, Aharon. A judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy. *Harvard Law Review*, v. 116, p. 11, 2002.

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1933.

BREYER, Stephen. *Making our democracy work: a judge's view*. Vintage Books: New York, 2011.

BRENNAN JR, William J. Por que ter uma carta de direitos? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.189, p. 58-69, jul./set. 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. *The judicial process in comparative perspective*. Oxford: Clarendon Press, 1989.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v.12, n. 34, jun. 1997.

CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. *Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013.

DANTE ALIGUIERI. *A divina comédia: inferno*. 5. ed. bilíngue. São Paulo: Ed. 34, 2022.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

FEREJOHN, John. Constitutional review in global context. *N.Y.U Journal of Legislation & Public Policy*, vol. 6, n.1, p. 49-59, 2002.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional adjudication: lessons from Europe. *Texas Law Review*, vol. 82, p. 1671-1704, Jun. 2004.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional Courts as deliberative institutions: towards an institutional theory of constitutional justice. *In: SADURSKI, Wojciech (ed.)*.

**Constitutional justice, east and west: democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective.** Amsterdam: Springer, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 231-254.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Madrid: Trotta, 2001.

FISS, Owen. To make the Constitution a living truth: for lectures on the structural injunction. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 583-607.

GRIMM, Dieter. Constitutional adjudication and democracy. **Israel Law Review**, v. 33, issue 2, p. 193-215, Spring 1999.

GRIMM, Dieter. Constitutional adjudication and constitutional interpretation: between law and politics. **NUJS Law Review**, v. 4, issue 1, p. 15-29, 2011.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e proceduralista da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional courts and deliberative democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2015.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite: legge, diritti, giustizia**. Torino: Einaudi, 1992.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La corte in politica. Quaderni costituzionale: revista italiana di diritto costituzionale**, v. 25, n. 2, p. 273-282, giugno 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Principi e voti: la Corte costituzionale e la política**. Torino: Giulio Einaudi, 2005.

# LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL<sup>1</sup>

LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>2-3</sup>

*Sumário:* I. Liberdade de expressão no Brasil: de um passado que condena à Constituição de 1988. II. Liberdade de expressão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 1. Liberdade de imprensa. 2. Discursos de ódio. 3. Liberdade de expressão artística e intelectual. 4. Direito ao esquecimento. 5. Manifestação do pensamento. 6. Ataque às instituições democráticas. III. Conclusão.

## I. LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL: DE UM PASSADO QUE CONDENA À CONSTITUIÇÃO DE 1988

*En este mundo traidor nada es verdad ni mentira todo es según el color del cristal con que se mira.*

Ramon de Campoamor

Desde a Independência, todas as Constituições brasileiras, a começar pela de 1824, asseguraram a liberdade de expressão. Desafortunadamente, sempre houve larga distância entre intenção e gesto, num dramático desencontro entre o discurso oficial e o comportamento dos governos. Em nome da segurança nacional, da moral, dos bons

<sup>1</sup> A versão preliminar das ideias apresentadas neste trabalho foi trazida no seguinte artigo de minha autoria: Liberdade de expressão, imprensa e mídias sociais: jurisprudência, direito comparado e novos desafios. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 25, n. 135, jan./abr. 2023, p. 20-48.

<sup>2</sup> Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Estudos de pós-doutorado na Harvard Law School (EUA). Mestre (Master of Laws) pela Yale Law School. Doutor e Livre-Docente pela UERJ.

<sup>3</sup> Este trabalho se beneficia, especialmente, da minha interlocução com Aline Osório e Luna van Brussel Barroso e de seus livros: OSORIO, Aline. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017; e BARROSO, Luna van Brussel. *Liberdade de expressão e democracia na era digital: o impacto das mídias sociais no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. V. tb., em meio a vasta literatura, CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. São Paulo: FGV, 2022; POST, Robert. *Constitutional domains: democracy, community, management*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

costumes, da família e de outros pretextos, sempre foram cerceadas a imprensa, as artes e a literatura. No Brasil, como em todo o mundo, a censura sempre oscila entre o arbítrio, o capricho, o preconceito e o ridículo. Assim é porque sempre foi.

Não por outra razão, o texto constitucional de 1988 foi verdadeiramente obsessivo ao tratar da matéria, o que fez em uma pluralidade de dispositivos. Em lugar de assegurar a liberdade de expressão genericamente, vedando a censura e outras intervenções estatais, a Constituição consagrou diversas normas específicas ao tema<sup>4</sup>. Essa tamanha proteção decorre da elevada relevância social, moral e política da liberdade de expressão, especialmente por ser ela essencial para a) a *busca da verdade possível*; b) a *dignidade humana e a autonomia individual*; e c) a *democracia*<sup>5</sup>.

O fato de se reconhecê-la como um pressuposto para o exercício de outros direitos fundamentais faz com que a liberdade de expressão seja referida como uma liberdade preferencial<sup>6-7</sup>. Isso não significa uma hierarquização em relação a outros direi-

<sup>4</sup> Extrai-se do art. 5º da Constituição, dedicado aos direitos e deveres individuais e coletivos, o seguinte regime jurídico: (i) a livre manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato (inciso IV); (ii) a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (inciso IX); e (iii) o direito de acesso à informação (inciso XIV). Para conter abusos, prevê, também, (iv) o direito de resposta, proporcional ao agravio, e a indenização em caso de dano (inciso V), bem como a (v) inviolabilidade da privacidade, da honra e da imagem, igualmente indenizáveis em caso de violação (inciso X). Mais à frente, no capítulo dedicado à comunicação social, o art. 220 proíbe qualquer restrição à manifestação do pensamento, criação, expressão e informação, sob qualquer forma, processo ou veículo. Nessa linha, estabelece que nenhuma lei poderá constituir embaraço à liberdade jornalística (§ 1º), veda qualquer censura de natureza política, ideológica ou artística (§ 2º) e dispensa qualquer tipo de licença da autoridade para a publicação de veículo impresso (§ 6º). O tratamento da matéria, como se vê, foi exaustivo.

<sup>5</sup> Essa sistematização vem do direito norte-americano, mas é reconhecida amplamente em outras jurisdições. V. OSORIO, Aline, *Direito eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 54; SCHAUER, Frederick. *Free Speech: a philosophical enquiry*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982. p. 15-72; e BARROSO, Luna van Brussel. *Liberdade de expressão e democracia na era digital: o impacto das mídias sociais no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 46 e ss.

<sup>6</sup> Essa foi uma tese desenvolvida na jurisprudência constitucional da Suprema Corte dos Estados Unidos e que prevaleceu ao longo do século XX. O *status preferencial* da liberdade de expressão no direito norte-americano teve seu surgimento ligado à famosa nota de rodapé nº 4 do voto proferido pelo Justice Stone, no caso *United States v. Carolene Products Co.* (1938), e foi posteriormente desenvolvido e articulado em uma série de casos, como *Jones v. Opelika* (1942), *Murdock v. Pennsylvania* (1943) e *Thomas v. Collins* (1945). Atualmente, há dúvida se ela ainda desfruta do apoio da maioria do Tribunal. V. Richard L. Pacelle Jr., *Preferred position doctrine*. The First Amendment Encyclopedia. Disponível em <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1008/preferred-positiondoctrine>. Acesso em 10 jul. 2022.

<sup>7</sup> No Brasil, v. 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 Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Fortaleza, n.5, p.297, jan./jun. 2005. Na mesma linha, FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2.ed. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2000. p. 167; e BARROSO ASENJO, Porfirio; LÓPEZ TALAVERA, María del Mar. *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*. Madrid: Fragua, 1998, p. 48. Em sentido diverso, v. SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; ROBL FILHO, Ilton., Estado democrático de direito e os limites da liberdade de

tos; trata-se, em verdade, de uma primazia *prima facie*, de modo que o ônus argumentativo para sua superação recairá sobre a parte que defende o direito contraposto. Tampouco significa que se trata de direito absoluto ou sem limites; afinal, do texto constitucional se extraem restrições que protegem outros direitos ou valores fundamentais<sup>8</sup>. Nada obstante, a Constituição brasileira trata como excepcional a possibilidade de proibição prévia da divulgação de conteúdos, a ser determinada por decisão judicial, nas situações raras em que não seja possível a composição posterior do dano.

## II. LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal tem um conjunto amplo de decisões em matéria de liberdade de expressão, sendo a maior parte de suas intervenções no sentido de assegurá-la e de ampliá-la. A seguir uma seleção dos principais julgados do Tribunal sobre o tema.

### 1. Liberdade de imprensa

a) *Não recepção da Lei de Imprensa do Regime Militar* (ADPF 130)<sup>9</sup>. Em julgamento emblemático de 2009, a Lei n. 5.250, de 1967, foi considerada não recepcionada pela Constituição de 1988, por “incompatibilidade material insuperável”. A referida lei, que regulava “a manifestação do pensamento e de informação”, fora editada durante o período de acirramento ditatorial que antecedeu a edição do Ato Institucional n. 5, em 1968. Embora o acórdão relatado pelo Ministro Ayres Britto não tenha utilizado a expressão “liberdade preferencial”, tal posição especial da liberdade de imprensa resulta claramente do seu teor<sup>10</sup>. É importante observar, nessa linha, que a decisão

expressão na Constituição Federal de 1988, com destaque para o problema da sua colisão com outros direitos fundamentais, em especial, com os direitos de personalidade. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v.8, n.14, p.121-122, jan./jul. 2016: “Muito embora se afirme que no Brasil a teoria da posição preferencial é adotada, a qual se encontra consagrada pelo STF quando do julgamento da ADPF n. 130, essa teoria, em geral, é aplicada de forma tímida, não sendo, de outra parte, reconhecida majoritariamente na Alemanha e em geral na Europa, onde a liberdade de expressão não assume uma prévia posição preferencial na arquitetura dos direitos fundamentais”.

<sup>8</sup> São exemplos: a vedação do anonimato (art. 5º, IV), o direito de resposta e o direito de indenização por dano material, moral ou à imagem (art. 5º, V), a proteção à privacidade e à honra (art. 5º, X), restrições à propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos e terapias (art. 220, § 4º) e a proteção da criança, do adolescente e do jovem (art. 21, XVI e art. 227).

<sup>9</sup> STF, ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, j. 30.04.2009.

<sup>10</sup> Na ementa do acórdão lê-se textualmente: “[O]u seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado [...].”

nesta ADPF 130 tem servido de base para dezenas de decisões do STF, proferidas em reclamações, suspendendo sentenças e acórdãos que indevidamente interferiram na liberdade de expressão<sup>11</sup>.

b) *Não recepção da exigência de diploma de jornalista* (RE 511.961)<sup>12</sup>. O Tribunal considerou incompatível com a Constituição de 1988 a exigência de diploma de curso superior para o exercício da profissão de jornalista, bem como da criação de conselho profissional para fiscalização da profissão. Ambas as previsões, contidas no Decreto-Lei n. 972/1969 – tanto quanto ao diploma quanto à criação de um órgão de fiscalização –, impõem restrição indevida ao exercício da liberdade jornalística, em contrariedade ao art. 220, § 1º, da Constituição. De acordo com o acórdão, “[o] exercício do poder de polícia do Estado é vedado nesse campo em que imperam as liberdades de expressão e de informação”.

c) *Liberdade de crítica contundente* (AI 690.841)<sup>13</sup>. A crítica dura a pessoas públicas, mesmo que grosseira ou injusta, não deve, como regra, sofrer limitações. No caso, impunavam-se “desmandos financeiros” a um servidor da Petrobras. A decisão da Segunda Turma, relatada pelo Min. Celso de Mello, deixou assentado que a crítica “mordaz, irônica ou até impiedosa” à figura pública, investida ou não de autoridade governamental, qualifica-se como “excludente anímica” apta a afastar o dolo de ofender<sup>14</sup>.

## 2. Discursos de ódio<sup>15</sup>

a) *Antissemitismo* (HC 82.424)<sup>16</sup>. Conhecido como *Caso Ellwanger*, este julgamento consistiu em um importante precedente contra os discursos de ódio. Por maioria, o

<sup>11</sup> E.g. STF, Rcl. 18.638 (medida cautelar), Rel. Luís Roberto Barroso, j. 17.09.2014: “Direito Constitucional. Reclamação. Liberdade de expressão. Retirada de matéria jornalística de sítio eletrônico por decisão judicial. 1. No julgamento da ADPF 130, o STF proibiu a censura de publicações jornalísticas e tornou excepcional qualquer tipo de intervenção estatal na divulgação de notícias e de opiniões. 2. A liberdade de expressão desfruta de uma posição preferencial no Estado democrático brasileiro, por ser uma pré-condição para o exercício esclarecido dos demais direitos e liberdades. 3. O uso abusivo da liberdade de expressão deve ser reparado, preferencialmente, por meio de retificação, direito de resposta ou indenização. Ao determinar a retirada de postagem de rede social, a decisão reclamada violou essa orientação. 4. Reclamação cujo pedido se julga procedente”.

<sup>12</sup> STF, RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 12 nov. 2009.

<sup>13</sup> STF, AI 690.841, Rel. Min. Celso de Mello, j. 21.06.2011.

<sup>14</sup> Um mau momento do Tribunal, nessa temática, foi a censura imposta à Revista Eletrônica Crusoé, em 2019. A decisão, todavia, foi revogada dias depois, quando esclarecida situação de fato que induzira o relator em erro.

<sup>15</sup> Sobre esse tema, v. SARMENTO, Sarmento. A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”. In: SARMENTO, Daniel. Livres e iguais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 207-262.

<sup>16</sup> STF, HC 82.424, red. p/ ac. Min. Maurício Corrêa, DJ 19 mar. 2004. Votaram vencidos os Ministros Ayres Britto e Marco Aurélio.

Tribunal entendeu que “escrever, editar, divulgar e comerciar livros fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias contra a comunidade judaica constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade” previstas na Constituição (art. 5º, XLII). Em suma: não é protegida pela liberdade de expressão a edição de obras antisemitas, que reproduzem crenças nazistas sobre os judeus e negam fatos históricos incontrovertíveis como o Holocausto.

b) *Homofobia* (ADO 26)<sup>17</sup>. Foi simbolicamente marcante a decisão que criminalizou a homofobia e a transfobia, em voto histórico do Ministro Celso de Mello<sup>18</sup>. O Tribunal reconheceu a mora do Congresso Nacional em cumprir o mandado de criminalização contido no art. 5º, XLI, da Constituição, que determina que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Como consequência, a decisão determinou o enquadramento das práticas de homofobia e transfobia no conceito de racismo, para fins de responsabilização penal, até que o Poder Legislativo edite legislação específica.

c) *Racismo e injúria racial* (HC 154.248)<sup>19</sup>. Neste julgamento, o STF fez a equiparação da injúria racial ao crime de racismo, para fins de imprescritibilidade. A conduta de injúria racial é tipificada no art. 140, § 3º, do Código Penal<sup>20</sup> e, portanto, é prevista em dispositivo distinto do que criminaliza o racismo, tipificado na Lei n. 7.719/1989. Ao equiparar o crime de injúria racial ao de racismo, o STF considerou-o imprescritível, à luz do que dispõe o art. 5º, XLII, da Constituição<sup>21</sup>.

### 3. Liberdade de expressão artística e intelectual

a) *Biografias* (ADI 4.815)<sup>22</sup>. O STF declarou inconstitucionais dois dispositivos do Código Civil que exigiam prévia autorização da pessoa ou da família para a publicação de sua biografia. A exigência de concordância prévia tinha como consequência

<sup>17</sup> STF, ADO 26, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 5 out. 2020.

<sup>18</sup> Na avaliação dessa decisão, é importante considerar que o Brasil é considerado o país em que se registra o maior número de assassinatos de transexuais no mundo. De acordo com a Transgender Europe, organização de direitos humanos que sistematiza dados disponíveis a respeito do assassinato de transexuais mundo afora. Disponível em: <https://transrespect.org/en/tmm-update-trans-day-of-remembrance-2018/>. Acesso em 11.07.2022.

<sup>19</sup> STF, HC 154.248, Rel. Min. Luiz Edson Fachin, j. 28.10.2021.

<sup>20</sup> Código Penal: “Art. 140 – Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa. § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena – reclusão de um a três anos e multa.”

<sup>21</sup> CF, art. 5º: “XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

<sup>22</sup> STF, ADI 4.815, Rel. Min. Cármem Lúcia, j. 10.06.2015.

a produção apenas de biografias *chapa branca*. O Tribunal considerou inválida a ponderação *a priori* feita pelo Código Civil, hierarquizando direitos fundamentais e colocando os direitos à privacidade e à imagem acima da liberdade de expressão e do direito de informação do público. No acórdão, da lavra da Ministra Cármem Lúcia, ficou assentado: “Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa”.

b) *Humor nas eleições* (ADI 4.451)<sup>23</sup>. Neste julgamento, o Tribunal declarou inconstitucionais os dispositivos da Lei das Eleições que impediam a veiculação, por emissoras de rádio e televisão, de programas de humor que envolvessem candidatos, partidos e coligações no período de três meses anteriores ao pleito. A decisão reconheceu que tal interdição constituía clara hipótese de censura prévia.

c) *Especial de Natal do Porta dos Fundos* (Rcl 38.782)<sup>24</sup>. O grupo humorístico Porta dos Fundos encenou um especial de Natal, na Netflix, intitulado “A Primeira Tentação de Cristo”, que retratava, em meio a outras irreverências, um Jesus Cristo gay. O programa gerou forte reação de grupos conservadores e cristãos e veio a ser suspenso por decisão de um desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. O argumento central era o da “ofensa a valores cristãos”. Em decisão liminar proferida em reclamação, que veio a ser confirmada pela Segunda Turma, o então Presidente do STF, Ministro Dias Toffoli, suspendeu a decisão da Justiça Estadual. No acórdão, assentou-se que “a proibição de divulgação de determinado conteúdo deve-se dar apenas em casos excepcionalíssimos, como na hipótese de configurar ocorrência de prática ilícita, de incitação à violência ou à discriminação, bem como de propagação de discurso de ódio”.

d) *Beijo gay* (SL 1.248<sup>25</sup> e Rcl 36.742<sup>26</sup>). Neste caso, fiscais da Prefeitura do Rio de Janeiro apreenderam revistas na Bienal do Livro que continham um beijo gay na capa, sob o fundamento da necessidade de proteção das crianças e adolescentes. O Ministro Dias Toffoli deferiu o pedido de suspensão da decisão da presidência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que havia declarado a legalidade da apreensão. No mesmo dia, o Ministro Gilmar Mendes deferiu outra liminar, em reclamação, na qual afirmou que o ato da Administração Municipal consistiu em censura prévia.

---

<sup>23</sup> STF, ADI 4.451, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 21.06.2018.

<sup>24</sup> STF, Rcl 38.782, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 23.02.2021.

<sup>25</sup> STF, SL 1.248, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 10.09.2019.

<sup>26</sup> STF, Rcl 36.742, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 11.09.2019.

e) *O caso Gerald Thomas* (HC 83.996)<sup>27</sup>. Em reação às vaias do público ao final da apresentação de sua montagem da peça Tristão e Isolda, o diretor teatral Gerald Thomas subiu ao palco, simulou um ato de masturbação e exibiu as nádegas para uma plateia atônita. Foi denunciado criminalmente pela prática de ato obsceno. O STF, no entanto, extinguiu a ação penal, por considerar que a atitude, inadequada e deseducada como fosse, constituía exercício de liberdade de expressão, tendo em vista tratar-se de uma peça de temática madura, assistida por um público adulto.

#### 4. Direito ao esquecimento

*O caso Aída Curi* (RE 1.010.606<sup>28</sup>). Os irmãos de uma mulher vítima de homicídio postularam e obtiveram indenização por uso da imagem de sua irmã em um programa televisivo que retratava o episódio. O Supremo Tribunal Federal reverteu a decisão da origem, por entender que o denominado direito ao esquecimento afrontava a liberdade de expressão. Na tese firmada, ficou assentado que: “É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais”.

#### 5. Manifestação do pensamento

*Marcha da maconha* (ADPF 187<sup>29</sup> e ADI 4.274<sup>30</sup>). Em ambas estas ações se discutia a legitimidade de eventos em que se postulava a desriminalização da maconha. Nas duas, o Tribunal reconheceu o direito constitucional de se realizarem assembleias, reuniões, marchas, passeatas ou encontros em espaços públicos com o objetivo de criticar os modelos normativos em vigor e procurar angariar apoio para mudanças legislativas.

#### 6. Ataque às instituições democráticas

Em junho de 2020, o Supremo Tribunal Federal considerou legítima a continuidade de um inquérito que apurava ataques e ameaças ao Tribunal e seus Ministros, bem como

<sup>27</sup> STF, HC 83.996, Red. p/ ac. Min. Gilmar Mendes, j. 17.08.2004.

<sup>28</sup> STF, RE 1.010.606, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 11.02.2021.

<sup>29</sup> STF, ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15.06.2011.

<sup>30</sup> STF, ADI 4.274, Rel. Min. Ayres Britto, j. 23.11.2011.

a outras instituições constitucionais<sup>31</sup>. A Corte assentou que manifestações que visam a abalar a independência do Poder Judiciário, pela via da ameaça aos membros do Supremo e a seus familiares, atentam contra os poderes instituídos, contra o Estado de direito e contra a democracia.

Encerrando este tópico, é sempre bom lembrar, nos debates envolvendo liberdade de expressão, a advertência sábia de Rosa de Luxemburgo: “A liberdade é sempre a liberdade para quem pensa diferente”.

### III. CONCLUSÃO

A liberdade de expressão, historicamente, sempre foi vista como inimiga pelo poder, seja o poder político, econômico ou religioso. Não por acaso, a repressão a ela, em diferentes graus, foi uma constante ao longo dos séculos, inclusive em décadas recentes. Por essa razão, a Constituição de 1988 foi quase obsessiva ao tratar do tema, em múltiplos dispositivos, rejeitando de maneira peremptória todo tipo de censura.

Ainda que superado esse largo período de ingerência indevida do Estado na liberdade de expressão, é inegável que houve algumas dificuldades e recaídas. Para contê-las, o Supremo Tribunal Federal proferiu um conjunto vasto de decisões na matéria. A maior parte delas foi no sentido de assegurar e ampliar a liberdade de expressão. Diante da jovialidade da democracia brasileira, tais precedentes cumpriram um relevante papel, ao reafirmar a importância desse direito fundamental e a proibição de qualquer tipo de censura.

Embora muito já tenha sido feito, os desafios não param por aí. A revolução digital democratizou o acesso à informação, ao conhecimento e ao espaço público, mas também abriu caminho para o ódio, a mentira deliberada e a destruição de reputações. Nesse cenário, as instituições precisam continuar lutando para que a liberdade de expressão sirva aos valores que justificam sua proteção preferencial: a dignidade humana (para que as pessoas possam manifestar sua personalidade e visão de mundo), a busca da verdade (a verdade possível e plural em uma sociedade aberta) e a democracia (que não pode prescindir da livre circulação de informações, ideias e opiniões). Em poucas áreas, é tão delicado encontrar a medida certa entre o excesso e a escassez, entre a luz e a sombra.

---

<sup>31</sup> ADPF 572, Rel. Min. Edson Fachin, j. 18.06.2020.

## BIBLIOGRAFIA

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 Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Fortaleza, n.5, p.297-339, jan./jun. 2005.

BARROSO, Luna van Brussel. *Liberdade de expressão e democracia na era digital: o impacto das mídias sociais no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

BARROSO ASENJO, Porfirio; LÓPEZ TALAVERA, María del Mar. *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*. Madrid: Fragua, 1998.

BUENO, Eduardo. *Brasil: uma história: a incrível saga de um país*. São Paulo: Ática, 2003.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2.ed. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2000.

FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Tradução e prefácio: Gustavo Binenbojm, Caio Mário da Silva Pereira Neto. 2.ed. São Paulo: FGV, 2022.

HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: a brief history of humankind*. New York: HarperCollins, 2015.

MINOW, Martha. *Saving the news: why the Constitution calls for government action to preserve freedom of speech*. Oxford: Oxford University Press, 2021.

NAUGHTON, John. *From Gutenberg to Zuckerberg: what you really need to know about the Internet*. Londres: Quercus, 2012.

OSÓRIO, Aline. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

POST, Robert. *Constitutional Domains*: democracy, community, management. Cambridge:Harvard University Press, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang; ROBL FILHO, Ilton. Estado Democrático de Direito e os limites da liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988, com destaque para o problema da sua colisão com outros direitos fundamentais, em especial, com os direitos de personalidade. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v.8, n.14, p.112-142, jan./jul. 2016.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHAUER, Frederick. *Free Speech*: a philosophical enquiry. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. *Brasil*: uma biografia. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

VENTURA, Zuenir. *1968*: o ano que não terminou. 3.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

# A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E AS NORMAS DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL: ENSAIO SOBRE A AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 51

GILMAR FERREIRA MENDES<sup>1</sup>

## Introdução

A questão jurídica sobre a obtenção de dados como evidências criminais, por requisição judicial direta ou por acordos de cooperação mútua, tem sido amplamente discutida ao redor do mundo. O mote desse debate tem a ver com as dificuldades que os órgãos de persecução criminal muitas vezes enfrentam para acessar legalmente dados e conteúdos de comunicações que são armazenadas ou transportadas por provedores de aplicações de internet.

Quando um suspeito utiliza aplicativos como *WhatsApp* ou *Telegram*, os dados de comunicação estão naturalmente protegidos do acesso por terceiros. As interceptações de dados que os órgãos estatais conseguem fazer de maneira remota geralmente só revelam informações criptografadas e, portanto, ilegíveis.

Essa realidade dá ensejo ao que, na literatura jurídica e na comunidade policial internacional, chama-se de risco de efeito “*Going Dark*”. Essa expressão foi cunhada em 2014 pelo então diretor do FBI, James B. Comey, que se refere a ela como o fenômeno em que aqueles legalmente responsáveis pela proteção da sociedade, mesmo possuindo mandado judicial para interceptar e acessar comunicações, “não têm a capacidade técnica para fazê-lo”<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF). Doutor em Direito pela Universidade de Münster, Alemanha. Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

<sup>2</sup> COMEY, James. **Going dark**: are technology, privacy, and public safety in a collision course? Washington: Brookings Institution, 16 out. 2014. Disponível em: <https://www.brookings.edu/events/going-dark-are-technology-privacy-and-public-safety-on-a-collision-course/>. Acesso em: 28 ago. 2023.

De forma mais específica, o que importa definir é em que medida o Poder Judiciário pode ordenar que provedores de aplicações, como redes sociais, plataformas de *e-mails* e aplicativos de mensagens instantâneas, concedam acesso às informações de comunicações privadas que são armazenadas em bancos de dados sediados em países estrangeiros.

Nessa toada, o presente trabalho propõe uma investigação da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 51<sup>3</sup>, julgada, em fevereiro de 2023, pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Isso porque, nesse julgado, a Corte fixou balizas importantes em relação à atuação estatal nas operações de compartilhamento de dados no âmbito da cooperação internacional, delimitando alguns aspectos desse tema quanto à concretização do dever de proteção de direitos fundamentais e da segurança pública dos cidadãos brasileiros ou residentes no país.

Portanto, são analisados os argumentos mais relevantes levantados nesse julgamento para, em seguida, discorrer acerca do estado da arte do tema sobre a obtenção de dados por requisição judicial direta ou por acordos de cooperação mútua. Posteriormente, abordam-se especificamente as questões em torno da constitucionalidade das normas objeto da ADC em exame e os parâmetros para a aplicação, no caso concreto, do art. 11 do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) e do art. 18 da Convenção de Budapeste. Por fim, a título de conclusão, debate-se a necessidade de reforço dos quadros institucionais de cooperação internacional para o combate aos crimes cibernéticos.

## 1. Breves considerações sobre a ADC 51

A ação foi proposta pela Federação das Associações das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação (Assespro), que buscava, em síntese, assentar a constitucionalidade de normas de cooperação jurídica internacional entre autoridades judiciais brasileiras e estrangeiras.

Nessa perspectiva, a controvérsia judicial relevante estava na discussão sobre a constitucionalidade e consequente aplicabilidade do Decreto nº 3.810/2001, dos arts. 237, II, do Código de Processo Civil (CPC) e dos arts. 780 e 783 do Código de Processo Penal (CPP), para a obtenção de conteúdo de comunicações que esteja sob o controle de empresa de tecnologia localizada fora do território nacional.

---

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 51**, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 23/02/2023, DJe 28/04/2023.

A parte autora declarava que tanto a lei quanto o ato normativo federal tinham a sua constitucionalidade questionada por diversas decisões judiciais. Na primeira hipótese, eram os Códigos de Processo Civil (arts. 237, II) e Penal (arts. 780 e 783), nos artigos pertinentes à carta rogatória, que vinham sendo alvo de não aplicação por alegada inconstitucionalidade.

Em relação ao Decreto Executivo nº 3.810/2001, ato normativo que internalizou, no ordenamento jurídico brasileiro, o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América (MLAT), aduzia que a norma tinha experimentado recusa na aplicação em relação às empresas do setor de tecnologia, por conta de decisões judiciais que alegavam violação ao princípio da soberania nacional.

Afirmava, ainda, que os provedores de aplicações de internet desempenhavam atividade exclusivamente privada e gozavam de livre iniciativa para definirem seus modelos de negócios, inclusive com o fornecimento de serviço por empresas estrangeiras, com ou sem presença física ou registral no Brasil. Assim, a depender do modelo de negócios e operações adotado por um provedor de aplicação estrangeiro, seria possível que apenas a empresa situada no exterior fosse a controladora dos dados (*data controller*) dos usuários de seus serviços.

Ademais, a entidade argumentava que a legislação brasileira não proibia tal modelo de negócios e que as autoridades judiciais não poderiam ignorar essa circunstância ao promover a requisição de dados.

No que se refere à jurisdição competente, sustentava a autora que saber a localização do controlador de dados seria essencial para definir o trâmite necessário para se ordenar a respectiva disponibilização. Isso porque, se um Estado soberano ordena a disponibilização dos dados controlados por entidade sob jurisdição de outro Estado soberano, e este veda o fornecimento direto às autoridades estrangeiras, por entender que o mecanismo da cooperação internacional é o único processo legal cabível, não há outra saída ao Estado requerente, que deve recorrer ao instituto da cooperação internacional.

Destacava que, apesar disso, muitos tribunais brasileiros afastavam a aplicabilidade dos dispositivos do CPC, do CPP e do MLAT, por entenderem que essas normas não constituiriam a via processual cabível para a obtenção do conteúdo de comunicações

privadas que se encontravam sob o controle de provedor de internet estabelecido fora do território nacional.

De acordo com a requerente, o que se defendia era que a obtenção dos meios de prova ocorresse com a observância do devido processo legal previsto pela lei brasileira. Nessa linha, em relação à requisição de dados bancários armazenados no exterior, afirmava ser incontroversa a aplicação do MLAT.

Aduzia que o Marco Civil da Internet corroboraria a necessidade de utilização do MLAT, pois ordena que os princípios por ele estabelecidos não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 3º, parágrafo único).

Em seguida, reforçava a necessidade de utilização de cartas rogatórias, tendo em vista que o instituto está presente nos seguintes diplomas: (i) Constituição Federal, arts. 105 e 109; (ii) Código de Processo Civil (parte geral, capítulo II, seção III, art. 36, arts. 237, II, 260 e seguintes); (iii) Código de Processo Penal (arts. 780 a 796); e (iv) Resolução nº 9 do STJ.

Enfatizava, assim, que a não aplicação do MLAT violaria normas constitucionais brasileiras relativas ao devido processo legal, à igualdade e ao princípio constitucional da livre iniciativa (1º, IV, art. 5º, *caput* e inciso LIV, art. 170, todos da CF).

Com base nesses fundamentos, a parte autora requeria o reconhecimento da constitucionalidade do Decreto Executivo Federal nº 3.810/2001, assim como do art. 237, II, do CPC e dos arts. 780 e 783 do CPP, de modo a garantir a aplicabilidade dos procedimentos de cooperação internacional neles previstos para a obtenção de conteúdos de comunicações privadas sob controle de provedores de aplicativos de internet estabelecidos no exterior.

## **2. Do estado da arte das discussões sobre a obtenção de dados como evidências criminais por requisição judicial direta ou por acordos de cooperação mútua**

A questão referente à obtenção de dados suscita, naturalmente, conflitos entre direitos fundamentais básicos relacionados à privacidade e à segurança da informação. Além disso, o debate torna-se ainda mais sensível do ponto de vista da reflexão sobre os limites da jurisdição, considerando que as grandes plataformas de internet, como

redes sociais e os veículos de comunicação em geral, não armazenam esses dados no mesmo país em que as comunicações ocorrem.

Nas últimas décadas, tem-se diagnosticado um movimento estratégico por parte dos Estados nacionais de criação de leis domésticas que impõem aos agentes econômicos que atuam na internet o dever de obedecer às determinações dos tribunais nacionais, ainda que as operações *on-line* mediadas por essas empresas não ocorram inteiramente dentro do país<sup>4</sup>.

Essa tendência se fortaleceu sobretudo a partir da revelação do escândalo Snowden. Após esse caso, diversos países aprovaram leis que obrigam provedores de comunicação como *Facebook*, *Google* e *Apple* a armazenarem nacionalmente os conteúdos das comunicações<sup>5</sup>.

As disputas acerca da obtenção de evidências criminais digitais em cooperações internacionais notabilizam os desafios do constitucionalismo digital diante da tendência de reterritorialização do ciberspaço. Nesse sentido<sup>6</sup>:

Uma das principais estratégias normativas que os Estados nacionais têm utilizado para contrapor sua soberania na internet consiste na edição de leis nacionais que tentam “reterritorializar” a rede. Essas estratégias em geral se concretizam em legislações formais que impõem aos agentes econômicos o dever de obedecer às determinações dos tribunais nacionais, ainda que as operações *on-line* mediadas por essas empresas não ocorram inteiramente dentro do país. Também se observam situações mais extremas em que os governos implantam *firewalls* que inviabilizam o acesso dos usuários nacionais a conteúdos censurados. Essa agenda política de recuperação da soberania estatal na rede é vista com extrema preocupação por muitos autores que temem que esse movimento resulte em uma “fragmentação” da rede, comprometendo sua integridade.

Para a hipótese examinada no âmbito da ADC 51, tem-se que o objetivo intrínseco de disposições normativas como a contemplada regra do art. 11 do Marco Civil da

<sup>4</sup> LAMBACH, Daniel. The territorialization of cyberspace. **International Studies Review**, v.22, n.3, p.482-506, September 2019. Disponível em: <https://academic.oup.com/ISR/article-abstract/22/3/482/5488469?login=true>. Acesso em: 28 ago. 2023.

<sup>5</sup> DASKAL, Jennifer. Privacy and security across borders. **The Yale Law Journal Forum**, v. 128, p.1047, 01 Apr. 2019. Disponível em: [https://www.yalelawjournal.org/pdf/Daskal\\_v3q35qwf.pdf](https://www.yalelawjournal.org/pdf/Daskal_v3q35qwf.pdf). Acesso em: 28 ago. 2023.

<sup>6</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 16, n. 1, p. 20-21, out., 2020, p. 22.

Internet é o de resguardar a soberania nacional, obrigando que certos tipos de dados coletados dentro do país possam ser armazenados e processados nacionalmente<sup>7</sup>.

A despeito da complexidade desse debate no âmbito transnacional, o qual será aprofundado a seguir, fato é que, em diversos países que adotam esse tipo de legislação, conflitos judiciais têm se desenvolvido entre autoridades de persecução penal, que alegam deter autoridade para compelir as empresas de internet a divulgar os dados de comunicação que armazenam, e as grandes empresas de internet, que defendem que tais informações só poderiam ser compartilhadas com Estados estrangeiros por meio de acordos de assistência mútua (MLATs), mecanismos tradicionais para essa finalidade de compartilhamento de provas.

Os MLATs são os mecanismos mais utilizados para requisição de assistência estrangeira de provas em investigações criminais domésticas. O seu processamento exige que o Estado requerente faça um pedido diplomático e aguarde a resposta da jurisdição que detém o controle sobre essas provas.

Tal processo é naturalmente moroso, já que, mesmo quando o governo assistente concorda em compartilhar as provas, é necessário que sejam cumpridas etapas formais desse processo, que às vezes demoram meses ou anos. Essa morosidade torna-se crítica para o compartilhamento de dados digitais, já que esses dados são naturalmente efêmeros e podem não estar mais disponíveis quando do cumprimento da assistência mútua.

Por outro lado, a principal preocupação com os regimes de requisição direta é que eles podem permitir que os Estados nacionais submetam unilateralmente empresas estrangeiras ao regime jurídico do país que expediu a ordem judicial sem que nenhum *standard* de cooperação substantiva ou procedural seja previamente observado, o que claramente suscita tensões do ponto de vista da soberania nacional.

Além disso, do ponto de vista econômico, gigantes da internet como o *Facebook* defendem que a possibilidade de requisição judicial direta pode fazer com que as empresas

---

<sup>7</sup> "Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros." BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2014]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: 28 ago. 2023.

fiquem expostas a violações das leis de proteção de dados vigentes no local de sua sede, o que resultaria em obstáculos significativos para o funcionamento global dos modelos de negócios dessas plataformas.

Do ponto de vista técnico, as dificuldades de compreensão desses embates residem na natureza diferenciada dos dados enquanto meio de prova. Os dados gerados em comunicações digitais são armazenados por empresas como *Facebook*, *Google* e *Apple* em redes de unidades de armazenamento situadas em um território (comumente chamadas de “nuvens”). Desse modo, a uma primeira vista, seria possível entender que os desafios do compartilhamento de evidências criminais digitais não difeririam substancialmente das disputas tradicionais em matéria de cooperação internacional.

Todavia, como destacado por autores como a professora Jennifer Daskal, da Faculdade de Direito da Universidade de Yale, há particularidades técnicas do armazenamento de dados – como a sua mobilidade, a divisibilidade das informações que eles contêm e a possibilidade de dissociação entre a localização do acesso e a localização do dado – que sugerem uma inadequação do próprio critério de territorialidade que tradicionalmente define os limites da jurisdição dos Estados nacionais. Daí porque a autora chega a afirmar que “os dados subvertem a pressuposição tradicional de que existe uma vinculação entre a localização do dado e o regime jurídico que deve ser a ele aplicado”. Nesse sentido, Daskal afirma que, mais do que multiterritoriais, os dados possuem uma verdadeira natureza “aterritorial”<sup>8</sup>.

Devido a esse perfil “aterritorial” dos dados, diversos embates jurídicos sobre os limites da requisição têm sido travados em jurisdições estrangeiras. Um dos casos mais conhecidos ocorreu nos Estados Unidos, no precedente *Microsoft Corporation v. United States*. Nesse caso, no ano de 2014, um juiz de primeira instância expediu mandado judicial autorizando que o governo dos EUA tivesse acesso a dados de comunicações armazenados pela *Microsoft* na Irlanda, que seriam importantes para uma investigação de tráfico de drogas nos Estados Unidos. Esse mandado foi expedido com base no § 2703(a) do *Stored Communications Act*, o qual autorizava esse tipo de requisição direta para a instrução de processos penais. A *Microsoft* se opunha à execução da ordem argumentando que a apreensão dos dados armazenados na Irlanda configuraria uma busca e apreensão extraterritorial, que fugiria à competência do Judiciário norte-americano, sendo, por isso, necessário acionar os mecanismos de cooperação internacional por intermédio do Departamento de Justiça.

<sup>8</sup> DASKAL, Jennifer. The un-territoriality of data. *The Yale Law Journal*, v.125, n.2, v. 2015, p. 326-398, 2015. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/article/the-un-territoriality-of-data>. Acesso em: 28 ago. 2023.

A decisão foi confirmada em segunda instância, e o Tribunal condenou a *Microsoft*, considerando que a ordem judicial não havia sido inteiramente cumprida. Em seguida, a condenação foi anulada com base no fundamento de que a disponibilização de tais dados seria uma aplicação extraterritorial não autorizada da legislação. Em 2018, a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu a relevância constitucional da demanda e concedeu o *writ of certiorari*, mas logo em seguida considerou que a causa havia perdido o objeto, ante a entrada em vigor do *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act (CLOUD Act)*.

Na Noruega, a Suprema Corte daquele país proferiu a decisão nº HR 2019-610-A, em 28.3.2019, pela qual se declarou a legalidade de busca e apreensão realizada pela polícia na empresa norueguesa *Tidal Music AS*, em Oslo, com a validação da apreensão de arquivos digitais encontrados nos computadores das empresas que estavam localizados no exterior. Nesse caso, a Corte considerou que a busca não violaria o princípio da soberania de outros Estados<sup>9</sup>.

A Suprema Corte da Bélgica declarou a legalidade de decisão que impôs multa à empresa *Yahoo* por não colaborar com a aplicação da lei belga em uma investigação de fraude cometida por meio de contas de *e-mails* da companhia. Por sua vez, a Liga Internacional contra o Racismo e o Antissemitismo (LICRA) e a União dos Estudantes Judeus da França (UEJF), organizações localizadas no país europeu, conseguiram obter, no Superior Tribunal de Paris, uma ordem para proibir o serviço de leilões *on-line* promovidos pelo *Yahoo* que estavam comercializando itens de coleção do período nazista, o que violava o art. R645-1 do Código Penal francês.

A empresa argumentou que esses leilões foram conduzidos sob a jurisdição dos Estados Unidos e que não haveria meios técnicos para impedir que residentes franceses participassem desses eventos sem colocar a empresa em dificuldades financeiras e comprometer a existência da internet, já que os servidores que armazenavam essas informações estavam localizados no território dos EUA, sendo voltados principalmente para residentes desse país. Alegou, ainda, que a Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos garante o direito à liberdade de expressão e que o tribunal francês era incompetente para o caso.

---

<sup>9</sup> Disponível em: <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/decisions-in-english-translation/hr-2019-610-a.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2023.

Ao julgar em favor dos requerentes, o tribunal francês considerou possuir jurisdição sobre o caso e ordenou que a *Yahoo* tomasse medidas para impedir o acesso de residentes franceses ao leilão.

Após ser notificada para o cumprimento da ordem nos Estados Unidos, a empresa decidiu levar o caso para a *District Court* do Norte da Califórnia, requerendo que a decisão não produzisse efeitos no país. O Tribunal julgou favorável à empresa e entendeu que a decisão era incompatível com a Primeira Emenda à Constituição dos EUA, mas esse acórdão foi revertido pelo Tribunal do Nono Circuito, com a manutenção da decisão proferida pelo tribunal francês<sup>10</sup>.

Pelo que se observa a partir desses casos, a legislação estrangeira e as decisões dos tribunais internacionais têm se pautado em alguns critérios para definir o alcance da jurisdição estatal sobre os dados e as comunicações eletrônicas, como: (i) a nacionalidade e o local de residência dos cidadãos envolvidos em pedidos de acesso a dados e a comunicações digitais; (ii) o impacto dos dados ou conteúdos sobre atividades ou serviços existentes no território nacional; (iii) o uso de registro de domínios vinculados a serviços prestados no país como indicativo do exercício de atividades capaz de estabelecer a submissão à jurisdição nacional; (iv) a localização dos servidores das empresas prestadoras de serviços de conexão ou de aplicativos para a internet; e (v) a prestação de algum serviço ou a realização de algum ato em território nacional, como o envio, a coleta, o armazenamento ou o tratamento de dados e de comunicações.

Em relação ao item “v”, é importante destacar que o Departamento de Justiça dos Estados Unidos, a partir da interpretação do novo *CLOUD Act* recentemente promulgado, tem estabelecido que “quanto maior for o direcionamento de uma empresa para conduzir seus negócios nos Estados Unidos, maior será a probabilidade de os tribunais considerarem a submissão dessa empresa à jurisdição norte-americana”<sup>11</sup>.

Feita essa breve exposição sobre o estado da arte das discussões envolvendo a requisição de dados de empresas localizadas no exterior, passa-se a analisar a constitucionalidade dos dispositivos anteriormente indicados.

<sup>10</sup> Disponível em: <http://www.techlawjournal.com/topstories/2004/20040823.asp>. Acesso em: 10 jul. 2023.

<sup>11</sup> UNITED STATES. Department of Justice. White Paper. **Promoting public safety, privacy, and the rule of law around the world:** the purpose and impact of the CLOUD Act.p.8,2019. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-oia/page/file/1153436/download>. Acesso em: 28 ago. 2023.

### 3. Da constitucionalidade das normas indicadas e dos parâmetros para a aplicação do art. 11 do Marco Civil da Internet e do art. 18 da Convenção de Budapeste

Fixadas as premissas da discussão travada na ADC, percebe-se que, em verdade, a requerente buscava que o STF se pronunciasse sobre a constitucionalidade dos dispositivos que estabelecem a cooperação jurídica internacional em contraposição ao modelo de requisição direta definido pelo art. 11 do Marco Civil da Internet.

Pelo que se observa, a tese autoral ancorava-se no pressuposto de que a jurisdição brasileira sobre a internet deveria ser pautada, primordial ou exclusivamente, pelo princípio da territorialidade que tradicionalmente guia a persecução criminal.

De fato, o Decreto Executivo Federal nº 3.810/2001, bem como o art. 237, II, do Código de Processo Civil e os arts. 780 e 783 do Código de Processo Penal, formam um sistema importante e válido de cooperação jurídica internacional para obtenção de provas localizadas fora do território nacional.

Nessa linha, é relevante ressaltar que a expedição de cartas rogatórias e a celebração de acordos unilaterais ou multilaterais são soluções tradicionalmente aceitas para a comunicação de atos processuais, a obtenção de dados ou a prática de qualquer outro ato que exija a cooperação de Estados estrangeiros.

Em parecer juntado àqueles autos, o Ministro Francisco Rezek pontuava que “o caminho para que o Estado exerce sua jurisdição além dos limites de seu território, fazendo valer sua autoridade em território alheio, é o da cooperação internacional”, com a emissão de “carta rogatória, emitida pelo juízo que deseja afetar, de algum modo, pessoa, bem ou relação jurídica no estrangeiro”<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 51**, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 23/02/2023, DJe 28/04/2023.

Discorrendo sobre o tema no âmbito do processo penal, Aury Lopes Jr. destaca que<sup>13</sup>:

Ao contrário do que ocorre no Direito Penal, onde se trava longa e complexa discussão sobre a extraterritorialidade da lei penal, no processo penal a situação é mais simples. Aqui vige o princípio da territorialidade. As normas processuais penais brasileiras só se aplicam no território nacional, não tendo qualquer possibilidade de eficácia extraterritorial.

Portanto, a prática de atos investigatórios ou processuais e a obtenção de provas localizadas no exterior, sob a jurisdição de um Estado estrangeiro, devem observar a independência das nações, a autodeterminação dos povos, a não intervenção, a igualdade entre os Estados, a cooperação e a solução pacífica dos conflitos, conforme expressamente estabelecido pelos incisos do art. 4º da Constituição Federal.

Esse modelo tem funcionado de forma adequada em relação a bens físicos, tendo em vista a sua excepcionalidade e a precisa delimitação das fronteiras territoriais. Contudo, por diversos motivos, a transposição da lógica de territorialidade penal para o campo das discussões sobre os limites da atuação judicial na internet compromete significativamente a efetividade da persecução penal. De acordo com Jacqueline de Souza Abreu, o modelo de cartas rogatórias e de cooperação jurídica internacional<sup>14</sup>:

funcionou com sucesso – e, na maior parte das situações, ainda funciona – por duas razões centrais. Primeiro, porque, em geral, é um esquema idealizado para situações raras e excepcionais. Na grande maioria dos processos, não há que se realizar extradições, ouvir testemunhas estrangeiras nem obter provas no exterior. Segundo, porque a identificação dos limites da jurisdição e da necessidade de se recorrer a meios de cooperação é relativamente simples para meios físicos: se autoridades do país 'A' precisam de pessoas ou documentos fisicamente localizados no território do país 'B', o país 'A' necessariamente precisa solicitar cooperação do país 'B', já que não pode exercer poder fora de seu território.

Contudo, em relação a dados ou a comunicações virtuais, a situação é mais sensível. Na Audiência Pública promovida no âmbito da ADC 51, a autora destacou<sup>15</sup>:

Os documentos digitais, como já foi dito aqui, possuem uma natureza intangível. Ou seja, ao mesmo tempo que eles estão de fato localizados na forma de *bits*, em algum servidor ou lugar no mundo, eles podem também ser acessados virtualmente de qualquer outro lugar. E, também, as pessoas que controlam essas informações e detêm o poder sobre esses ser-

<sup>13</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. [20. ed.]. São Paulo: Saraiva, [2023]. E-book. Posição 2.420.

<sup>14</sup> ABREU, Jacqueline de Souza. Obtenção de evidências digitais: quando são necessários pedidos de cooperação internacional? In: ANTONIALLI, Dennys; ABREU, Jacqueline de Souza. **Direitos Fundamentais e processo penal na era digital**. São Paulo: InternetLab, 2018. p. 156.

<sup>15</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 51**, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 23/02/2023, DJe 28/04/2023.

vidores estão presentes multinacionalmente, seja através de sua sede, de subsidiárias ou simplesmente virtualmente. [...]

A natureza aterritorial de dados, como diz a professora Jennifer Daskal, e também a existência desses diversos elementos de conexão para dados eletrônicos fazem com que também a proteção legal conferida a essas informações, a esses dados, seja suscitada simultaneamente por diversos países. Então, dados podem ter sido coletadas aqui no Brasil, mas estarem armazenados em servidores na Suécia e ser controlados por empresas americanas. Isso atrai simultaneamente a legislação dos três países.

Os problemas inerentes ao modelo de obtenção de dados pela via diplomática restaram claramente demonstrados por meio dos dados aportados pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), que levou àqueles autos informações bastante relevantes acerca da morosidade do atendimento dos pedidos de cooperação via MLAT.

Nessa linha, as informações prestadas na Audiência Pública e replicadas nos autos apontavam que, em relação aos pedidos de quebra de sigilo formulados perante os Estados Unidos entre 2014 e 2017, 28 ainda se encontravam em andamento, sendo 8 enviados em 2014, outros 8 em 2015, 5 em 2016 e 7 em 2017.

Ademais, as autoridades brasileiras apenas obtiveram respostas positivas em 22,5% dos casos, o que reforça a conclusão dos representantes do Poder Executivo e do Ministério Público no que se refere ao baixo índice de efetividade desses pedidos de assistência jurídica enviados aos Estados Unidos para a quebra de sigilo de dados ou obtenção de informações telemáticas.

Destaque-se que esse baixo índice de efetividade do MLAT em relação à obtenção de dados eletrônicos é inversamente proporcional às demais diligências realizadas com base no acordo, já que, em relação às demais matérias, as estatísticas apresentadas pelo DRCI apontavam para uma taxa de êxito em torno de 70%.

Portanto, constata-se que há uma situação de baixa efetividade do MLAT no que se refere à obtenção de dados eletrônicos, com severas consequências sobre a apuração de crimes cometidos em ambiente virtual e sobre o dever do Estado e o direito dos cidadãos brasileiros à segurança pública e à proteção dos demais direitos fundamentais (arts. 5º e 144 da CF).

Além disso, a corroborar a inadequação do princípio da territorialidade, as legislações nacionais de diversos países e os tratados internacionais aplicáveis à matéria têm proposto critérios complementares de definição da jurisdição penal.

Nesse sentido, o art. 18 da Convenção sobre Cibercriminalidade do Conselho da Europa (CETS nº 185 – Convenção de Budapeste), que foi recentemente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, por intermédio do Decreto Legislativo nº 37, de 16.12.2021, traz como critérios adicionais de extensão da jurisdição (i) a localização da pessoa jurídica que tem a posse ou o controle dos dados armazenados em um sistema informático e (ii) o fato de a pessoa jurídica fornecedora dos serviços de internet prestar o serviço no território daquele país.

Com base nessa orientação geral, diversos países passaram a editar legislações nacionais que impõem aos agentes econômicos o dever de obedecer às determinações dos tribunais nacionais, ainda que as operações *on-line* mediadas por essas empresas não ocorram inteiramente dentro do país, o que enseja um fenômeno de “territorialização” do ciberspaço, conforme anteriormente mencionado<sup>16</sup>.

Também no plano internacional se observam situações mais extremas, em que os governos implantam *firewalls* que inviabilizam o acesso dos usuários nacionais a conteúdos censurados.

No caso do Brasil, além da recente adesão à Convenção de Budapeste, que possibilita a requisição de dados sob posse ou controle de empresas ou em relação a serviços prestados em território nacional, nos termos do já mencionado art. 18 do tratado internacional, o art. 11 do Marco Civil da Internet também prevê a obrigatoriedade de os provedores de conexão e de aplicações de internet submeterem-se à legislação nacional, inclusive para fins de prestar informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados.

Com fundamento no art. 11 do MCI, os tribunais brasileiros têm rejeitado o argumento da imprescindibilidade do uso dos acordos MLAT. Nesse sentido, decisões do STJ, por exemplo, reforçam que o funcionamento da empresa em território nacional a submete ao cumprimento das leis nacionais, inclusive no que diz respeito à requisição de

<sup>16</sup> LAMBACH, Daniel. The territorialization of cyberspace. **International Studies Review**, v.22, n.3, p.482-506, September 2019. Disponível em: <https://academic.oup.com/isr/article-abstract/22/3/482/5488469?login=true>. Acesso em: 28 ago. 2023

dados (v.g. RMS 55.019/DF, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. 12/12/2017, DJe 01/02/2018, e Inq 784/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, j. 17/4/2013, DJe 28/8/2013).

Pelo que se observa, o art. 11 do Marco Civil da Internet, que encontra respaldo no art. 18 da Convenção de Budapeste em termos de deveres acordados pelo Estado brasileiro com os demais países do mundo em nível internacional, é norma específica em relação às regras gerais do MLAT, das cartas rogatórias e da cooperação jurídica internacional, e estabelece a aplicação da legislação brasileira e a jurisdição nacional sobre atividades de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, dados e comunicações eletrônicas ocorridas em território nacional, desde que pelo menos um dos atos ou terminais se encontrem em território nacional e ainda que a pessoa jurídica portadora dessas informações esteja localizada ou armazene tais informações no exterior.

É importante observar que essa específica diretriz da legislação brasileira está em consonância com os mais atuais diplomas normativos sobre o tema. Nesse sentido, a nota técnica apresentada pela PGR nos autos daquela ação declaratória apontava para a incidência do critério da atividade para fins de definição da jurisdição dos Estados nacionais<sup>17</sup>:

Há anos diversas soluções têm sido pensadas pela comunidade internacional, algumas delas já traduzidas em entendimentos internacionais e em normas legais internas, incluindo a legislação pátria, que possui dispositivos específicos sobre o assunto. As soluções que vêm sendo aplicadas utilizam-se de dois critérios adicionais ao da territorialidade sobre os dados, passando-se a utilizar também controle de dados e efeitos da atividade para definir jurisdição sobre a prova.

O primeiro critério reconhece, justamente, a peculiar mobilidade dos dados informáticos. Como é possível alterar o local de armazenamento dos dados a qualquer momento, o que torna inútil fixar a jurisdição unicamente pela localização de tais dados, segundo o critério de controle, terá autoridade sobre a prova o Juízo ou as autoridades legais do local em que estiver constituída a empresa que controla os dados, e neste ponto, pouco importa se essa empresa é a sede de um grande conglomerado ou apenas uma subsidiária componente de grupo econômico.

O segundo critério, baseado na fixação de jurisdição a partir dos efeitos da atividade desenvolvida, estabelece que terá autoridade sobre a prova eletrônica o Estado no qual o serviço que coleta esses dados e comunicações for, especialmente, ainda que não exclusivamente, oferecido. Segundo esse critério, pouco importa o local onde se situa a empresa, que pode sequer

---

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 51**, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 23/02/2023, DJe 28/04/2023.

ter filial ou representante no território do Estado requisitante: este terá jurisdição sobre os dados colhidos desde que os efeitos da atividade desenvolvida sejam sentidos em seu território.

Na mesma linha, o art. 18 da Convenção de Budapeste (Convenção sobre Cibercriminalidade do Conselho da Europa nº 185), recentemente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, prevê que:

Artigo 18º – Injunção 1.

Cada Parte adotará as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para habilitar as suas autoridades competentes para ordenar:

- a. A uma pessoa que se encontre no seu território que comunique os dados informáticos específicos, na sua posse ou sob o seu controle e armazenados num sistema informático ou num outro suporte de armazenamento de dados informáticos; e
- b. A um fornecedor de serviços que preste serviços no território da Parte, que comunique os dados na sua posse ou sob o seu controle, relativos aos assinantes e respeitantes a esses serviços.

Destarte, não se vislumbra violação aos princípios da autodeterminação dos povos, da igualdade entre os Estados e da cooperação, previstos pelo art. 4º, III, V e IX, da Lei Maior, nas hipóteses de requisição direta fundada no art. 11 do Marco Civil da Internet e no art. 18 da Convenção de Budapeste.

Ao contrário, as referidas hipóteses de requisição reafirmam os princípios da soberania e da independência nacional (art. 1º, I, e art. 4º, I, da CF), concretizando o dever do Estado de proteger os direitos fundamentais e a segurança pública dos cidadãos brasileiros ou residentes no país (arts. 5º e 144 da CF).

Destaque-se que a solução aqui preconizada vem sendo adotada por diversos países ao redor do mundo. Nessa linha, Estados Unidos, Austrália, Canadá, Dinamarca, França, Espanha e Irlanda possuem regras que possibilitam às autoridades nacionais o acesso a dados em nuvem mantidos no exterior, desde que preenchidos os critérios da atividade e do controle de dados anteriormente expostos<sup>18</sup>.

Ressalte-se ainda que os recentes tratados e acordos internacionais relativos ao tema, como a Convenção de Budapeste, já incorporada pelo Brasil, e o *CLOUD Act*, disponível

<sup>18</sup> MAXWELL, Winston; WOLF, Christopher. A global reality: governmental access to data in the Cloud: a comparative analysis of ten international jurisdictions. **Hogan Lovells White Paper**. [Washington], 23 May 2012. Disponível em: [https://www.hoganlovells.com/-/media/hogan-lovells/pdf/publication/revised-government-access-to-cloud-data-paper-18-july-12\\_pdf.pdf](https://www.hoganlovells.com/-/media/hogan-lovells/pdf/publication/revised-government-access-to-cloud-data-paper-18-july-12_pdf.pdf). Acesso em: 28 ago. 2023.

para adesão por parte das autoridades brasileiras, são capazes de afastar inúmeros questionamentos suscitados pela parte requerente na ADC 51, como a possível violação à legislação estrangeira ou os riscos de imposição de sanções legais no exterior em virtude do uso ou da não proteção dos dados dos indivíduos.

Isso porque tais instrumentos têm estabelecido uma base comum para a proteção e a solicitação de dados pessoais que afastam a ocorrência de conflitos com base nas leis internas de cada um dos países signatários ou acordantes.

Aliás, é importante destacar que existem políticas e termos de serviços bastante diversos por parte das empresas de tecnologia em relação ao atendimento às solicitações das autoridades judiciais. Nessa linha, há empresas que adotam uma postura mais colaborativa e que inclusive já se adequaram à necessidade de fornecimento de dados e comunicações eletrônicas.

A título de exemplo, destaca-se o depoimento apresentado pelo representante da *Verizon Brasil*, André Zonaro Ciacchetta, na sustentação oral realizada naquele julgamento, quando aduziu que “[o] *Yahoo* já se adaptou e possui uma estrutura que propicia o atendimento às ordens judiciais aqui proferidas, entretanto existem hipóteses nas quais ou o serviço é prestado por uma empresa estrangeira ou o usuário ao qual se refere a quebra de sigilo ou o fornecimento de conteúdo não guardam ponto de conexão com o território brasileiro”.

Pelo que se observa, essa política é significativamente distinta da postura adotada por outras empresas, que sustentam, de forma genérica e aplicável a todos os casos, a impossibilidade de fornecimento de dados relativos a comunicações ocorridas em território nacional, praticadas por cidadãos brasileiros, com base em uma possível violação à legislação de outros países.

O que a legislação interna e os acordos internacionais têm buscado é impedir esse tipo de alegação descontextualizada, com a facilitação do fornecimento desses dados e a exigência de um maior ônus na indicação das hipóteses de possível ocorrência desses conflitos.

Nessa perspectiva, com base em todos esses motivos, concluiu-se pela constitucionalidade dos dispositivos do MLAT, do CPC e do CPP que tratam da cooperação jurídica internacional e da emissão de cartas rogatórias, em especial nos casos em que a atividade de comunicação ou a prestação de tais serviços não tenham ocorrido em

território nacional, sem prejuízo da aplicação específica do art. 11 do Marco Civil da Internet e do art. 18 da Convenção de Budapeste para a solicitação de dados, registros e comunicações eletrônicas relativos a atos praticados no país.

Isso significa que, fora das hipóteses do art. 11 do Marco Civil da Internet e do art. 18 da Convenção de Budapeste, que tratam de atividades e serviços prestados em território nacional, o único instrumento cabível é o da cooperação prevista pelo tratado bilateral e pelas regras das cartas rogatórias.

Não por último, pontua-se, em atenção à tese vocalizada quanto à possibilidade de eventuais abusos cometidos na requisição direta por parte das autoridades nacionais.

Casos que tais poderão e deverão ser controlados pelo STF e por outras instâncias judiciais sob o enfoque do princípio da proporcionalidade na sua perspectiva *in concreto* – que é a mais adequada para situações em que a fórmula legislativa não contém uma valoração de todos os aspectos e circunstâncias que compõem cada hipótese de aplicação<sup>19</sup>. Perspectiva não propriamente inédita para o Supremo Tribunal, consoante testemunham as considerações do Min. Sepúlveda Pertence na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 223, ajuizada em face da Medida Provisória 173/1990, que vedava a concessão de provimentos liminares contra dispositivos que estruturavam o “Plano Collor”, entre vários outros casos.

Contudo, ressalta-se que tais discussões não constituem objeto da ADC 51, mas sim da ADI 5.527, de relatoria da Ministra Rosa Weber, e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 403, de relatoria do Ministro Edson Fachin, no qual o Tribunal certamente dará uma solução adequada para coibir abusos decorrentes de atos estatais e de decisões judiciais desproporcionais.

## Conclusão

Antes de concluir o presente ensaio, é ainda necessário ressaltar que o caso em tela demonstra que seria bastante inócuo, e até mesmo ingênuo, que o exercício da jurisdição constitucional se desse de forma isolada em relação ao quadro institucional que hoje se desenvolve no âmbito transnacional, no tocante ao compartilhamento de evidências criminais digitais.

<sup>19</sup> JAKOBS, Michael. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*. Colônia: Carl Heymanns, 1985. p. 150.

Essa ressalva é importante para que se compreenda que os limites da jurisdição constitucional, em casos como este, são ainda mais sensíveis. É que de pouco importaria se o STF julgasse constitucionais ou inconstitucionais os dispositivos do MLAT, do CPC, do CPP ou do Marco Civil da Internet, sem considerar a intrincada rede de leis estrangeiras e tratados internacionais que dispõem sobre o tema.

O fenômeno do chamado “Constitucionalismo Digital” requer que se compreenda que a internet faz nuclar uma das premissas estruturantes do constitucionalismo que é a adesão da jurisdição constitucional aos limites nacionais. Nesse sentido, destaca-se que<sup>20</sup>:

Há poucas áreas da jurisdição constitucional que são mais afetadas pelo movimento de transnacionalização do que a adjudicação de direitos fundamentais na internet. Desde as primeiras discussões teóricas sobre a regulabilidade do ciberespaço, já se presumia inicialmente que a coexistência de regimes jurídicos nacionais ensejaria competições entre sistemas normativos.

Com o avanço da literatura sobre a governança da internet, esse diagnóstico tornou-se mais sofisticado, compreendendo-se que o papel dos Estados nacionais é redefinido não apenas por uma disputa entre as formas tradicionais de regulação nacional, mas por uma verdadeira reorganização das forças de poder na rede em decorrência da atribuição de funções públicas a entidades não governamentais e a importantes atores privados.

Esse rearranjo do poder político entre governos, instituições internacionais e fóruns *multistakeholders* revela que o modelo de governança da internet se afasta da predominância de uma autoridade central hierárquica qual ocorre dentro dos Estados Nacionais e se caracteriza, mais precisamente, pela formação de redes multilaterais em que atores independentes e operacionalmente autônomos se articulam reciprocamente.

[...] A discussão colocada na ADC 51 mais uma vez respalda a necessidade de construção de pontes de diálogo entre a teoria do constitucionalismo digital e a jurisdição constitucional. Enquadrar essa discussão como uma simples análise *in abstracto* da compatibilidade dos acordos de cooperação mútua previstos no Decreto Executivo Federal nº 3.810, de 2 de maio de 2001 com a literalidade do texto constitucional certamente não seria suficiente para resolver os embates judiciais sobre o tema. Na linha do que demonstrou a própria Audiência Pública realizada pelo STF, o cerne da discussão constitucional consiste em saber como compatibilizar a efetividade do nosso sistema de persecução criminal com o respeito à soberania dos Estados estrangeiros e a proteção da privacidade dos usuários a nível global.

De forma mais profunda, o que se deve investigar é como o critério que tradicionalmente define os limites da jurisdição constitucional – a territorialidade – pode ou não ser compa-

<sup>20</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 16, n. 1, p. 20-21; 26-27, jan./abr. 2020. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/346099607\\_Constitucionalismo\\_digital\\_e\\_jurisdicao\\_constitucional uma\\_agenda\\_de\\_pesquisa\\_para\\_o\\_caso\\_brasileiro](https://www.researchgate.net/publication/346099607_Constitucionalismo_digital_e_jurisdicao_constitucional uma_agenda_de_pesquisa_para_o_caso_brasileiro). Acesso em: 28 ago. 2023.

tibilizado com a sobreposição de regimes jurídicos estrangeiros que servem de base para o desenvolvimento de atividades econômicas e sociais para além das fronteiras nacionais. A resposta a esse questionamento invariavelmente perpassa a compreensão de princípios estruturantes do constitucionalismo digital, em especial dos valores atrelados à ideia de governança da internet e dos embates sobre estratégias de re-territorialização e fragmentação da rede.

Faço aqui essas observações teóricas para acentuar que, a rigor, a decisão que o STF tomasse sobre a matéria não iria resolver de forma definitiva os debates sobre a legitimidade da jurisdição brasileira nos casos de compartilhamento transnacional de dados, ainda mais diante do cenário de aumento exponencial de crimes cibernéticos, que cresceram no patamar de 300% apenas durante o período da pandemia de covid-19 no Brasil<sup>21</sup>.

Por isso, é de fato indispensável que o Poder Legislativo e o Poder Executivo adotem as medidas necessárias para o aperfeiçoamento do quadro legislativo, com a análise de novos modelos de tratados multilaterais ou de acordos executivos que possibilitem a obtenção de dados eletrônicos com mais segurança jurídica e agilidade, evitando os riscos de colisão entre ordenamentos jurídicos e simplificando o marco regulatório aplicável às relações entre os Estados e as empresas de tecnologia.

Para além da adesão à Convenção de Budapeste, que deve ser exaltada enquanto importante iniciativa do Estado brasileiro, é possível citar, a título de exemplo, o *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act*, o chamado *CLOUD Act*, nos Estados Unidos, bem como as propostas de negociações do *e-Evidence Regulation*, também na União Europeia.

Em todos esses diplomas normativos, um dos requisitos essenciais para a habilitação dos países é a existência de leis adequadas sobre cibercrimes e provas eletrônicas, o que reforça a necessidade de aprovação de uma Lei Geral de Proteção de Dados para Fins Penais (LGPD Penal), cujo anteprojeto já se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> ROLFINI, Fabiana. **Cibercrime**: ataques no Brasil aumentam mais de 300% com a pandemia. **Olhar digital**, [s.l.], 3 jul. 2020. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2020/07/03/seguranca/cibercrime-ataques-nobrasil-aumentam-mais-de-300-com-a-pandemia>. Acesso em: 10 jul. 2023.

<sup>22</sup> Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56a-legislatura/comissao-de-juristas-dados-pessoais-seguranca-publica/outras-documentos/DADOSAnteprojetocomissaoprotecaodadossegurancapersecucaoFINAL.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2023.

Destaque-se que os quadros legais dos tratados multilaterais e dos acordos executivos parecem caminhar para uma situação intermediária em que as jurisdições nacionais mantenham o poder de requisição direta dos dados, mas compartilhem com os países estrangeiros regras de cooperação jurisdicional claras para a proteção da privacidade e de outros direitos digitais envolvidos<sup>23</sup>.

Nesse sentido, o *CLOUD Act*, por exemplo, prevê como regra geral que os provedores de internet devem cumprir os mandados judiciais de requisição de dados ainda que estes estejam armazenados fora dos EUA. Contudo, a legislação também prevê duas exceções que permitiriam o afastamento da ordem judicial: (i) quando o provedor tiver elementos suficientes para presumir que o usuário do serviço cujos dados devem ser fornecidos não é um cidadão norte-americano ou não reside nos EUA; e (ii) quando a divulgação dos dados puder ensejar uma violação das leis de país estrangeiro. A legislação também permite que Estados estrangeiros requeriam o acesso a dados diretamente das empresas situadas nos EUA, sendo necessário, para isso, o estabelecimento de acordos executivos entre o governo norte-americano e o governo solicitante.

Desta feita, embora se conclua pela constitucionalidade dos modelos complementares do MLAT e da requisição direta, com base no art. 11 do Marco Civil da Internet e do art. 18 da Convenção de Budapeste, não se deve ignorar que há a possibilidade de aperfeiçoamento desse quadro, com a celebração de outros tratados e acordos que viabilizem a obtenção de dados eletrônicos com maior agilidade e segurança.

Portanto, embora se conclua pela constitucionalidade do modelo do MLAT, em complementação com as hipóteses de requisição direta, o aperfeiçoamento dos instrumentos de cooperação poderá levar a uma situação de aprimoramento e de melhoria do procedimento de requisição e obtenção de dados eletrônicos transnacionais.

Com base nessa situação, o STF comunicou o teor do acórdão da ADC 51 aos Poderes Legislativo e Executivo, como forma de se instaurar um diálogo que pudesse levar à adesão a outros tratados e acordos internacionais, para além da Convenção de Budapeste, como, por exemplo, a assinatura de acordos bilaterais com base no *CLOUD Act*.

---

<sup>23</sup> DASKAL, Jennifer. Privacy and security across borders. **Yale Law Journal Forum**, v. 128, p.1029-1051, 01 Apr. 2019. Disponível em: [https://www.yalelawjournal.org/pdf/Daskal\\_v3q35qwf.pdf](https://www.yalelawjournal.org/pdf/Daskal_v3q35qwf.pdf). Acesso em: 28 ago. 2023.

## Referências bibliográficas

ABREU, Jacqueline de Souza. Obtenção de evidências digitais: quando são necessários pedidos de cooperação internacional? In: ANTONIALLI, Dennys; ABREU, Jacqueline de Souza. *Direitos fundamentais e processo penal na era digital*. São Paulo: InternetLab, 2018. p.149-157.

BRASIL. Decreto nº 3.810, de 2 de maio de 2001. Promulga o acordo de assistência judiciária em matéria penal entre o governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América, celebrado em Brasília, em 14 de outubro de 1997, corrigido em sua versão em português, por troca de notas, em 15 de fevereiro de 2001. Brasília, DF: Presidência da República, [2001]. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEC&numero=3810&ano=2001&ato=c1cUTSE90MNpWT07a>. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. Decreto nº 11.491, de 12 de abril de 2023. Promulga a Convenção sobre o crime cibernético, firmada pela República Federativa do Brasil, em Budapeste, em 23 de novembro de 2001. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=515&pagina=1&data=13/04/2023>. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Declaratória de Constitucionalidade 51/DF. Ação Declaratória de Constitucionalidade. Normas de cooperação jurídica internacional. Obtenção de dados. Empresas localizadas no exterior. Decreto nº 3.810/2001; art. 237, ii do CPC; arts. 780 e 783 do CPP; art. 11 do Marco Civil da Internet; art. 18 da Convenção de Budapeste. Constitucionalidade. ADC conhecida. Pedido julgado parcialmente procedente. Requerente: Federação das Associações das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação – ASSESPRO Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes, 23 de fevereiro de 2023. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=767285399>. Acesso em: 28 ago. 2023.

COMEY, James. *Going dark: are technology, privacy, and public safety in a collision course?* Washington: Brookings Institution, 16 out. 2014. Disponível em: <https://www>.

[fbi.gov/news/speeches/going-dark-are-technology-privacy-and-public-safety-on-a-collision-course](https://www.fbi.gov/news/speeches/going-dark-are-technology-privacy-and-public-safety-on-a-collision-course). Acesso em: 25 out. 2023.

DASKAL, Jennifer. Privacy and security across borders. **The Yale Law Journal Forum**, v. 128, p.1029-1051, 01 Apr. 2019. Disponível em: [https://www.yalelawjournal.org/pdf/Daskal\\_v3q35qwf.pdf](https://www.yalelawjournal.org/pdf/Daskal_v3q35qwf.pdf). Acesso em: 28 ago. 2023

DASKAL, Jennifer. The un-territoriality of data. **The Yale Law Journal**, v. 125, n. 2, p. 326-398, 2015. Disponível em: [https://www.yalelawjournal.org/pdf/a.326.Daskal.398\\_qrhgeoar.pdf](https://www.yalelawjournal.org/pdf/a.326.Daskal.398_qrhgeoar.pdf). Acesso em: 25 out. 2023.

JAKOBS, Michael. **Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**. Colônia: Carl Heymanns, 1985.

LAMBACH, Daniel. The Territorialization of Cyberspace. **International Studies Review**, v.22, n.3, p.482-506, September 2019. Disponível em: <https://academic.oup.com/ISR/article-abstract/22/3/482/5488469?login=true>. Acesso em: 28 ago. 2023.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. [20. ed.]. São Paulo: Saraiva, [2023]. E-book. Posição 2.420.

MAXWELL, Winston; WOLF, Christopher. A global reality: governmental access to data in the Cloud: a comparative analysis of ten international jurisdictions. **Hogan Lovells White Paper**. [Washington], 23 May 2012. Disponível em: [https://www.hoganlovells.com/-/media/hogan-lovells/pdf/publication/revised-government-access-to-cloud-data-paper-18-july-12\\_pdf.pdf](https://www.hoganlovells.com/-/media/hogan-lovells/pdf/publication/revised-government-access-to-cloud-data-paper-18-july-12_pdf.pdf). Acesso em: 28 ago. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 16, n. 1, p. 1-33, jan./abr. 2020. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/346099607\\_Constitucionalismo\\_digital\\_e\\_jurisdicao\\_constitucional uma\\_agenda\\_de\\_pesquisa\\_para\\_o\\_caso\\_brasileiro](https://www.researchgate.net/publication/346099607_Constitucionalismo_digital_e_jurisdicao_constitucional uma_agenda_de_pesquisa_para_o_caso_brasileiro). Acesso em: 28 ago. 2023.

ROLFINI, Fabiana. Cibercrime: ataques no Brasil aumentam mais de 300% com a pandemia. **Olhar digital**, [s.l.], 3 jul. 2020. Disponível em: <https://olhardigital.com>.

[br/2020/07/03/seguranca/cibercrime-ataques-no-brasil-aumentam-mais-de-300-com-a-pandemia/](http://br/2020/07/03/seguranca/cibercrime-ataques-no-brasil-aumentam-mais-de-300-com-a-pandemia/). Acesso em: 10 jul. 2023.

UNITED STATES OF AMERICA. Department of Justice. White Paper. Promoting public safety, privacy, and the rule of law around the world: the purpose and impact of the CLOUD Act.p.8,2019. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-oia/page/file/1153436/download>. Acesso em: 28 ago. 2023.



## CALA A BOCA JÁ MORREU: A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LIBERDADE DE PENSAMENTO E DE SUA EXPRESSÃO

CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA<sup>1</sup>

Nos 35 anos da Constituição da República de 1988, reproduzo nas páginas a seguir o meu voto em julgamento no qual o Supremo Tribunal Federal tomou a importante decisão de declarar inexigível o consentimento do biografado para a publicação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais<sup>2</sup>.

### VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

O pedido formulado na ação consiste em

*“que seja declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 do Código Civil, para que, mediante interpretação conforme à Constituição, seja afastada do ordenamento jurídico brasileiro a necessidade do consentimento da pessoa biografada e, a fortiori, das pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas) para a publicação ou veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais). Caso assim não se entenda, por mera eventualidade... pede seja declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 do Código Civil para que, mediante interpretação conforme a Constituição, seja afastada do ordenamento jurídico brasileiro a necessidade do consentimento da pessoa biografada e, a fortiori, das pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas) para a publicação ou veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais, elaboradas a respeito de pessoas públicas ou envolvidas em acontecimentos de interesse coletivo”.*

Cumpre limitar o objeto da presente ação: não afastar do mundo jurídico os dispositivos legais questionados, mas interpretá-los de forma a compreender-se não incidente necessidade de autorização prévia do interessado quanto a obras biográficas literárias ou audiovisuais, tornando aquelas normas compatíveis com os preceitos constitucionais de direitos fundamentais.

Antes de iniciar a leitura da síntese do meu voto, ressalto duas observações sem as quais não ficaria em paz se não as expusesse:

<sup>1</sup> Ministra do Supremo Tribunal Federal.

<sup>2</sup> ADI 4.815, Plenário, j. 10-6-2015, DJE de 1-2-2016.

– a primeira por dever de justiça: vi, ouvi e li muitas referências – nem sempre elogiosas, às vezes quase agressivas – a que este ou aquele jurisdicionado queria a lei interpretada segundo a sua vontade, pessoas que se dirigiram, em diversas ocasiões, ao Poder Judiciário em busca de solução para suas aflições pessoais, porque se sentiram atingidas em seus direitos à intangibilidade da intimidade ou privacidade.

Não há “Lei João” ou “Maria” ou “José”. A lei civil tem propiciado aqueles litígios. Justamente por acreditar no Judiciário, este ou aquele jurisdicionado buscaram solucionar suas pendengas judicialmente.

Nessa busca, não há desdouro nem afronta a quem quer que seja, tanto que se pode discordar da conclusão judicial, mas não se há de condenar o jurisdicionado socialmente pela sua luta e por procurar o Poder Judiciário para certificar-se do que crê serem seus direitos. Pior seria se se começasse a não se buscar o Judiciário e resolver-se vingar, forma dita vulgarmente de “fazer justiça pelas próprias mãos”. Pior seria, pelo receio das reações contrárias, submeter-se à censura subliminar e perigosa de fazer alguém temer buscar os seus direitos e discutir o que parece próprio. Este processo trata da censura. E condenar alguém por buscar o Judiciário também é forma particular de censura.

O jurisdicionado há de ser respeitado. Ele pode vencer ou perder a demanda. Mas, pela ação ajuizada, demonstra maior respeito ao Estado e à sociedade que a intolerância daqueles que sequer aceitam que, por pensar em sentido contrário, o outro há de abandonar a luta pelo que crê seu direito.

O respeito ao pensar contrário é sinal de civilidade. A intolerância é fonte de enganos e fúrias e o resultado nunca é positivo para a convivência harmônica das pessoas.

Ressalto que todos os que buscaram o judiciário merecem o meu respeito, conquanto não contem com a minha igual compreensão sobre o tema. Mas defenderei até morrer o direito de cada um de lutar, na forma da Constituição da República e da lei, pelo direito de buscar o que lhe parece justo. Isso não significa agressão ou afronta. Quem não luta pelo seu direito talvez não esteja atento que é com esta luta que se conquistam novos direitos, que podem até mesmo a esses críticos aproveitar para o melhor caminho da Justiça.

A segunda observação que faço é lembrança da célebre frase de Carlos Maximiliano, segundo a qual o direito interpreta-se inteligentemente, para cumprir suas finalidades. E completo: o direito existe para o homem, não o homem para o direito. E os homens vivem em comunidade, para o que é necessário compreensão, tolerância e limites em suas ações, contrariamente ao quê nada pode dar certo. Não há alguém tão melhor que o outro que possa submeter a sua vida a patamar superior a todos os outros. Mas todos devem respeito à vida, às escolhas e às opções de cada um.

**Este é um julgamento sobre o direito à palavra e a liberdade de expressá-la. Sem verbo, há o silêncio humano. Às vezes desumano. Por isso, a Constituição da República e todos os textos declaratórios de direitos fundamentais, ou de direitos humanos, garantem como núcleo duro e essencial da vivência humana a comunicação, que se faz essencialmente pela palavra.**

**No princípio era o Verbo. No Direito, o princípio e os fins definam-se em Verbo.**

O sentido, o sabor e o saber da comunicação humana, condutores da história da humanidade – de cada um e de todos –, põem-se na palavra. Palavra é liberdade e convivência para a libertação de pessoas e de povos.

Na ciranda de roda da minha infância, alguém ficava no centro gritando: “*cala a boca já morreu, quem manda em minha boca sou eu*”. O tempo ensinou-me que era uma musiquinha, não uma realidade. Tentar calar o outro é uma constante. Mas na vida aprendi que quem, por direito, não é senhor do seu dizer, não se pode dizer senhor de qualquer direito.

Também aprendi que a vida conjuga-se no plural. A garantia de falar do outro, que me cumpre, hoje, Juíza, garantir, pode ter como conteúdo a minha vida.

Cito, em meu voto, a realidade nunca acabada de todas as tentativas ao calar humano, especialmente quando o dizer atravessa os umbrais da porta da casa alheia. Na história luso-brasileira, desde as normas das Ordenações Filipinas, mandadas observar em 1603 e cumpridas no Brasil até o advento do Código Civil de 1916, fizeram-se constar normas nas quais se cuidavam dos segredos e da sua ruptura, da difamação e da injúria e das penas a serem imputadas aos que adotavam comportamentos proibidos:

*“Título VIII – Dos que abrem as Cartas del Rey, ou da Rainha, ou de outras pessoas.*

*Qualquer, que abrir nossa Carta, assinada per Nós, em que se contenham cousas de segredo, que specialmente pertença à guarda de nossa pessoa, ou stado, ou da Rainha, minha mulher, ou do Príncipe, meu filho, ou à guarda e defensão de nossos Reinos, e descobrir o segredo dela, do que a nós poderia vir algum prejuízo, ou desserviço, mandamos que morra por isso.*

*(...) E se as ditas Cartas nos sobreditos casos abrir; e não descobrir os segredos, dellas, se for Scudeiro, ou pessoa de igual, ou maior condição, perca os bens, que tiver, para a Coroa do Reino, e seja degradado para a África para sempre; e se tal não for, além do dito deredo, seja publicamente açoutado.*

*E se somente abrir outras nossas Cartas cerradas, que forem assignadas por Nós, em que mandamos dizer algumas cousas que a Nós apraz, ou que pertencem a nosso serviço, que não são taes, como as que acima declaramos, ou abrir Cartas, que para Nós vierem, de qualquer pessoa que sejão, do que lhe aprouver, ou pertencer a nosso serviço, se for Scudeiro, ou de semelhante ou maior condição seja degradado quatro annos para a África, e seja riscado de nossos livros, se for nosso morador.*

*E se não for de dita qualidade, seja publicamente açoutado e degradado dous annos para a África”.*

Naquele documento, cuidava-se ainda da descoberta e da divulgação de segredos:

*“Título IX – Das pessoas do Conselho del-Rey, e desembargadores, que descobrem o segredo.*

*Toda a pessoa de nosso Conselho, de qualquer stado e condição que seja, que descobrir os segredos, que Nós com ella em Conselho praticarmos e falarmos, em cousas, que specialmente pertença à guarda de nossa pessoa, ou stado, ou da Rainha, ou*

*Príncipe, ou guarda e defensão de nossos Reinos, ou de cousas, de que a eles se possa seguir algum dano, ou a Nós prejuízo, ou desserviço, morra por isso morte natural.*

*E se o segredo for de outras cousas, que pertença a nosso serviço, que não são da qualidade das acima ditas, o que o descobrir, será degradado para Africa até nossa mercê, e ficará infame e privado de mais ser do nosso Conselho.*

(...)

*Título X – Do que diz mentira a El-Rey em prejuízo de alguma parte*

*Mandamos que toda a pessoa, que nos vier dizer mentira, em prejuízo de alguma parte, e sobre o que nos assi disser, não impetrar Alvará nosso, seja degradado douz annos, para Africa, e pague vinte cruzados para a parte, em cujo prejuízo nos assi disse a mentira, e mais ficará em arbítrio do Julgador dar-lhe mór pena, segundo a qualidade da pessoa, em cujo prejuízo for, e da causa, que nos assi disse, e assi de julgar à parte sua injúria, se for caso de injúria”.*

Do início do séc. XVII até hoje, foram encontradas novas formas de se manter o segredo. E muitas outras de quebrá-lo.

O mundo, no entanto, é outro. O buraco da fechadura continua a exercer fascínio. Às vezes é mesmo curiosidade malsã. Às vezes só por prazer. Mas o mundo vê portas escancaradas, abertas pelos donos. Reclamar, portanto, de quê, se, no palanque da praça, conclamou a ouvir a sua voz? Ademais, com câmeras nas ruas, nas casas, nos quartos, preocupar-se com a fechadura? O tempo é outro. Não há espaço para choro. “*Sorria, você está sendo filmado*”.

Não se faz a história apenas após se ultrapassarem os umbrais da porta de casa. Entre quatro paredes, fundam-se impérios estatais ou particulares, legítimos ou não.

O tempo é outro. A ideia de espaço e de tempo mudou. A conversa entre amigos na praça pública é particular. O estupro no quarto é assunto público. A exposição é enorme. Não há como se reterem informações. Há como, sempre, não se produzirem informações.

A Constituição da República declara fundamental a liberdade de pensamento e de sua expressão, a liberdade intelectual, artística, científica e cultural.

Também garante a inviolabilidade da intimidade (a essência resguardada de cada um), da privacidade (o que não se pretende viver senão no espaço mais recolhido daqueles com quem recai a escolha), da honra (que se projeta a partir da formação moral e dos valores que determinam as ações de cada um e fazem a pessoa reconhecida, para o que se precisa da liberdade) e da imagem (construída a partir da livre escolha do que se quer ser). Se houver ofensa – o que pode acontecer, pelas características humanas –, o autor haverá de responder por essa transgressão, na forma constitucionalmente traçada, pela indenização reparadora ou outra forma prevista em lei.

Não se admite, na Constituição da República, sob o argumento de se ter direito a manter trancada a sua porta, se invadido o seu espaço, abolir-se o direito à liberdade do outro. No caso do escrito, proibindo- se, recolhendo-lhe a obra, impedindo-se a circulação, calando-se não apenas a palavra do outro, mas amordaçando-se a história. Pois a história humana faz-se de histórias dos humanos, ou seja, de todos nós.

O direito admite técnicas de ponderação dos valores que demonstram que os arts. 20 e 21 do Código Civil, para os quais se pede interpretação conforme à Constituição da República, para a produção de obras biográficas literárias ou audiovisuais independentemente da autorização prévia, somente podem ser tidos como legitimamente válidos e subsistentes no sistema jurídico se afastada aquela exigência para o tema específico.

Há o risco de abusos. Não apenas no dizer, mas também no escrever. Vida é experiência de riscos. Riscos há sempre e em tudo e para tudo. Mas o direito preconiza formas de serem reparados os abusos, por indenização a ser fixada segundo o que se tenha demonstrado como dano. O mais é censura. E censura é forma de “*calar a boca*”. Pior: calar a Constituição, amordaçar a liberdade, para se viver o faz de conta, deixar-se de ver o que ocorreu.

Abusos, repito, podem acontecer e acontecem, mas em relação a qualquer direito. Na espécie vertente, a interpretação dos dispositivos civis, quanto a biografias, que têm função social de relevo para o conhecimento da história e o seu encaminhamento, o que não me parece constitucionalmente admissível é o esquartejamento das liberdades de todos pela censura particular. O querer de um ser humano, importando a sua dignidade, há de ser protegido pelo Direito. Mas o Direito não existe para Robson Crusoé. Quando chega o Sexta-Feira e a comunicação se estabelece, nesse momento a ciranda começa. “*Cala a boca já morrei*”. Isso a Constituição da República garante.

Por isso, considerando que:

- a) a Constituição da República assegura como direitos fundamentais a liberdade de pensamento e de sua expressão, a liberdade de atividade intelectual, artística, literária, científica, cultural;*
- b) a Constituição da República garante o direito de acesso à informação, no qual se compreende o direito de informar, de se informar e de ser informado, a liberdade de pesquisa acadêmica, para o que a biografia compõe fonte inarredável e fecunda;*
- c) a Constituição brasileira proíbe censura de qualquer natureza, não se podendo concebê-la de forma subliminar pelo Estado ou por particular sobre o direito de outrem;*
- d) a Constituição vigente garante a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da dignidade da pessoa, estabelecendo a consequência do descumprimento dessa norma pela definição da reparação de contrariedade a ela por indenização a ser definida; e*
- e) norma infraconstitucional não pode cercear ou restringir direitos fundamentais constitucionais, ainda que sob o pretexto de estabelecer formas de proteção, impondo condições ao exercício das liberdades de forma diversa daquela constitucionalmente permitida, o que impõe se busque a interpretação que compatibilize a regra civil com a sua norma fundante, sob pena de não poder persistir no sistema jurídico;*

Voto no sentido de julgar procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade, para dar interpretação conforme à Constituição da República aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para,

- a) em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística e produção científica, declarar inexigível o consentimento*

de pessoa biografada relativamente a obras biográficas, literárias ou audiovisuais, fixada genericamente na regra civil, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas); e

*b)* reafirmar o direito à inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa, nos termos do inc. X do art. 5º da Constituição da República.

## OS PARTIDOS POLÍTICOS NO BRASIL

JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI<sup>1</sup>

Os partidos políticos são instrumentos essenciais das democracias representativas contemporâneas e atuam como verdadeiros órgãos intermediários entre o povo e os governos. Como salienta Maurice Duverger, o desenvolvimento dos partidos está ligado ao próprio desenrolar do exercício da democracia, principalmente no que tange à “extensão do sufrágio popular e das prerrogativas parlamentares” (Duverger, 1957).

As agremiações partidárias arregimentam eleitores, selecionam candidatos, participam da disputa eleitoral, representam interesses, asseguram os direitos e a representatividade das minorias, desenvolvem políticas públicas, ocupam espaços no parlamento e no poder executivo e, conforme o caso, fazem oposição. Os partidos atuam, assim, em três esferas essenciais da democracia representativa: eleitoral, parlamentar e governamental.

No século XIX, o ideário da democracia representativa se espalhou pelo ocidente e os partidos políticos passaram a ser vistos como instituições vitais para a representação parlamentar e para a estabilidade dos regimes democráticos, a par de outras entidades, também fortalecidas sobretudo no período posterior à Segunda Guerra Mundial, como os movimentos sociais e as associações civis e laborais.

Os partidos ocupam lugar de destaque na democracia brasileira, assumindo papel chave no processo eleitoral, figurando a filiação partidária como condição de elegibilidade (art. 14, § 3º, inciso V, da CF/1988). Consagrou-se, na Constituição, a liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados os ditames da soberania popular, do regime democrático, do pluripartidarismo e dos direitos fundamentais da pessoa humana (art. 17, *caput*, da CF/1988).

Além disso, a Constituição conferiu aos partidos ampla autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento (art. 17, § 1º, da CF/1988), suplan-

<sup>1</sup> Ministro do Supremo Tribunal Federal. Ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça (2018-2020). Ex-Presidente do Tribunal Superior Eleitoral (2013-2015). Ex-Advogado-Geral da União (2007-2009); Ex-Subchefe para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República (2003-2005).

tando o sistema anterior (Lei nº 1.164/1950), de intensa regulamentação sobre as entidades partidárias, então constituídas como pessoas jurídicas de direito público interno, refletindo a interferência estatal nos assuntos partidários.

O sistema partidário que temos hoje, com suas virtudes e desafios, carrega ainda as marcas da histórica dificuldade de surgimento e fortalecimento de partidos nacionais no Brasil. Durante a Colônia, a ideia mais próxima de posições partidárias estava no debate entre o grupo republicano, defensor da independência, e o dos “corcundas”, portugueses regressistas. Quanto ao Período Imperial, afirma Samuel Dal-Farra Naspolini que, “nos primeiros anos de sua vida independente, a Nação brasileira não conhecia partidos propriamente ditos” (Naspolini, 2006, p. 136).

Foi durante o Período Regencial (1831-1840), em razão da ausência temporária do Poder Moderador, que apareceram, com força, as primeiras tendências de opinião relativamente estáveis, donde surgiram os dois grandes “partidos” do Império: o Conservador e o Liberal, os quais divergiam, sobretudo, em relação ao grau de centralização política do Império e ao poder deferido às províncias.

Com a República e a adoção do federalismo, sobressaem as antigas províncias, agora estados-membros. Afonso Arinos lembra que a nova elite republicana tinha verdadeira ojeriza aos partidos nacionais (Franco, 1980, p. 53-54). Em consequência disso, ganharam poder e espaço as oligarquias rurais regionais. Era a chamada “política dos governadores”, cujo elo primário era a “política dos coronéis”, na qual o eleitorado estava dominado pelas situações estaduais, conforme retratado por Victor Nunes Leal (Leal, 1997).

Deixava-se de lado a ideia de partidos nacionais, que poderiam trazer riscos para a autonomia dos estados, e se erigiam “os famosos ‘P. R.’ [Partidos Republicanos] em quase todo o Brasil” (Franco, *op. cit.* p. 57). De igual modo, juridicamente, os partidos então existentes não tinham sequer disciplina específica. Fundavam-se no direito geral de associação civil, regulado pelo Código Civil de 1916.

Foi somente após a Revolução de 1930, com a edição do Decreto 21.076/1932, primeiro Código Eleitoral brasileiro, que se passou a ter um instrumento jurídico nacional reconhecendo a existência jurídica dos partidos políticos e regulando seu funcionamento. Porém, a mudança não surtiu efeitos de imediato. Nas palavras de Afonso Arinos, “[a] nacionalização dos partidos só poderia vir mais tarde. Não estava, ainda, dentro da mentalidade da época” (*op. cit.* p. 63).

Um dos primeiros atos do Estado Novo foi o Decreto-lei nº 37/1937, que dissolveu compulsoriamente todos os partidos políticos. Essa norma somente foi revogada com a edição do Decreto-lei nº 7.586/1945 – já no final da ditadura Vargas, mas se beneficiando de sua influência centralizadora –, também conhecido como “Lei Agamenon Magalhães”, com o qual, finalmente, se passou a exigir dos partidos políticos uma atuação em âmbito nacional.

Procurava-se, então, estimular a mentalidade partidária nacional, impondo-se a criação de partidos em bases nacionais (Leal, *op. cit.*, p. 262). Buscava-se, com isso, diminuir a força das elites regionais, afastando-se, juntamente com os partidos estaduais, a sombra das disputas locais e a possibilidade de captura do poder central por partido de caráter (interesse) fracionário.

A ausência de representatividade histórica dos partidos políticos brasileiros e o permanente debate sobre a contraposição entre a unidade nacional e a força das elites locais refletiram no desenvolvimento do sistema de representação proporcional brasileiro. O fato de não se conhecer um efetivo sistema partidário de âmbito nacional, embora necessário para assegurar a unidade da Nação, e de se ter, primordialmente, uma base eleitoral regional revela a necessidade de se conferir, embora adotando o sistema proporcional, representação às elites locais, por intermédio do voto uninominal em circunscrição que coincide com os estados da federação.

Assis Brasil, de quem legamos as bases do sistema proporcional adotado ainda hoje, reconhecia a dificuldade para a emergência de verdadeiros partidos políticos no país. Não obstante, ponderava que “[a] existência de partidos é (...) um fato com o qual se tem de contar necessariamente na evolução das nações” (apud, Brossard, 1989, p. 317-335). Foi nesse quadro que se sedimentou no Brasil um sistema de representação proporcional de lista aberta, resultante da conjugação da ausência de tradição partidária no país com a força de suas bases eleitorais regionais. Diante das dificuldades históricas de desenvolvimento de forças partidárias nacionais, não havia como “forçar” os eleitores do país a votar em partidos.

A consolidação do sistema eleitoral proporcional utilizado até os dias atuais no Brasil veio, por fim, com a proibição de candidaturas avulsas pelo Decreto-Lei nº 7.586/1945, o qual estabeleceu o monopólio do lançamento de candidaturas pelos partidos políticos e a necessidade de sua atuação em âmbito nacional. Na prática, o modelo de representação proporcional de lista aberta contribuiu, em muito, para o

processo de personalização do voto e para a continuidade do enfraquecimento dos partidos políticos.

As dificuldades herdadas de nossa tradição partidária somam-se outros desafios contemporâneos, como a elevada fragmentação partidária, a formação de alianças efêmeras e de legendas de ocasião, os quais desembocam na crise de representação que experimentamos hoje.

O pluralismo político conquistado a partir da redemocratização é uma conquista da nação brasileira. Todavia, conforme alerta Bruno Kneipp, “se [,] por um lado [,] a fragmentação do poder traz benefícios, o seu uso incorreto e excessivo gera o malefício da desagregação” (, (Kneipp, 2002. p. 24/25). A alta fragmentação partidária contribui para a falta de credibilidade do eleitor nos partidos políticos, visto que ele não percebe as diferenças entre as legendas e com elas não se identifica. Ademais, o chefe do poder executivo eleito precisa compor com diferentes forças partidárias, muitas vezes heterogêneas, o que compromete a governabilidade e a implementação de políticas públicas, em razão da elevada complexidade do processo de negociação no parlamento.

A crise da representação política é um fenômeno mundial, cabendo a cada país, diante de seus próprios cenários e desafios, adotar cláusulas de desempenho, aprimorar os mecanismos de *compliance* e transparência, bem como instituir meios para assegurar a democracia intrapartidária. É o que já vem sendo feito no Brasil, a exemplo das recentes reformas que resultaram na extinção das coligações partidárias, na adoção de cláusula de barreira e no fortalecimento da fidelidade partidária.

O aperfeiçoamento do sistema político-partidário brasileiro sempre esteve presente nos diálogos institucionais entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, impulsionadores de um processo de gradual restrição da possibilidade de vinculação de legendas para fins meramente eleitorais e de imposição de novas restrições à atuação dos partidos no Congresso Nacional.

Desse processo, destaco i) a Emenda Constitucional nº 97/2017, que proibiu as coligações proporcionais e condicionou o direito a recursos do fundo partidário e o acesso gratuito ao rádio e à televisão ao desempenho dos partidos nas eleições, e ii) a Lei nº 14.208/2021, que instituiu a federação partidária, uma união partidária duradoura que excede o período eleitoral, declarada constitucional pelo STF (ADI 7.021). Inaugurou-se, assim, um modelo de alianças duradouras, compromissadas com uma linha

coerente de atuação, com abrangência nacional, fomentando o caráter nacional e programático dos partidos.

Por tudo isso, em que pesem as dificuldades existentes, o sistema partidário instituído pela Constituição de 1988, já avançado na origem, vem apresentando sensíveis aprimoramentos, compatíveis com os desafios inerentes ao pluralismo político e às características do país, a quarta maior democracia do mundo. Com diálogo institucional e disposição da classe política, nosso sistema partidário segue se adaptando às demandas do Brasil contemporâneo e servindo ao fortalecimento da democracia.

### Referências bibliográficas

ASSIS, Joaquim Francisco de, BROSSARD, Paulo (org.). **Ideias políticas de Assis Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1989. v. 3. p. 317-335.

DUVERGER, Maurice. **Los partidos políticos**. Tradução Julieta Campos e Enrique Gonzales Pedrero. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1957.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **História e teoria dos partidos políticos no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1980. p. 53-54.

KNEIPP, Bruno Burgarelli Albergaria. **A pluralidade dos partidos políticos: comentários sobre a última resolução do TSE**, março de 2022. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

NASPOLINI, Samuel Dal-Farra. **Pluralismo político: subsídios para análise dos sistemas partidário e eleitoral brasileiros em face da Constituição Federal**. Curitiba: Juruá, 2006.



## A LIBERDADE DE INICIATIVA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

LUIZ FUX<sup>1</sup>

### 1. A CONSAGRAÇÃO DA LIBERDADE DE INICIATIVA COMO VALOR FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Em 2023, comemoram-se os 35 anos da Constituição de 1988, grande marco do projeto de nação livre e democrática no Brasil.

Deveras, no plano político, a Carta Magna consolidou definitivamente o regime democrático neste país, calcando a nação brasileira no pluralismo político, na separação dos poderes e nas liberdades públicas, valores maximizados pela soberania popular exercida durante o processo eleitoral e pela diuturna participação cívica nas deliberações dos grandes temas da vida pública da nação.

No plano socioeconômico, por sua vez, a nossa Carta Maior elegeu a economia de mercado como o sistema econômico nacional, consagrando a livre iniciativa, a livre profissão e a livre concorrência como a tônica desse novo projeto de nação. Contudo, o Constituinte não se esqueceu das mazelas sociais que até hoje nos assolam, consciente de que a igualdade material é imprescindível para que essas liberdades possam efetivamente florescer.

Já de início, impende realçar o caráter vanguardista e singularizado de nossa Constituição Federal de 1988 no que diz respeito à consagração da liberdade de iniciativa.

De acordo com a base de dados “*Comparative Constitutions Project*”, um dos maiores acervos de informações sobre textos constitucionais de diferentes países, organizado pelos Professores Tom Ginsburg (*University of Chicago*) e Zachary Elkins (*University of Texas*), apenas 21% (vinte e um por cento) das Constituições hoje em vigor ao redor

---

<sup>1</sup> Ministro do Supremo Tribunal Federal.

do mundo preveem expressamente algum tipo de direito a um ambiente de mercado competitivo<sup>2</sup>.

Nem mesmo a Constituição norte-americana de 1789, precursora do modelo de constitucionalismo liberal, consagra mandamentos equivalentes às liberdades econômicas garantidas pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira.

Deveras, a liberdade de iniciativa é alcançada por nossa Carta Maior a princípio geral da ordem econômica (art. 170) e – ainda mais do que isso – a verdadeiro fundamento da República Federativa do Brasil, inscrito logo em seu art. 1º.

Nessa perspectiva, o alcance da liberdade de iniciativa não se restringe a mero exercício mercantil. Bem ao revés, “enseja uma pléiade, um complexo de direitos postos à disposição dos agentes econômicos, não cerceáveis, como regra, pelo Estado, tanto no tocante à organização e entrada no mercado, como da permanência no mesmo, garantindo-se todas as medidas asseguratórias daí decorrentes”<sup>3</sup>.

Contempla e pressupõe, por exemplo: a *liberdade para o exercício de qualquer profissão* (art. 5º, XIII), a *liberdade de associação* (art. 5º, XVI), a *liberdade de cooperativa* (art. 5º, XVIII), a *garantia de propriedade* (art. 5º, XXII e XXIX), a *liberdade de empreendimento* (art. 170, parágrafo único) e a *liberdade contratual* (art. 421 do Código Civil).<sup>4</sup>

Daí por que, em verdade, pode-se falar que nossa Constituição consagrou não apenas *uma* livre iniciativa, senão que distintas “iniciativas livres”, que em seu conjunto significam que o “empresário deve ser o senhor absoluto na determinação de *o que* produzir, *como* produzir, *quanto* produzir e *por que* preço vender.”<sup>5</sup>

Indo além: pode-se afirmar que a livre iniciativa tem uma dimensão de exercício dos direitos da personalidade. Ela transcende, portanto, o domínio puramente econômico,

<sup>2</sup> Confira-se em: <http://www.comparativeconstitutionsproject.org>.

<sup>3</sup> MONACO Rafael Oliveira; SILVA, Rogerio Borba. A livre iniciativa como fator de desenvolvimento na ordem econômica. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 12, n. 1, p. 72, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesarrollo/article/view/1212/737>.

<sup>4</sup> Nas palavras do sempre Ministro **Eros Grau**: “*a livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pelo capital, mas também pelo trabalho.*” GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica). 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 241 e 249.

<sup>5</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990. v.7, p. 16.

para significar as escolhas existenciais das pessoas, seja no plano profissional, seja no plano pessoal, seja no plano filantrópico.

Sob esse prisma, é fácil constatar que nossa Carta Maior consagra expressamente a liberdade de iniciativa como um direito individual fundamental de conteúdo *negativo*, não prestacional, que pode ser exercido em face do Estado, visando obstar suas interferências indevidas na seara econômica e na esfera dos direitos de personalidade.

Para além da individualidade, contudo, é possível divisar a livre iniciativa como verdadeiro direito social sob a ótica de nossa Carta Cidadã.

É que cabe ainda às liberdades econômicas um importante protagonismo instrumental: são essas liberdades que, em larga medida, viabilizam os meios de consecução de diversos outros direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição.

Afinal, o desenvolvimento social, cultural e educacional depende de um substrato econômico: “sem desenvolvimento dos meios e dos produtos postos à disposição do consumidor, aumentando destarte o seu poder aquisitivo, não há forma de para atingirem-se objetivos também nobres, mas que dependem dos recursos econômicos para sua satisfação”<sup>6</sup>.

## 2. A LIBERDADE DE INICIATIVA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL<sup>7</sup>

Sob essa perspectiva, restando evidenciado que o exercício de atividades econômicas e profissionais por particulares deve ser protegido da coerção arbitrária por parte do Estado, cumpre definir a quem compete, em última instância, a fiscalização da observância dos limites do poder regulador.

Vale lembrar que limites definidos e implementados pelo próprio ente limitado desafiam a ideia de Estado de Direito, dando azo ao surgimento de instância hegemônica

<sup>6</sup> Idem.

<sup>7</sup> Versão atualizada do estudo “Liberdade de iniciativa, de concorrência e de exercício de atividade profissional: a inconstitucionalidade da proibição do serviço de transporte privado e individual de passageiros”, que tive a oportunidade de desenvolver no Projeto “Liberdades”, em minha gestão à frente do Supremo Tribunal Federal. FUX, Luiz. Liberdade de iniciativa, de concorrência e de exercício de atividade profissional: a inconstitucionalidade da proibição do serviço de transporte privado e individual de passageiros. In: **Liberdades**. Rio de Janeiro: Editora J&C, 2022. p. 19-40.

de poder. É por isso que, como bem sintetiza a clássica formulação de Friedrich Hayek, “o *rule of law* exige que a discricionariedade administrativa na ação coercitiva seja sempre sujeita a escrutínio por uma Corte independente.”<sup>8</sup>

No Brasil, a Constituição estabeleceu o sistema de freios e contrapesos, segundo o qual compete ao Poder Judiciário invalidar os atos normativos que simplesmente proíbam ou estabeleçam restrições desproporcionais à livre iniciativa e à liberdade profissional.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, destaco o importante julgamento do Tema 725, de minha relatoria, por ser bem ilustrativo nesse sentido.

Naquela oportunidade, a Corte declarou a inconstitucionalidade da Súmula do TST<sup>9</sup> que proibia a terceirização de atividades-fim, fixando a tese de que “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.”

Ao assim concluir, a Corte fez valer tanto a vontade do legislador, registrada em diplomas normativos que expressamente consagravam essa prática<sup>10</sup>, como a das pessoas físicas e jurídicas que, no exercício de suas liberdades constitucionais, optam por proceder à terceirização ou à divisão do trabalho, esclarecendo ainda as balizas para que essa prática se coadune com a Constituição.

Vale destacar que, neste caso, o instrumental oferecido pela Análise Econômica do Direito (AED) e pela economia comportamental se mostrou valioso para chegar à conclusão de que, na atual realidade brasileira, a terceirização, longe de “precarizar” ou prejudicar os empregados, resulta em inegáveis benefícios aos trabalhadores.

Como outro exemplo de atuação do STF nesse sentido, cito o julgamento paradigmático que ficou conhecido como “Caso Uber”, em que foram impugnadas leis municipais que proibiam o uso de carros particulares, cadastrados ou não em aplicativos, para o transporte remunerado individual de pessoas.

<sup>8</sup> Tradução livre. No original: “*The rule of law requires that administrative discretion in coercive action (i.e. in interfering with the person and property of the private citizen) must always be subject to review by an independent court*”. HAYEK, Friedrich. **The political ideal of the rule of law**: National Bank of Egypt fiftieth anniversary commemoration lectures. Cairo: National Bank of Egypt, 1955. p. 45.

<sup>9</sup> Súmula n. 331.

<sup>10</sup> Lei n. 13.429, de 31 de março de 2017; e Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017.

Por unanimidade, o STF declarou a inconstitucionalidade das referidas normas por concluir que as leis ensejavam violações a múltiplos preceitos constitucionais, como a liberdade de iniciativa (art. 1º, IV, e 170) e livre concorrência (art. 173); a liberdade de profissão (art. 5º, XIII) e a busca pelo pleno emprego (art. 170, VIII); a defesa do consumidor (5º, XXXII, e 170, V); o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*); e o direito à mobilidade urbana eficiente (art. 144, § 10, I).

Mais uma vez, diversos postulados da AED mostraram-se salutares para guiar as conclusões da Corte, máxime a partir dos ensinamentos de Richard Posner, da *University of Chicago Law School*.

### 3. CONCLUSÃO

O ilustre mineiro considerado “pai da aviação”, Alberto Santos Dumont, vaticinava que “*inventar é imaginar o que ninguém oferece; é acreditar no que ninguém jrou; é arriscar o que ninguém ousou; é realizar o que ninguém tentou. Inventar é transcender.*”

O contexto atual de retomada do progresso econômico e social demanda investimentos; demanda inovações; demanda criatividade para transcendermos esse difícil período de instabilidade econômica, política e social da nossa história.

Em um cenário tão dinâmico e fluido, já marcado por tantas incertezas, não podem o Direito e as instituições – que visam justamente estabilizar expectativas – configurar mais uma insegurança para aqueles que desejam empreender, investir, inovar e assim transcender e melhorar nossa realidade hodierna.

Bem ao contrário, o Direito deve ser um instrumento de orientação, proteção e tranquilidade àqueles que desejam gozar das “iniciativas livres” consagradas por nossa Constituição. Um instrumento capaz de auxiliar a tomada de decisões, incentivar investimentos e promover a inovação, alicerces para a construção de uma sociedade econômica, política e socialmente desenvolvida.

Se as liberdades constitucionais – dentre elas a liberdade de iniciativa – pressupõem responsabilidade; e se a responsabilidade, por sua vez, pressupõe escolhas racionais e decisões informadas; e se estas, por seu turno, pressupõem estabilidade e previsibilidade, há que se concluir: só será possível sermos verdadeiramente livres se nosso

sistema jurídico for digno de confiança. Só será possível sermos verdadeiramente livres – enquanto indivíduos e enquanto nação – se trabalharmos em prol do fortalecimento de nossa segurança jurídica.

Entretanto, se o desafio é grande, também deve ser o nosso sentimento de esperança. E é por isso que, na data em que celebramos os 35 anos de nossa Carta Cidadã, convido todos e todas a vigorosamente rememorarmos, juntos, aqueles firmes consensos sobre os quais foi alicerçado este Pacto Nacional.

E que, neste momento de reflexão, possamos nos imbuir do espírito que imperava naquela tarde de 5 de outubro de 1988: um espírito que é de firmeza e de intransigência frente a qualquer possibilidade de retrocesso democrático; mas que é também de serenidade e de diálogo, ante as nossas ricas e inevitáveis pluralidades e discordâncias, em prol de uma nação livre.

## O VÍRUS DA DESINFORMAÇÃO E DO POPULISMO AUTORITÁRIO CONTRA O BRASIL CONSTITUCIONAL

LUIZ EDSON FACHIN<sup>1</sup>  
JOSÉ ARTHUR CASTILLO DE MACEDO<sup>2</sup>

A democracia brasileira e o Estado de Direito no Brasil operam em modo de resiliência, porquanto entraram, forçosamente, na lista dos imprescindíveis valores a preservar. Três décadas transcorridas trouxeram esperança, dores, desilusões e mais recentemente resistência defensiva.

A Constituição brasileira, cuja tessitura adveio da Assembleia Nacional Constituinte com larga participação dos mais diversos segmentos sociais, culturais, políticos, institucionais e econômicos, proclamou o fim, de vez, do arbítrio e traduziu a edificação de um Estado de Direito democrático e de um projeto de sociedade livre, justa e solidária. A partir de 5 de outubro de 1988 completam-se, em 2023, os 35 anos do novo estatuto fundamental do povo e do Estado brasileiro. Nele estão os limites e as possibilidades que marcam a legalidade constitucional; fora dela, somente a barbárie, o autoritarismo e o arbítrio; nela, há espaço para um canteiro de obras, inclusive para o enfrentamento das mazelas e graves desigualdades, discriminações e injustiças que ainda marcam o cenário do Brasil.

Após 1988, agravando todos os demais problemas e dilemas estruturais do país, como o racismo, a misoginia, a exclusão social, as dificuldades para o acesso à justiça e a própria morosidade injustificável do sistema judiciário, dois vírus passaram a ameaçar a democracia, a própria Constituição e consequentemente as eleições: a epidemia pestilenta do populismo autoritário e a disseminação de informações falsas. Este é o objeto desta reflexão a modo de ensaio sucinto.

Retomam-se aqui, em texto somente de feitio acadêmico, análises, estudos e exposições que estão em diversas interlocuções de ambos os autores, individualmente ou em conjunto, já levadas a efeito. Dois segmentos intentam explicitar os pilares desse exame.

<sup>1</sup> Ministro do Supremo Tribunal Federal. *Alma Mater* UFPR. Professor do Programa de Pós-Graduação do CEUB.

<sup>2</sup> Professor de Direito do IFPR, *campus* Colombo, cedido ao Supremo Tribunal Federal. Doutor em Direito pelo PPGD-UFPR, pesquisador do CCONs – Centro de Estudos da Constituição do PPGD/UFPR.

## 1ª parte. Desinformação

Fruto de mobilização da sociedade civil, a Constituição de 1988 foi promulgada durante a onda de redemocratizações que ocorreu na América Latina, presentes as ondas de restauração democrática no Leste Europeu, e posteriormente na África. Assiste-se, hoje, ao refluxo dessas áreas de disseminação da democracia, com a erosão de práticas institucionais e da civilidade no dia a dia dos afazeres políticos.

No início dos anos 1990, acreditava-se que o desenvolvimento da internet e das formas de comunicação que ela permite fortaleceria a democracia. Seria possível constituir no Brasil um debate público, robusto e desinibido de ideias.

Não obstante esse otimismo inicial<sup>3</sup>, o aumento da velocidade da comunicação, e a melhoria exponencial das plataformas e das redes sociais, pode ter contribuído para o empobrecimento do debate público, ao simplificar complexidades, identidades e relações sociais. *Helás*: o uso dessas novas tecnologias produzira inéditas formas de comunicação, tanto em seu conteúdo, como em seu alcance. Exemplo disso é a afirmação de que Umberto Eco teria dito, em 2015, que a internet deu voz a um grupo de imbecis<sup>4</sup>.

A frase, afirma Eco, é falsa<sup>5</sup>. Mas ela ilustra a dinâmica que muitas vezes se opera na internet. O pensador italiano houvera dito que, num mundo com bilhões de pessoas, há algumas pessoas imbecis que manifestavam suas opiniões a um pequeno grupo de pessoas, num bar ou no seu convívio social. Agora, todavia, essa opinião está tão acessível na internet, quanto a de pensadores renomados. O que o autor italiano queria ressaltar é a dificuldade do utente normal da internet para filtrar quais são opiniões mais relevantes, tendo em vista que não há uma curadoria de conteúdo, como há nos meios de comunicação tradicionais<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Sobre o otimismo inicial, ver: MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**: porque nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Tradução: Cássio de Arantes Leite; Débora Landsberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

<sup>4</sup> ECO, Umberto. Redes sociais deram voz a legião de imbecis. **Educar**. [São Paulo], 11 jun. 2015. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/educacao/redes-sociais-deram-voz-a-legiao-de-imbecis-diz-umberto-eco,6fc187c948a383255d784b70cab16129m6t0RCRD.html>. Acesso em: 25 ago. 2023.

<sup>5</sup> Segundo ele mesmo, cf: ECO, Umberto. **Pape Satàn Aleppe**: Cronache di una società liquida. Milano: La Nave di Teseo, 2016, p. 467.

<sup>6</sup> O autor chama atenção para essa dificuldade e para a importância dos professores que devem ter novo papel diante desse contexto, contribuindo para que os estudantes possam fazer as suas filtragens.

Essa história ilustra dois pontos centrais para compreender a dinâmica da *internet* e os seus relevantes impactos para as eleições e a democracia. De um lado, Eco descreve bem um ponto relevantíssimo: a concorrência das plataformas, *sites* e redes sociais é pela atenção dos usuários (e pelos seus dados). De outro, qualquer manifestação na *internet* pode, em tese, atingir número indeterminado de pessoas<sup>7</sup>, seja ela séria, ou não.

Teria sido o autor de “O nome da Rosa” vítima de uma *fake News* em 2015? Se fosse em 2023, o vídeo da palestra poderia ser modificado, por meio de uma *deepfake*<sup>8</sup>, para aparentar que ele teria dito o que ele nunca disse. Tal questão demonstra, de forma cabal, a relevância para o ambiente democrático, e, sobretudo, para o processo eleitoral sobre a regulação e o uso de desinformação em democracias recentes como a brasileira.

Lançamos mão da lição de Ingo Sarlet e de Andressa Siqueira, para estabelecer um acordo semântico a respeito do que se entende por “*fake news*” e desinformação, segundo os autores:

cabe assentar que o vocábulo “notícia falsa” (do inglês, *fake news*), de modo geral se faz alusão à criação de uma esfera falaciosa acerca de algo ou alguém, de onde resulta que o termo não seja suficiente para explicar e abarcar toda a complexidade do fenômeno da desinformação. Com efeito, o termo “notícia falsa” é largamente utilizado na medida em que essas informações são veiculadas em formato de notícia (Balem, 2017, p. 3) – porquanto notícias são supostamente – e normativamente – baseadas na verdade (Tandoc Jr.; Lim Z.W.; Ling, R., 2018, p. 140, para efetivamente ludibriar o público receptor da informação. Já o termo “falsa” (no inglês, *fake*) remete, numa primeira mirada, à tradução da expressão *false*, mas, em realidade, provém da tradução de *fake*, no sentido de que se trata de uma informação falsa que se apresenta de tal modo para esconder o seu caráter de falsidade (Allcott, H.; Gentzkow, M., 2017, p. 211).

A expressão “*fake news*”, assim, é comumente utilizada para ilustrar uma variada gama de informações: erros não intencionais, rumores sem origem de notícia exata, teorias da cons-

<sup>7</sup> Na esteira de Timothy Ash, Ronaldo Porto Macedo Junior chamou de Cosmópolis o possível público mundial de discursos veiculados na *internet*. Cf.: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. “Fake News” e as novas ameaças à liberdade de expressão. In: FARIA, José Eduardo (org.) **A liberdade de expressão e as novas mídias**. São Paulo: Perspectiva, 2020, p. 37-61.

<sup>8</sup> Segundo Diogo Rais, “*deepfake* (falsificação profunda – em tradução livre) significa um modo profundo e refinado de propagação de desinformação, por meio de vídeos em sua grande maioria de personalidades, cuja imagem e áudio são adulterados com o intuito de manipular a população.” RAIS, Diogo. Desinformação no contexto democrático. In: ABBOUD, Georges; NERY JR, Nelson; CAMPOS, Ricardo. **Fake News e Regulação**. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 252-253. Registre-se que Cass Sunstein reduziu seu otimismo em relação às plataformas e redes sociais e passou a defender a regulação mais adequada delas em razão dos potenciais danos das *deepfakes*. Cf a posição inicial e a atual posição, respectivamente: SUNSTEIN, Cass. **#republic**: divided democracy in the age of social media. Princeton: Princeton University Press, 2017; SUNSTEIN, Cass. Falsehoods and the First Amendment. **Harvard Journal of Law & Technology**, v.33, n.2, p.388-426, Spring 2020.

piração, sátiras, distorções da realidade, falsas afirmações de políticos (Allcott, H.; Gentzkow, M., 2017, p. 214), paródias, conteúdo distorcido, conteúdo fabricado, falsas conexões, conteúdo manipulado (Wardle, C., 2017), publicidade enganosa, propaganda ideológica (Tandoc Jr. E.; Lim Z.W.; LING, R., 2018, p. 141-147). No entanto, deve haver melhor delimitação do alcance da expressão. Conforme bem aponta Pereira da Silva, exemplificativamente, as então chamadas fake news não se confundem com os casos de leak(ing), spin(ning), clickbait, e as bullshit news (Silva, Jorge Pereira da, 2017)<sup>9</sup>.

Por outro lado, a desinformação pode ser definida por três esferas:

A primeira delas, a *dis-information*, é a informação falsa e que é veiculada e difundida com o escopo de violar a dignidade de determinada pessoa, grupo ou contingente social; pode-se falar, ainda, em *mis-information*, que consiste na notícia falsa propriamente dita, já que é, de fato, inverídica, mas não tem a finalidade de causar prejuízos a terceiros; além disso, existe a assim chamada *mal-information* que é relacionada à informação que, apesar de ter base na realidade, tem o condão de violar a esfera de direitos de determinada “pessoa, organização ou país”<sup>10</sup>

Explicitados tais conceitos, é fundamental reconhecer que a disseminação de notícias falsas é o veículo que transporta os condutores e conduzidos na caçamba do populismo autoritário. Nessas últimas décadas, de modo crescente, o método tem se valido das falsidades como método, da torção das palavras como estratégia (a defesa da liberdade, por exemplo, tem sido manipulada para defender golpes de Estado) e do bombardeio de inverdade como procedimento operacional.

Comecemos pelos riscos e contingências das eleições<sup>11</sup>. Como todos os eventos grandes e complexos, as eleições se sujeitam a contingências de diversas naturezas. Eventos negativos, por diferentes motivos, podem afetar aspectos essenciais ao seu bom desenvolvimento e, nesse sentido, um planejamento eficaz pressupõe um processo prévio de mapeamento, a fim de que os riscos de origem interna (como atrasos em procedimentos licitatórios, dificuldades logísticas etc.) sejam evitados, e a fim de que os riscos de origem externa (como campanhas de desinformação) tenham os seus

<sup>9</sup> SILVA, Jorge Pereira da. Fake news conquistam 2017. **O Jornal Econômico**. [Lisboa], 17 nov. 2017. Disponível em: <https://jornaleconomico.pt/noticias/fake-news-conquistam-2017-233751/>. Acesso em: 25 ago. 2025, *apud* SARLET, Ingo Wolfgang; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. Liberdade de expressão e seus limites numa democracia: o caso das assim chamadas “fake news” nas redes sociais em período eleitoral no Brasil. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 2, p. 534-578, maio/ago. 2020, p. 540.

<sup>10</sup> SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 541.

<sup>11</sup> Parte das ideias deste tópico foi retirada de reflexões feitas, em âmbito de pesquisa, respondendo indagações sobre temas que vêm de aflorar nos últimos pleitos eleitorais. Registra-se o agradecimento e a colaboração do Professor Doutor Frederico Alvim, especialmente no atendimento à pesquisa do *International IDEA (Institute for Democracy and Electoral Assistance)*.

efeitos mitigados, mediante atividades de prevenção e desenho de protocolos para a adoção de respostas rápidas e eficientes.

Por outro lado, o populismo autoritário pratica a *dis-information*, a *mis-information* e a *mal-information* como estratégia para erodir a democracia. A seguir, descrevemos algumas práticas de desinformação que fomentam ou performam ameaças, ataques cibernéticos e violência política.

### Ameaças

Cumpre reconhecer que, após 1988, foram suscitadas, por diversas razões, supostas vulnerabilidades institucionais e ameaças à integridade eleitoral no Brasil. Atualmente, os maiores riscos à integridade eleitoral derivam da erosão democrática e da chamada terceira onda de *autocratização*. Não apenas no Brasil, como no resto do mundo, o aumento da polarização política, a diminuição da confiança nas instituições de garantia e os ataques sistemáticos ao sistema de imprensa, ao conhecimento científico e às instituições de contrapeso dão ensejo ao crescimento de um populismo autoritário, que sequestra o debate público investindo em um modelo de comunicação hostil, com abuso da violência verbal e da desinformação<sup>12</sup>. A normalização da mentira, a fabricação de pretextos para a recusa infundada dos resultados eleitorais e a reivindicação do monopólio moral da representação constituem ameaças não apenas à integridade eleitoral, mas à própria perpetuação do Estado democrático de direito.

Debate-se sobre de quais instrumentos as instituições brasileiras disporiam para enfrentar esses riscos e ameaças<sup>13</sup>. A despeito da falta de um marco normativo atualizado, apto a fazer frente às ameaças trazidas para deterioração da esfera pública no

<sup>12</sup> Sobre esse contexto, conferir: LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018; RUNCIMAN, David. **Como a democracia chega ao fim**. Tradução: Sergio Flaksman. São Paulo: Todavia, 2018; MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia: porque nossa liberdade corre perigo e como salvá-la**. Tradução: Cássio de Arantes Leite; Débora Landsberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2019; GRABER, Mark A; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.) **Constitutional democracy in crisis?** New York: Oxford University Press, 2018; GINSBUR, Tom; HUQ, Aziz Z. **How to save a constitutional democracy**. Chicago: University of Chicago Press, 2018; PRZEWORSKI, Adam. **Crises da democracia**. Tradução: Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

<sup>13</sup> Na Alemanha entrou em vigor em 01.10.2017 a Lei de Aplicação da Lei nas Redes (NetzDG). Conforme o § 1 da NetzDG, ela se aplica aos provedores de serviços de telecomunicações que, com cunho lucrativo, operam plataformas na internet, nas quais os usuários podem compartilhar conteúdos indeterminados com outros usuários ou possam torná-los acessíveis ao público (redes sociais). Ela também regula a responsabilidade das obrigações, a responsabilidade dos provedores de serviços, bem como sobre o § 3 o tratamento e o procedimento diante de reclamações sobre conteúdos ilícitos, que podem ser retirados ou cujo acesso deve ser bloqueado.

espaço digital, as instituições brasileiras contam com instrumentos jurídicos que lhes têm permitido impor a responsabilização. Em paralelo à institucionalidade estatal, é de se ver que a imprensa tradicional, em geral, revela-se consciente dos riscos, promovendo uma cobertura noticiosa que foi importante para enfraquecer as narrativas falsas propostas pelo negacionismo eleitoral<sup>14</sup>. Do mesmo modo, a sociedade civil se mostrou atenta, vigilante e firme no seu compromisso com a democracia.

Indaga-se sobre quais instrumentos faltam às instituições brasileiras para melhor enfrentar esses riscos e ameaças. Com efeito, ressente-se o Brasil de um marco jurídico mais adequado<sup>15</sup>, que imponha a todos os atores relevantes as respectivas responsabilidades, em especial no que concerne ao enfrentamento da desinformação antissistema, aos discursos beligerantes e de ódio, e à apologia à ruptura do Estado democrático de direito. Em especial, dos atores, grupos e correntes de pensamento que defendem ideias antidemocráticas, que pregam a intolerância, que disseminam ódio e preconceito e tentam fazer da raiva uma arma política.

Além disso, considerando o fato de que o espaço digital constitui, hoje, o palco principal da disputa política, é certo que as eleições precisam ser protegidas, igualmente, do desequilíbrio potencialmente causado pela programação algorítmica, o que, por sua vez, chama a atenção para a necessidade de regulação das plataformas de mídias sociais. Considerando a natureza descentralizada das mídias sociais, o ordenamento jurídico deveria, também, delimitar direitos e responsabilidades de terceiros não necessariamente vinculados às campanhas, como é o caso de cabeças-de-rede, influenciadores digitais e demais formadores de opinião. Por fim, o fenômeno novo da mídia de reenquadramento recomenda evitar que se fragilize o Estado democrático e debilite a igualdade de oportunidades nas competições eleitorais.

<sup>14</sup> Ao longo de todo o ciclo eleitoral são relevantes os esforços das agências de checagem de notícias, bem como dos meios de comunicação mais tradicionais, que esclarecem e corrigem notícias falsas divulgadas sobretudo por redes sociais ou por aplicativos de mensagens como WhatsApp.

<sup>15</sup> Registramos que está tramitando – em junho de 2023 – o Projeto de Lei – PL 2630/2020, que visa instituir a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet.

## Ataques cibernéticos

Os ataques cibernéticos têm aparecido, de modo cada vez mais frequente, nas eleições. Eventos relacionados, por exemplo, com a usurpação e o redirecionamento de fóruns de debate virtual, invasões de *lives* para ridicularização de candidatos ou de contas de *e-mail* para o sequestro de dados e posterior exploração em campanhas de ataque (*malinformation*) constituem, já, realidades constatadas em outros países. No Brasil, os ataques cibernéticos, ao menos no momento, não se apresentam de forma sistêmica. Sem embargo, é de se ter atenção, visto que, por exemplo, no passado, ataques de negação de serviço (DDOS) foram utilizados para embasar, de maneira infundada, pseudonarrativas de vulnerabilidades no sistema eletrônico de votação. Da mesma forma, a criação de granjas de *trolls* com interesses financeiros compõe o mosaico da desinformação transfronteiriça, e o jogo geopolítico tem exposto, em alguns casos, estratégias desinformativas patrocinadas por governos estrangeiros.

## Violência política

Sabemos que a violência política tem crescido, gradualmente, no território brasileiro. Acreditamos que a exploração política da indignação, a desinformação polarizante e o déficit da consciência quanto à importância dos valores democráticos desempenham um papel importante nesse cenário. Contudo, esse problema suscita questões novas e igualmente importantes.

A política, como se sabe, atua como um forte elemento formador da cultura e, nesse sentido, a normalização da violência verbal por líderes expressivos estimula a beligerância em um outro nível. Como se sabe, a tolerância e a resolução de conflitos pelo diálogo são constitutivas do *ethos* democrático, porquanto elas implicam no acordo sobre as condições e formas de expressão e do desacordo, de um lado<sup>16</sup>. Do outro, conforme a lição de Robert Dahl, fomentam a cooperação social, pois a oposição de hoje possui condições de contestar as medidas do governo e competir para se tornar a incumbente no próximo período eleitoral<sup>17</sup>.

Além disso, cabe observar que um comportamento heterodoxo por parte da imprensa permitiu que pautas antidemocráticas e conspiracionistas adentrassem o *mainstream*,

<sup>16</sup> CALHOUN, Craig; GAONKAR, Dilip Parameshwar; TAYLOR, Charles. **Degeneration of Democracy**. Cambridge: Harvard, 2022.

<sup>17</sup> DAHL, Robert A. **Poliarquia**. Tradução: Celso Mauro Paciornick. São Paulo: Edusp, 2012. p. 37 e ss.

promovendo um agendamento que deveria, em condições normais, ter sido barrado pelos filtros editoriais.

### **Gestão de riscos e integridade eleitoral**

Neste contexto de ameaças, ataques cibernéticos e diversas formas de violência política, as instituições brasileiras têm trabalhado fortemente para proteger a integridade eleitoral. A Justiça Eleitoral, particularmente, busca – naquilo que lhe concerne – estimular a participação política (feminina, indígena *v.g.*), eliminar barreiras fáticas que possam frustrar a expectativa do sufrágio universal (por exemplo, com seu programa de acessibilidade), promover ajustes tendentes a promover a igualdade política (assegurando condições mínimas para candidaturas negras) e tomar decisões aptas a conferir efetividade às regras do jogo. Busca também assegurar o direito fundamental a informações corretas e a tornar as eleições cada vez mais transparentes para as cidadãs e cidadãos. Sem embargo, enfrenta limitações estruturais, uma vez que atua sob as bases do princípio da legalidade. Ciente de que a progressão dos níveis de integridade depende, em importante medida, do aprimoramento da qualidade das leis, a Justiça Eleitoral trabalha para produzir conhecimento e para influenciar, dentro da espacialidade democrática, o projeto de elaboração das leis.

As instituições brasileiras têm a consciência de que a proteção da democracia é um projeto complexo, dependente de um esforço conjugado. Essa consciência se revela, por exemplo, na conjugação de esforços para o enfrentamento à desinformação.

Colocadas algumas ideias iniciais sobre a desinformação, impende agora migrar para a matéria de fundo, a qual diz respeito ao populismo autoritário.

### **2<sup>a</sup> parte. Análise sobre o gênero populista e o ataque à democracia representativa<sup>18</sup>**

O tema da representação é vital no debate da democracia. A democracia se caracteriza por eleições periódicas, pelo pluripartidarismo e pelo respeito ao grau de incerteza quanto a seus resultados mediante regras eleitorais reverenciadas por todos os pos-

---

<sup>18</sup> Parcial das reflexões do presente item contou com o auxílio e as reflexões e a colaboração do Professor Doutor Nicolau Konkel Junior, a quem agradecemos.

tulantes. Quando a condição populista se torna ameaça concreta, grave e manifesta às instituições e ao pluralismo político, o alvo é a própria democracia representativa.

Temos observado que, quando eleições se aproximam, ao menos dois desafios enfrentam. De um lado, propostas de retrocessos em reformas legislativas em matérias que afetam os ganhos e avanços do sistema eleitoral informatizado. De outra parte, e é o mais crítico, a própria negação da representação que é o populismo autoritário.

Cientistas políticos têm alertado que, na moda<sup>19</sup> ou não, “estamos vivendo em tempos populistas”<sup>20</sup>; e que ao populismo se associa a política do século 21<sup>21</sup>, uma espécie de era de ‘contágio’ populista”<sup>22</sup>, dentro da qual vivemos um *Zeitgeist* populista<sup>23</sup> ou, de forma mais ampla, “existe um amplo consenso de que há uma ‘crise de representação’”<sup>24</sup>.

## Democracias podem morrer

Reflitamos um pouco sobre o tema. Comecemos por relembrar que democracias (como dois consagrados autores, Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, afirmam) podem morrer não por uma ação orquestrada de forças, mas pelas mãos “de líderes eleitos – presidentes ou primeiros-ministros que subvertem o próprio processo que os levou ao poder. (...) Autocratas eleitos mantêm um verniz de democracia enquanto corroem a sua essência”<sup>25</sup>.

O tema não é novo. Em 1969, como um presságio, na introdução de um volume sobre o populismo, o romeno Ghiță Ionescu e o filósofo Ernest Gellner escreveram: “Um espectro está assombrando o mundo: o populismo”<sup>26</sup>. Meio século após essa con-

<sup>19</sup> MUDDE, Cas; KALTWASSER, Cristóbal Rovira. **Populismo**: una breve introducción. Madrid: Alianza Editorial, 2019.

<sup>20</sup> MOFFITT, Benjamin. **The global rise of populism**: performance, political style, and representation. Stanford: Stanford University Press, 2016.

<sup>21</sup> ROSANVALLON, Pierre. **El siglo del populismo**: historia, teoría, crítica. Traducción de Irene Agoff. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2020.

<sup>22</sup> TORMEY, Simon. **Populism**: a beginner’s guide. Oxford: Oneworld Publications, 2019.

<sup>23</sup> MUDDE, Cas. The populist zeitgeist. **Government & Opposition**, v.39, n.4, p.541-563, Autumn 2004.

<sup>24</sup> TORMEY, Simon. **The end of representative politics**. Cambridge: Polity Press, 2015.

<sup>25</sup> LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. Asseveram os autores que tendemos a pensar na morte de democracias, pelas mãos armadas pelo arbítrio, num ato explícito de rapina política. Lembram, porém, que há outras maneiras menos dramáticas de arruinar uma democracia, ainda que sejam igualmente destrutivas.

<sup>26</sup> IONESCU, Ghiță & GELLNER, Ernest (ed). **Populism**: its meanings and national characteristics. London: Weidenfeld & Nicholson, 1969. p. 1.

jectura, em diversas partes do globo, os fantasmas receberam o sopro vital e estão entre nós. Eis a “era do populismo”<sup>27</sup>, contra o que há de mais fundamental em nossa Constituição: o princípio democrático. Nesse populismo, “trabalhar para o povo”<sup>28</sup> transforma-se no agir contra a Constituição.

Tomando de empréstimo o conceito ofertado por Cas Mudde e Cristóbal Rovira Kaltwasser, populismo é “uma ideologia débil”<sup>29</sup>. Nele, a tela da realidade se apaga.

O populismo não é mesmo uma ideologia robusta porque não constitui um corpo de ideias sobre a natureza da pessoa e da sociedade, ou como esta deve ser organizada e seus propósitos. A sua variável oculta é um simulacro da realidade. Portanto, ao contrário de ideologias que reúnem um corpo doutrinário e têm seus seguidores confessadamente declarados, o populismo manifesta-se mais como um estilo de fazer política, normalmente vinculado a outros elementos ideológicos que são cruciais para a promoção de projetos políticos variados<sup>30</sup>. Esse modo de agir político, verdadeiro populismo digital<sup>31</sup>, possui uma afinidade eletiva com a forma de comunicação contemporânea, na qual se veiculam mensagens por plataformas e aplicações virtuais, nas quais prevalecem textos curtos, simplificações, binarismos, gosto pela polêmica e por frases de efeito. Essa forma de comunicação tende a reduzir a complexidade do real, em suas diversas formas de expressão humanas, sociais e ambientais. Tende, igualmente, a reforçar vieses, pré-compreensões e preconceitos que já existem de modo a mobilizá-los para gerar engajamento político e social.

Segundo Andreas Vofskule, constituem elementos antidemocráticos do populismo a certeza dos seus líderes, a homogeneidade no lugar do pluralismo, a identidade no

---

<sup>27</sup> KRASTEV, Ivan. **The populist moment. Eurozine**. Sept 2007. Disponível em <https://www.eurozine.com/the-populist-moment/>. Acesso em: 06 maio 2021. Na avaliação de Krastev, ao contrário do que ocorria com os partidos extremistas da década de 1930, os novos movimentos populistas não pretendem abolir a democracia: ao contrário, eles prosperam nesse ambiente.

<sup>28</sup> “Longa é a lista de personalidades de direita e extrema direita que, desta forma, queriam reverter o estigma dizendo, primeiro, que a palavra ‘não os assustou’ e depois que a reivindicaram. A evolução foi paralela à esquerda, como testemunhado exemplarmente por Jean-Luc Mélenchon” (ROSANVALLON, Pierre. **El siglo del populismo: historia, teoría, crítica**. Traducción: Irene Agoff. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2020).

<sup>29</sup> MUDDE, Cas; KALTWASSER, Cristóbal Rovira. **Populismo**: una breve introducción. Madrid: Alianza editorial, 2019, e, mais recente, em português: BARROS, Thomás Zicman; LAGO, Miguel. **Do que falamos quando falamos de populismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2022.

<sup>30</sup> TORMEY, Simon. **Populism**: a beginner’s guide. Oxford: OneWorld Publications, 2019. Não há, por assim dizer, uma “sociedade populista”, não há filósofos ou grandes pensadores que tenham preconizado a adoção do populismo. Ou seja, “o populismo quase nunca foi usado como um rótulo *autoatribuído*. Existem muitos partidos que se autodenominam marxistas, liberais ou socialistas, mas dificilmente algum que se autodenomina “populista”. Popular, sim, mas populista, não”.

<sup>31</sup> CESARINO, Letícia. **O mundo do avesso**: verdade e política na era digital. São Paulo: Ubu, 2022, p. 144 e ss.

lugar da representação, o encargo difuso para agir e o alinhamento de todos os atores e instituições em vez de oposição eficaz<sup>32</sup>, conforme se verá a seguir.

### Povo capturado pelo populismo

Populismo é uma daquelas palavras sensíveis às contingências, assumindo novas nuances que perturbam sua compreensão. Desde a saída nota-se o caráter paradoxal do termo que, mesmo tendo nítida conotação pejorativa, deriva de *populus*, ou seja, o que fundamenta positivamente a democracia<sup>33</sup>.

Contudo, o elemento central do populismo a que nos referimos é a concepção que captura a partir do conceito de “povo” como o sujeito da política, e o que o motiva é a certeza de que seus interesses (os do povo, relidos pelo populismo) estão em desacordo com os interesses daqueles que são identificados, pelos populistas, como sendo seus inimigos, que são chamados de elite(s)<sup>34</sup>.

Todas as formas de populismo, sem exceção, envolvem algum tipo de exaltação e apelo ao “povo” e a condenação do que, como inimigo, aponta na imprensa, na política, na economia, nos demais poderes e instituições, e assim por diante.

Por isso, variam os alvos a fim de se adaptarem às circunstâncias e, em regra, abrange esse elenco de inimigos: a grande mídia (que do populista é oposta porquanto seria “produtora” de *fake news*); a classe política tradicional (daí a tarefa aparente do populista de “drenar o pântano”); junto com a classe política são arrastados os partidos políticos (reputados pelo populista como incapazes de traduzir a vontade do “povo”, por isso mesmo os populistas se colocam fora ou acima dos partidos políticos); também integra o rol de inimigos o processo eleitoral (segundo o populista,

<sup>32</sup> VOFSKULE, Andreas. **Defesa do Estado constitucional democrático em tempos de populismo**. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Saraiva, 2021.

<sup>33</sup> Na teoria constitucional Friedrich Müller propõe a pergunta: Quem é o povo? E explicita os diversos usos, no contexto democrático da expressão. Por sua vez, Michel Rosenfeld chama atenção para o fato de que o sujeito constitucional de uma democracia está sempre em aberto e a construir. Por fim, em estudo específico sobre o tema, Pierre Rosanvallon chama atenção para o fato de que o povo que é complexo e plural, é descrito por populistas como se fosse simples e único. Cf.: ROSANVALLON, Pierre. **El siglo del populismo**: historia, teoría, crítica. Traducción: Irene Agoff. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2020.

<sup>34</sup> Não raro, são as ‘élites’. MÜLLER, Jan-Werner. **What is populism?** Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2016, p. 2. A crítica das elites, nas palavras de Jan-Werner Müller é a condição necessária – ainda que não suficiente – para o populismo”. É, a rigor, apenas um suposto antielitismo, que encobre a afronta às autoridades legítimas, ao parlamento e às instituições que asseguram o jogo democrático.

seria a máquina de produzir fraudes); ainda estão nesse rol de inimigos: os juízes, com óbvia predileção pelos integrantes das Cortes Constitucionais (no seu papel *contramajoritário* são constantemente delatados como *inimigos do povo*); organizações internacionais e as ONGs (a serviço de um suposto país inimigo) e, sem variação, a Constituição (aquele mesma que assegurou ao populista o acesso ao poder, mas que depois se transforma no estorvo da realização da “vontade do povo”).

Líderes populistas afirmam que a única fonte legítima de autoridade política e moral em uma democracia reside no “povo”, na voz dos cidadãos comuns, na “maioria silenciosa”, no cidadão esquecido, constituindo-se na única forma genuína de governança democrática, mesmo quando em conflito com representantes eleitos. O exemplo ilustrativo está no discurso de posse do ex-presidente Donald Trump, lembrado por Pippa Norris: “Estamos transferindo o poder de Washington DC e devolvendo-o para vocês, o povo americano...”<sup>35</sup>. Promove-se, assim, a imagem de que há uma conexão direta com o líder, sem intermediações, que é “autêntico” e fala a “verdade” que o povo pensa, mas que ninguém, segundo a lógica populista, expressa<sup>36</sup>.

Esse populismo, portanto, é o modo de fazer a política menor que “considera a sociedade separada em dois grupos homogêneos e antagônicos<sup>37</sup> – ‘o povo puro’ e ‘a elite corrupta’ – e sustenta que a política deve ser uma expressão da vontade geral do povo”<sup>38</sup>. Elimina a complexidade de que nada e ninguém está fora da história, em todas as classes sociais.

<sup>35</sup> NORRIS, Pippa; INGLEHART, Ronald. **Cultural backlash**: Trump, Brexit, and authoritarian populism. New York: Cambridge University Press, 2019, p. 5.

<sup>36</sup> Letícia Cesario demonstra como os líderes populistas performam essa pretensa autenticidade e vinculação a maioria da população, o que lhes rende muitos dividendos políticos. CESARINO, Letícia. **O mundo do avesso**: verdade e política na era digital. São Paulo: Ubu, 2022, p. 160.

<sup>37</sup> Em sua obra sobre o governo em Roma, Maquiavel afirma que havia dois grupos em conflito, o povo e os que dominavam. Todavia, segundo a leitura que se faz dessa ideia a partir de Claude Lefort e de Newton Bignotto, não há identidade entre a visão maquevialiana e a dos populistas contemporâneos. Isso porque Maquiavel concebia essa visão de forma dinâmica, como geradora do conflito, e, sobretudo, de forma não maniqueísta, de forma a idealizar o povo e a elite, o que pode ser visto no seguinte trecho: “Raramente os homens são inteiramente bons ou inteiramente maus. (...) os homens não sabem guardar nenhuma dignidade no crime, nem ser perfeitamente bons.” MAQUIAVELLI, Niccolò. **Discorsi**: comentários sobre a primeira década de Tito Lívio. Tradução: Sérgio Bath. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2008. Cf.: BIGNOTTO, Newton. **Maquiavel Republicano**. São Paulo: Loyola, 1991; BIGNOTTO, Newton. **O Brasil à procura da democracia**: da Proclamação da República ao século XXI (1889-2018). Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2020.

<sup>38</sup> MUDDE, Cas. The populist zeitgeist. **Government & Opposition**, v. 39, n. 4, p. 543, Autumn 2004. Como foi argutamente observado por MUDDE e KALTWASSER, “recorrendo à vontade geral do povo, o populismo põe em prática uma lógica de articulação específica que permite a formação de um sujeito popular com forte identidade (“o povo”), capaz de questionar o *status quo* (“a elite”).

## Maniqueísmo

Tal noção de povo age por antagonismo que conduz a uma visão maniqueísta, na qual existem apenas amigos e inimigos<sup>39</sup>. Os oponentes não são apenas pessoas com prioridades e valores diferentes, eles são apontados como essencialmente maus e desprezíveis. A existência de um inimigo traça a linha divisória entre “nós” e “eles” com a correspondente cisão da sociedade em dois campos antagônicos, com uma radicalização da política.

## Autoritarismo e ódio que separa

A dissolução da ideia de povo como corpo político, no sentido consagrado pela democracia liberal, marcada pela presença constante de compromissos e entendimentos, encerra a disputa baseada na oposição de interesses ou disputa de poder para substituí-la pelo ódio que separa, social e moralmente.

Trata-se de concepção que endossa tendências autoritárias, evoca o caráter homogêneo do conceito de povo e antagoniza com um dos maiores pilares do regime democrático que é o pluralismo, acolhido em nossa Constituição<sup>40</sup>. Antes de revelar a fraqueza da democracia, a ampla fragmentação de compreensões de mundo é justamente o que, em um apenas aparente paradoxo, a fortalece.

Os populistas autoritários, em oposição, afirmam que eles, e somente eles, representam a vontade do povo, cuja reivindicação não é exclusivamente empírica, mas nitidamente moral. Há, aqui, um processo de *invisibilização* de grupos opositos, com a divisão das “pessoas entre aquelas que importam e aquelas que nada significam”<sup>41</sup>. Tal prática não se coaduna com a Constituição da República Federativa do Brasil, que está fundada na dignidade da pessoa humana e no pluralismo político (art. 1º, incisos III e V).

<sup>39</sup> Um dos grandes inspiradores desse discurso é, sem dúvida, a obra de Carl Schmitt, para quem: “A diferenciação especificamente política, à qual se podem reconduzir as ações e os motivos políticos, é a diferenciação entre *amigo* e *inimigo*.” SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Tradução, introdução e notas: Alexandre Franco de Sá. Lisboa: Edições 70, 2018. (1932), p. 50-51.

<sup>40</sup> TORMEY, Simon. **Populism**: a beginner’s guide. London: OneWorld Publications, 2019. Como destaca Simon Tormey, “é intrínseco à evolução dos sistemas representativos modernos o que os cientistas políticos chamam de pluralismo. É a ideia de que sociedades complexas são marcadas por diferenças significativas de postura, opinião, identidade e interesses, incentivando a criação de diferentes partes para representar essas diferenças”.

<sup>41</sup> MÜLLER, Jan-Werner. **What is populism?** Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2016. p. 20 e 24. Ressalta Jan-Werner Müller que “não pode haver populismo sem que alguém fale em nome do povo como um todo”.

Esse conjunto de propriedades projeta outros efeitos igualmente relevantes e graves. É imprescindível acender um quadro de crise permanente, repudiar o consenso, tornar as escolhas o menos racional possível e se manter sempre como um *canal de comunicação* direto com o povo. O estilo de política que caracteriza o populismo, ao qualificar a oposição ideológica como inimiga, ou mesmo ao qualificar quem não se curva a ele como inimigo, enquadra o contexto político em termos de uma permanente “crise” que assume um aspecto de ameaça existencial. As crises do populista não são apenas econômicas, políticas e sociais, mas, de certa forma, são apocalípticas. A sensação que espalha é a de que apenas um dos grupos sobreviverá.

Nada espontâneo, o uso das emoções gera, em tempos de política digitalizada, maior engajamento nas redes e maior tempo de atenção dos usuários. Isso produz a ilusão de que:

“Fazer política” nunca havia sido tão fácil ou cativante: a internet participativa propiciou que a política passasse a se confundir cada vez mais com o próprio senso comum. Colocar um celular na mão de cada cidadão para ele ou ela falar o que bem entende: esse é o sentido da democratização avançado pela máquina de ressonância ultraliberal-conservadora-*tech*.<sup>42</sup>

Conforme ressalta Letícia Cesarino, “esse pressuposto de participação livre e ativa é enganoso: mais que a interatividade, as novas mídias propiciam a *interpassividade* dos sujeitos.”<sup>43</sup>

## Factoides e crises geradas

Associada a isso está a característica de que, sem uma crise, dificilmente o populismo ganha força. Mestres do rancor, da manipulação do medo e do ressentimento, dos conflitos fazem seu *habitat* os populistas. Na ausência de crise, com o eclipsar do caráter dramático da condição populista, seus líderes temem que os cidadãos passem a fazer suas escolhas a partir de um cálculo racional e menos emotivo.

Enquanto a democracia vive da diferença em busca de consenso (consenso que em muito difere dos “*acordos por cima*” em busca de acomodação), o populismo projeta a homogeneização da sociedade para perpetuar a crise.

<sup>42</sup> CESARINO, Letícia. **O mundo do avesso:** verdade e política na era digital. São Paulo: Ubu, 2022, p. 161.

<sup>43</sup> Idem.

Os populistas sempre querem *eliminar* os intermediários entre cidadãos e políticos, especialmente os partidos. Alimentam a hipótese de desconfiança a respeito da política e dos políticos, que, além de corruptos, estariam a conspirar contra o povo. Afora as hipóteses que exercem abertamente o caciquismo partidário, muitas vezes nem se dão ao trabalho de estarem filiados, a menos que as regras eleitorais condicionem para eventual candidatura. Uma vez eleitos, retornam ao estado de desvinculação às agremiações políticas.

Em tempos de *hiperconexão*, a comunicação direta e não “mediada” pela imprensa se torna a regra. Seus pronunciamentos se fazem abertamente, na rua, na porta de casa ou pelas redes sociais. Essa paradoxal “democracia representativa direta”<sup>44</sup> é uma compreensão monocromática da representação. Sua linguagem é simples, direta, redutora da complexidade. Diante de catástrofes incomprensíveis para a ciência, sua solução é mágica e ao mesmo tempo simplória, pois é preciso ser de fácil comunicação<sup>45</sup>.

Em síntese, o populismo é intrinsecamente hostil aos valores associados ao constitucionalismo como restrições à vontade da maioria, ao sistema de *checks and balances*, proteções às minorias, garantia de direitos fundamentais e, principalmente, às regras da democracia representativa. O desprezo pelas garantias da democracia liberal descreve os regimes que até realizam eleições, mas não observam o Estado de Direito<sup>46</sup> e buscam diluições de legitimidade institucional<sup>47</sup>. Diluem essa legitimidade que garante que os cidadãos cumpram voluntariamente as decisões de seu governo,

<sup>44</sup> URBINATI, Nadia. A revolt against intermediary bodies. **Constellations**, v. 22, n. 4, p. 480, Dec. 2015. Mais explicitamente, Nadia Urbinati acentua que o estilo populista introduziu um elemento de franqueza na democracia representativa, dando origem a um paradoxo: a “democracia representativa direta” – representativa porque deriva de eleição, mas que o eleito se apresenta como o próprio povo. Ele não representa, mas presenta – ele é o povo, em uma simplificação do político, a partir de sua redução a uma relação construída sobre uma compreensão monocromática da representação. Além do anti-institucionalismo que torna os populistas impacientes com procedimentos e intolerantes com as instituições, preferindo um relacionamento não mediado entre o líder pessoal e o povo, o populismo concebe a democracia à base do “vencedor leva tudo”.

<sup>45</sup> TORMEY, Simon. **Populism**: a beginner's guide. London: Oneworld Publications, 2019. Agem, nas palavras de Simon Tormey, como os diretores de cinema que sabem que “o público gosta de clareza de propósito”, de modo que o enredo pode ser complexo, mas os vilões são claramente marcados: “o populismo é para a política o que Hollywood é para o cinema”.

<sup>46</sup> MÜLLER, Jan-Werner. **What is populism?** Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2016, p. 50. Concebeu-se, paradoxalmente, a possibilidade de uma “democracia iliberal”, termo que, nas palavras de Jan-Werner Müller, “tornou-se popular em meados da década de 1990 como uma maneira de “Mas, como ele mesmo adverte, “devemos parar com a invocação impensada da ‘democracia iliberal’. Os populistas prejudicam a democracia como tal, e o fato de terem vencido as eleições não dá a seus projetos legitimidade democrática automática”.

<sup>47</sup> LIPSET, Seymour Martin. **Political man**: the social bases of politics. Garden City: Doubleday and Company, 1960, p. 77. Nas palavras de Seymour Martin Lipset, a “legitimidade envolve a capacidade do sistema de engendrar e manter a crença de que as instituições políticas existentes são as mais adequadas para a sociedade”.

obedeçam às leis e respeitem as decisões judiciais, independentemente da ameaça legal ou do uso da força.

### **Democracia, condição de possibilidade**

Garantir o Estado de Direito democrático não é apenas realizar eleições, como também respeitar os princípios da democracia liberal, preservando suas instituições. Além disso, é preciso ressaltar que o pluralismo é intrínseco à evolução dos sistemas representativos modernos e que as sociedades complexas são marcadas por diferenças significativas de postura, opinião, identidade e interesses, o que leva à criação de diferentes partes para representar essas diferenças. Uma das funções das eleições é justamente permitir que essas tendências, identidades e vozes diferentes concorram em um ambiente aberto e tolerante, no qual os cidadãos podem fazer suas próprias escolhas sobre em qual partido ou candidato votar.

Enfim, os fatos recentes demonstram que a democracia exige um estado permanente de atenção. É preciso evitar que, mais uma vez, se realize o infeliz destino evocado por Pierre Rosanvallon, para quem a “vida política é um cemitério de críticas e de alertas que resultaram impotentes para modificar o curso das coisas”<sup>48</sup>.

A defesa da Constituição, a própria realização das eleições e o respeito ao resultado que emerge da voz das urnas, pela legalidade democrática e pelo Estado de Direito, fazem um chamamento a todas as vocações democráticas em memória dos constituintes de 88 e pelas gerações do futuro. Impende manter o estado permanente de vigília democrática.

---

<sup>48</sup> ROSANVALLON, Pierre. **El siglo del populismo**: historia, teoría, crítica. Traducción: Irene Agoff. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2020.

## Referências

ALLCOTT, H.; GENTZKOW, M. Social media and fake news in the 2016 election. *Journal of Economic Perspectives*, n. 31, p.211-236, 2017.

BALEM, Isadora Forgiarini. O impacto das fakenews e o fomento dos discursos de ódio na sociedade em rede: a contribuição da liberdade de expressão na consolidação democrática. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE, 1, 2017, Santa Maria. *Anais* [...]. Santa Maria: [s.n], 2017, p.16-29.

BARROS, Thomás Zicman; LAGO, Miguel. **Do que falamos quando falamos de populismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2022.

BIGNOTTO, Newton. **Maquiavel republicano**. São Paulo: Loyola, 1991.

BIGNOTTO, Newton. **O Brasil à procura da democracia**: da Proclamação da República ao século XXI (1889-2018). Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 2630, de 03 de julho de 2020**. Institui a Lei brasileira de liberdade, responsabilidade e transparência na Internet. Brasília: Senado Federal, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2256735>. Acesso em: 25 ago. 2023.

CALHOUN, Craig; GAONKAR, Dilip Parameshwar; TAYLOR, Charles. **Degeneration of democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2022.

CESARINO, Letícia. **O mundo do avesso: verdade e política na era digital**. São Paulo: Ubu, 2022.

DAHL, Robert Alan. **Polarquia: participação e oposição**. Tradução: Celso Mauro Paciornick. São Paulo: EdUSP, 2005.

ECO, Umberto. **Pape Satàn Aleppe: cronache di una società liquida**. Milano: La nave di Teseo, 2016.

GAONKAR, Dilip Parameshwar; TAYLOR, Charles. **Degeneration of democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2022.

GRABER, Mark A; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.) **Constitutional democracy in crisis?** New York: Oxford University Press, 2018.

GINSBUR, Tom; HUQ, Aziz Z. **How to save a constitutional democracy.** Chicago: The University of Chicago Press, 2018.

IONESCU, Ghiță; GELLNER, Ernest (ed.) **Populism:** its meanings and national characteristics. London: Weidenfeld and Nicholson, 1969.

KRASTEV, Ivan. The populist moment. *Eurozine*. Sept. 2007. Disponível em: <https://www.eurozine.com/the-populist-moment/>. Acesso em: 6 maio 2021.

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

LIPSET, Seymour Martin. **Political man:** the social bases of politics. Garden City: Doubleday, 1960.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. “Fake news” e as novas ameaças à liberdade de expressão. In: FARIA, José Eduardo (org.) **A liberdade de expressão e as novas mídias.** São Paulo: Perspectiva, 2020, p. 37-61.

MAQUIAVELLI, Niccolò. **Discorsi:** comentários sobre a primeira década de Tito Lívio. Tradução: Sérgio Bath. 5. ed. Brasília: UnB, 2008.

MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia:** porque nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Tradução Cássio de Arantes Leite; Débora Landsberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

MOFFITT, Benjamin. **The global rise of populism:** performance, political style, and representation. Stanford, California: Stanford University Press, 2016.

MUDDE, Cas. The populist zeitgeist. *Government & Opposition*, v. 39, n. 4, p. 541-563, Autumn 2004.

MUDDE, Cas; KALTWASSER, Cristóbal Rovira. **Populismo:** una breve introducción. Traducción: María Enguix Tercero. Madrid: Alianza Editorial, 2019.

MÜLLER, Jan-Werner. **What is populism?** Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2016.

NORRIS, Pippa; INGLEHART, Ronald. **Cultural backlash: Trump, Brexit, and authoritarian populism.** New York: Cambridge University Press, 2019.

PRZEWORSKI, Adam. **Crises da democracia.** Tradução Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

RAIS, Diogo. Desinformação no contexto democrático. In: ABOUD, Georges; NERY JR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (org.). **Fake news e regulação.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 249-270.

ROSANVALLON, Pierre. **El siglo del populismo: historia, teoría, crítica.** Traducción: Irene Agoff. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2020.

RUNCIMAN, David. **Como a democracia chega ao fim.** Tradução: Sergio Flaksman. São Paulo: Todavia, 2018.

TANDOC JR. E.; LIM, Z.W.; LING, R. Defining “fake news”: a typology of schorlarly definitions. **Digital Journalism**, v.6, n.2, p.137-153, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. Liberdade de expressão e seus limites numa democracia: o caso das assim chamadas “fake new” nas redes sociais em período eleitoral no Brasil. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 2, p. 534-578, maio/ago. 2020.

SILVA, Jorge Pereira da. **Fake news conquistam 2017.** O Jornal Econômico. [Lisboa], 17 nov. 2017. Disponível em: <https://jornaleconomico.pt/noticias/fake-news-conquistam-2017-233751/>. Acesso em: 25 ago. 2025

SCHMITT, Carl. **O conceito do político.** Tradução, introdução e notas de Alexandre Franco de Sá. Lisboa: Edições 70, 2018.

SUNSTEIN, Cass. **#republic: divided democracy in the age of social media.** Princeton: Princeton University Press, 2017. 310 p.

SUNSTEIN, Cass. *Falsehoods and the First Amendment*. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 33, n. 2, p. 388-426, Spring 2020.

TORMEY, Simon. *Populism: a beginner's guide*. London: Oneworld Publications, 2019.

TORMEY, Simon. *The end of representative politics*. Cambridge: Polity Press, 2015.

URBINATI, Nadia. A revolt against intermediary bodies. *Constellations*, v. 22, n. 4, p. 477-486, Dec. 2015.

VOßKUHLE, Andreas. **Defesa do Estado constitucional democrático em tempos de populismo**. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Saraiva jur, 2020.

WARDLE, C. *Fake News. It 's complicated. First draft*. [s.l.], 16 Feb. 2017. Disponível em: <https://firstdraftnews.org/articles/fake-news-complicated/>. Acesso em: 25 ago. 2023.

# OS 35 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O ÉXITO DA PREVISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO NO COMBATE À DISCRIMINAÇÃO (HOMOFOBIA – ADO 26)

ALEXANDRE DE MORAES<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

Novidade em nosso direito constitucional, o § 2º do artigo 103 da Constituição de 1988 estabelece que, *“Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”*.

As normas constitucionais que permitem o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão não decorrem de todas as espécies de omissões do Poder Público, mas tão só em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e caráter impositivo e das normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade. Portanto, sempre haverá lacunas na estrutura normativa que necessitarão ser colmatadas por leis, atos normativos ou comandos administrativos. O que se pretende é preencher as lacunas inconstitucionais, para que as normas constitucionais obtenham eficácia plena.

O controle abstrato de inconstitucionalidade por omissão prevê, ainda, a existência de um segundo pressuposto.

O cabimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) exige uma relação conflituosa entre a Constituição Federal e a atuação do Poder Público (Legislativo ou Executivo), ou seja, o autor da ação deve indicar ao Supremo Tribunal Federal

<sup>1</sup> Ministro do Supremo Tribunal Federal e Presidente do TSE. Doutor e Livre-docente em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor na Faculdade de Direito da USP e da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

a efetiva contradição entre a determinação de mandamento constitucional expresso na exigência de uma conduta positiva do Poder Público e sua inércia total ou parcial, caracterizada pela conduta negativa, caracterizadora da “*omissão*”.<sup>2</sup>

O cabimento da ADO está vinculado diretamente à omissão do Poder Público em atender expressa determinação constitucional de atuação do Poder Público, com a finalidade de garantir a aplicabilidade e eficácia da norma constitucional. Exatamente, nessa *conduta negativa* consiste a inconstitucionalidade.

A incompatibilidade entre a *conduta positiva* exigida pela Constituição e a *conduta negativa* do Poder Público omissa configura-se na chamada *inconstitucionalidade por omissão*. Note-se que essa omissão poderá ser *absoluta* (total) ou *relativa* (parcial), como afirma GILMAR MENDES, pois “*a total ausência de normas, como também a omissão parcial, na hipótese de cumprimento imperfeito ou insatisfatório de dever constitucional de legislar*”.<sup>3</sup>

Como destacado pelo Supremo Tribunal Federal:

Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultara a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando nenhuma providência é adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. [...] A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também ofende direitos que

<sup>2</sup> FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a Constituinte. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v.23, n. 89, p. 49-62, jan./mar. 1986; TORRECILLAS RAMOS, Dirceo. *O controle de constitucionalidade por via de ação*. São Paulo: Angelotti, 1992. p. 100. COUTINHO, Simone Andréa Barcelos. Um caso de omissão inconstitucional. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 51/52, p. 143-152, jan./dez. 1999; MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Inconstitucionalidade por omissão: categoria jurídica e ação constitucional específica. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 3, n. 12, p. 173-217, jul./set. 1995; MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 26, n. 101, p. 115-134, jan./mar. 1989; MELO, Mônica. Assédio sexual: um caso de inconstitucionalidade por omissão. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília v. 36, n. 143, p. 85-99, jul./set. 1999; FREITAS, João Alfredo Mussolino de. Supremacia da Constituição: ofensa ao princípio e estado democrático de direito, devido à não regulamentação de dispositivos constitucionais. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 4, n. 16, p. 207-217, jul./set. 1996; SALDANHA, Nelson. O Estado contemporâneo e a ideia de “omissão” constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 255-257, out./dez. 1992.

<sup>3</sup> GILMAR MENDES. *Jurisdição constitucional*: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 289.

nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.<sup>4</sup>

Exatamente, para combater essa omissão, denominada doutrinariamente de *síndrome de inefetividade*, por acarretar a inaplicabilidade de algumas normas constitucionais, a Constituição Federal trouxe-nos a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cuja finalidade destacada por CANOTILHO é “*começar a destruir o ‘rochedo de bronze’ da incensurabilidade do silêncio*” do Poder Estatal responsável por dar plena efetividade às normas constitucionais.<sup>5</sup>

## 2. INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A complexidade para colmatação do estado de mora constitucional reside, principalmente, na absoluta necessidade de compatibilização da atuação do *Poder Legislativo* – que representa o princípio democrático da maioria – com o exercício da *Justiça constitucional* – que representa a garantia do Estado de Direito –, em defesa dos direitos e garantias fundamentais consagrados constitucionalmente.<sup>6</sup>

A premissa básica do Estado Constitucional é a existência de complementaridade entre Democracia e Estado de Direito, pois, enquanto a Democracia se consubstancia no governo da maioria, baseado na soberania popular, o Estado de Direito consagra a supremacia das normas constitucionais, editadas pelo poder constituinte originário, o respeito aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional do Poder Estatal, não só para proteção da maioria, mas também, e basicamente, dos direitos da minoria.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> RTJ 162/877, Rel. Min. Celso de Mello.

<sup>5</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos: o direito a emanação de normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões normativas. In: TEIXEIRA, Sávio Figueiredo de (coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. coord. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 367.

<sup>6</sup> TROPER, Michel. Justice constitutionnelle et démocratie. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, Paris, n.1, p.31-48, 1990; STARCK, Christian. La légitimité de la justice constitutionnelle et le principe démocratique de majorité. In: COLÓQUIO NO ANIVERSÁRIO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Legitimidade e legitimação da justiça constitucional, 10., 1993, Lisboa. **Anais** [...]. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p.59-73.; HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20. ed. alemã: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998. p. 376.

<sup>7</sup> BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987. p. 12-13; RIVERO, Jean. A modo de síntesis. In: FAVOREAU, L. [et. al.]. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 666 e ss.; LUCHAIRE, François. *Le conseil constitutionnel*. Paris: Economica, 1980. p. 19 e ss; BON, Pierre. La légitimité du conseil constitutionnel français. In: COLÓQUIO NO ANIVERSÁRIO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Legitimidade e legitimação da justiça constitucional, 10., 1993, Lisboa. **Anais** [...]. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 143 e ss.; BESSETTE, Joseph M. *Democracia*

Não há dúvidas de que o Legislativo, por meio de seus representantes eleitos, é a própria dimensão essencial da Democracia, a quem compete a edição de normas de caráter geral e obrigatório para toda a sociedade.<sup>8</sup>

Da mesma maneira, não há dúvidas ser necessário que, assim como os demais poderes constituídos, o Legislativo observe os estritos comandos constitucionais, atuando “*em conformidade com o que manda o Poder constituinte*”,<sup>9</sup> pois, como ensina BERNARD SCHWARTZ, há:

uma verdadeira hierarquia de legisladores dentro do Estado. No ápice encontra-se a Assembleia Constituinte, à qual só o povo delegou a autoridade de criar o instrumento orgânico que rege o Estado. Os dispositivos da Constituição aprovados por ela constituem a lei suprema do país.<sup>10</sup>

O exercício da jurisdição constitucional baseia-se na necessidade de respeito absoluto à Constituição Federal, havendo, na evolução das Democracias modernas, a imprescindível necessidade de proteger a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, em especial das minorias, pois, como recorda JORGE MIRANDA, “o irrestrito domínio da maioria poderia vulnerar o conteúdo essencial daqueles direitos, tal como o princípio da liberdade poderia recusar qualquer decisão política sobre a sua modulação”.<sup>11</sup>

O fundamento básico da legitimidade material de atuação de nossa SUPREMA CORTE, nos moldes do § 2º do artigo 103 da Constituição Federal, está na necessidade de consagração e efetivação de um rol de princípios constitucionais básicos e direitos

deliberativa: o princípio da maioria no governo republicano. *In: GOLDWIN, Robert A; SCHAMBRA, William A. (eds.). A constituição norte-americana.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986. p. 305 e ss; GOLDWIN, Robert A.; SCHAMBRA, William A. (eds.). *A constituição norte-americana.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986. 350 p.; Augusto CERRI. *Corso di giustizia costituzionale.* 2. ed. Milanno: Giuffrè, 1997. p. 17.

<sup>8</sup> BRITTO, José de Souza. Jurisdição constitucional e princípio democrático. *In: COLÓQUIO NO ANIVERSÁRIO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Legitimidade e legitimação da justiça constitucional, 10., 1993, Lisboa. Anais [...].* Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 39 e ss.

<sup>9</sup> TELLES JUNIOR, Goffredo. *A Constituição, a assembleia constituinte e o congresso nacional.* São Paulo: Saraiva, 1986. p. 51, evitando que suas ações e omissões entrem em conflito com a Constituição, sob pena de que não serão válidas (COOLEY, Thomas M. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 142 e ss; CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 102 e ss e 782 e ss; MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição federal anotada.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 14; SALDANHA, Nelson. *O poder constituinte.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 74; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 15; SANTOS, Aricé Moacir Amaral. *O poder constituinte: a natureza e titularidade do poder constituinte originário.* São Paulo: Sugestões Literárias, 1980. p. 16 e ss.

<sup>10</sup> SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano.* Tradução: Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 26).

<sup>11</sup> MIRANDA, Jorge. Nos dez anos de funcionamento do tribunal constitucional. *In: COLÓQUIO NO ANIVERSÁRIO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Legitimidade e legitimação da justiça constitucional, 10., 1993, Lisboa. Anais [...].* Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 95.

fundamentais tendentes a limitar e controlar os abusos de poder do próprio Estado, por ação ou omissão, a consagração dos direitos e liberdades fundamentais e dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado contemporâneo, pois, nos Estados onde o respeito à efetividade dos direitos humanos fundamentais não for prioridade, a verdadeira Democracia inexiste, como ensinado por NORBERTO BOBBIO: “sem respeito às liberdades civis, a participação do povo no poder político é um engano, e sem essa participação popular no poder estatal, as liberdades civis têm poucas probabilidades de durar”.<sup>12</sup>

O exercício da jurisdição constitucional, portanto, tem como ponto fundamental a defesa dos valores constitucionais básicos, afirmados livremente pelo povo em Assembleia Nacional Constituinte, em especial, a defesa dos direitos e garantias fundamentais de todos, de maneira igualitária e sem quaisquer discriminações entre grupos majoritários e minoritários, pois, conforme importante advertência feita por WALTER BERNS, ao comentar os princípios fundadores da Constituição norte-americana:

a regra da maioria só pode ser justificada se os homens são iguais, e eles só são iguais na posse de direitos. Uma política de igualdade, portanto, precisa ser uma política preocupada com direitos. Consequentemente, a regra da maioria só é legítima se na prática a maioria respeita os direitos da minoria.<sup>13</sup>

Sob essa perspectiva de proteção igualitária e sem discriminações de todos os sujeitos de direitos e garantias fundamentais, acentua-se a necessidade de conjugarem-se e compatibilizarem-se as ideias de *Democracia*, que se manifesta basicamente pela forma representativa, por meio dos Parlamentos, e de *Estado de Direito*, que se manifesta pela consagração da supremacia constitucional e o respeito aos direitos fundamentais, tornando-se, portanto, clara a legitimidade da Justiça constitucional e a necessidade de existência de seus órgãos, dotados de plena independência e que possam instrumentalizar a proteção dos preceitos e direitos constitucionais fundamentais.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Barcelona: Paidós, 1993. p. 117.

<sup>13</sup> BERNS, Walter. A Constituição assegura esses direitos? In: GOLDWIN, Robert A.; SCHAMBRA, William A. (eds.). *A constituição norte-americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986. p. 285.

<sup>14</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In: FAVOREAU, L. [et. al.]. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 606; ARAGÓN REYES, Manuel. *El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 1997. p. 16-19; RIVERO, Jean. A modo de síntesis. In: FAVOREAU, L. [et. al.]. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 667 e ss.; DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 54.

No tocante à utilização da ação de inconstitucionalidade por omissão para combater a discriminação, e, especificamente como ocorreu na ADO 26, para combater a homofobia, a perpetuidade do desrespeito à Constituição Federal é flagrante e específica, pois não se atingiu a igualdade na posse e proteção de direitos e liberdades fundamentais da comunidade LGBT – inclusive, em relação aos demais grupos vulneráveis expressamente mencionados no texto constitucional –, havendo clara ausência de proteção legislativa efetiva em face de graves e reiteradas condutas homofóbicas e transfóbicas.

A questão essencial sobre a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal colmatar, ainda que provisoriamente, a lacuna constitucional referente ao inciso XLI do artigo 5º da Constituição Federal exige uma interpretação que compatibilize a representação popular (Poder Legislativo), enquanto direito da maioria, e a efetiva defesa dos princípios constitucionais e direitos fundamentais, inclusive das minorias, devendo pautar-se pela indagação sobre as tarefas e os objetivos básicos de uma Constituição Federal, dos quais, entre outros, podem ser destacados o de justiça, equidade, equilíbrio de interesses, resultados satisfatórios, razoabilidade, praticabilidade e segurança jurídica.<sup>15</sup>

Há, portanto, necessidade de direcionarmos as regras hermenêuticas para garantir a plena aplicabilidade e efetividade dos direitos humanos fundamentais perante o governo da maioria, inclusive compatibilizando-se as lições de FERDINAND LASSALE e KONRAD HESSE, no sentido de que uma Constituição tem caráter informador de todo o ordenamento jurídico, e se, em sua gênese, é “a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação”,<sup>16</sup> após sua edição, “graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social”.<sup>17</sup>

Portanto, as previsões constitucionais, e em especial os direitos humanos fundamentais e os princípios fundamentais da República, não são meros enunciados teóricos desprovidos de coercibilidade jurídica. Muito pelo contrário, uma Constituição possui supremacia incondicional em relação a todo o ordenamento jurídico e força normativa inquestionável, e suas previsões devem servir de princípios informadores obrigatórios na atuação do *Poder Público*, no âmbito de todos os Poderes de Estado.

---

<sup>15</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e proceduralista da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997. p. 11 e ss.

<sup>16</sup> LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Tradução: Walter Stonner. 3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995. p. 37.

<sup>17</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991. p. 24.

Somente com o pleno respeito aos princípios e objetivos básicos da Constituição e aos direitos fundamentais, poderemos almejar a conquista da verdadeira *liberdade*, projeto maior de um Estado Democrático de Direito, no exato sentido que lhe empresta a definição de ROSCOE POUND, para quem liberdade consiste:

na reserva, para o indivíduo, de certas expectativas fundamentais razoáveis que entendem com a vida na sociedade civilizada e liberação em relação ao exercício arbitrário e desarrazoados do poder e da autoridade por parte daqueles que são nomeados ou escolhidos em sociedade politicamente organizada com o objetivo de ajustar relações e ordenar a conduta e se tornam, dessa maneira, capazes de aplicar a força dessa sociedade aos indivíduos.<sup>18</sup>

Sem respeito a essas regras não haverá Estado de Direito, desaparecendo a liberdade e, consequentemente, a participação popular nos negócios políticos do Estado, quebrando-se o respeito ao princípio da soberania popular, que proclama todo o poder emanar do povo, com a consequência nefasta do fim da Democracia.

A legitimidade da Justiça constitucional consubstancia-se na necessidade de concretizar o efetivo respeito e a integral aplicação do texto constitucional, exigindo que o *Poder Público*, em todas as suas áreas, seja na distribuição da Justiça, seja na atuação do Congresso Nacional ou na gerência da *res* pública, paute-se pelo respeito aos princípios, objetivos e direitos e garantias fundamentais consagrados em um texto constitucional, sob pena de flagrante inconstitucionalidade de suas condutas comissivas e omissivas e perda da própria legitimidade popular pelo ferimento ao Estado de Direito.

Em um sistema constitucional que preza o equilíbrio e a harmonia entre os poderes constituídos, declarada a inconstitucionalidade por omissão do Congresso Nacional, por ausência de edição de lei penal incriminadora que torne efetiva a previsão constitucional do inciso XLI do artigo 5º da Constituição Federal, ao Supremo Tribunal Federal não está constitucionalmente deferida a possibilidade de substituir-se ao Poder Legislativo, inovando no mundo jurídico com a criação de novo tipo penal, devendo cientificar o Congresso Nacional, nos termos do artigo 103, § 2º, da Constituição Federal c/c o art. 12-H, *caput*, da Lei nº 9.868/1999, para que cesse o estado de mera constitucional, com a edição de lei penal concretizadora do inciso XLI do artigo 5º da CF, para fins de criminalização das condutas homofóbicas e transfóbicas.

Da mesma maneira, a exigência constitucional de equilíbrio e harmonia entre os poderes constituídos não permite que nossa CORTE SUPREMA fixe prazo de atuação

<sup>18</sup> POUND, Roscoe. *Liberdades e garantias constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Ibrasa, 1976. p. 5.

do CONGRESSO NACIONAL, no exercício de suas competências constitucionais, cujas prioridades políticas e conjunturais devem ser decididas *interna corporis*. Ressalte-se, ainda, não ser razoável a fixação de prazo impróprio, cujo eventual descumprimento não acarretará nenhuma consequência prática ou jurídica, no sentido de colmatação da omissão constitucional. O eventual descumprimento congressual do prazo fixado por essa Corte somente estenderia a *síndrome de inefetividade* da norma protetiva do inciso XLI do artigo 5º da CF também à decisão judicial, que teria eficácia zero.

Os Poderes de Estado devem respeito recíproco às suas competências e responsabilidades. Assim como é missão constitucional do Congresso Nacional legislar, com absoluta independência; é dever constitucional do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL garantir e concretizar a máxima efetividade das normas constitucionais, em especial dos direitos e garantias fundamentais.<sup>19</sup>

Portanto, constatado o estado de mora constitucional, deve o Supremo Tribunal Federal cientificar o Congresso Nacional, dentro de limites razoáveis de hermenêutica, de exercer efetivamente a jurisdição constitucional, verificando a possibilidade de afastar o entendimento de atipicidade das diversas formas preconceituosas contidas em condutas homofóbicas e transfóbicas.

### **3. OMISSÃO CONSTITUCIONAL DO PODER LEGISLATIVO EM RELAÇÃO À CRIMINALIZAÇÃO DAS CONDUTAS DE HOMOFOBIA**

A constatação de efetiva omissão constitucional do Poder Legislativo em relação à criminalização das condutas de homofobia depende da análise de duas questões sucessivas:

- (a) incidência do inciso XLI do art. 5º da CF nas condutas discriminatórias praticadas em razão de orientação sexual ou identidade de gênero (homofobia e transfobia);
- (b) obrigatoriedade de edição de norma penal incriminadora específica para tipificar as condutas de homofobia e transfobia e, consequentemente, sanar o estado de mora inconstitucional.

A primeira questão – *incidência do inciso XLI do art. 5º da CF nas condutas discriminatórias praticadas em razão de orientação sexual ou identidade de gênero (homofobia e transfobia)* – é incontestável, pois a violência física, os discursos de ódio,

<sup>19</sup> BACHOF, Otto. *Jueces y constitución*. Traducción: Rodrigo Bercovitz Rodrígues-Cano. Reimpressão. Madri: Civitas, 1987. p. 59; COMPARATO, Fábio Konder. *Direito público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 12.

os homicídios, a conduta de praticar, induzir e/ou incitar o preconceito e/ou a discriminação por conta da orientação sexual ou identidade de gênero, real ou suposta, da pessoa configuram ostensiva e flagrante “*discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*”.

Nos tópicos “8” e “9” do voto do eminente Ministro Relator, CELSO DE MELLO, na ADO 26, foram feitas completas “*considerações em torno dos registros históricos e das práticas sociais contemporâneas que revelam o tratamento preconceituoso, excludente e discriminatório que tem sido dispensado à vivência homoerótica em nosso País*” e apontada a “*violência contra integrantes da comunidade LGBT ou ‘a banalidade do mal homofóbico e transfóbico’*”. Relembro alguns tópicos:

- a) Aumento de 30%, em 2017 **em relação** ao ano anterior, dos homicídios **contra** o grupo LGBT, **atingindo** o número de 445 mortes no período;
- b) **56% dos assassinatos** ocorrem em via pública;\_
- c) **das 445 vítimas** referidas, **194 (43,65%)**, **eram gays**, **191 (42,9%) trans**, **43 (9,7%) lésbicas**, **5 (1%) bissexuais** e **12 (2,7%) heterossexuais**, estes incluídos porque foram mortos em circunstâncias que revelam condutas homofóbicas dos agressores, *v.g. em defesa de gays amigos/parentes*;
- d) o **número de transgêneros mortos entre 2016 e 2017 demonstra que o Brasil** é o primeiro colocado no “*ranking*” mundial, tal como referido pelo Relatório Mundial da Transgender Europe, organização que registra dados relacionados ao tema;
- e) **jovens que são rejeitados** por sua família têm alto índice de tentativa de suicídios (8,4 vezes mais);
- f) **foram registrados**, até outubro, no ano de 2018, 347 homicídios de pessoas LGBT no país.

Ainda com o intuito de demonstrar a violência contra LGBTs, **vale advertir** que, *cotidianamente, a imprensa veicula* notícias relacionadas ao tema, *como se observa de inúmeras manchetes, das quais transcrevo* algumas a seguir, **reveladoras** do inegável comportamento racista e preconceituoso **dirigido**, com clara motivação de ódio, contra essas pessoas absurdamente consideradas **inferiores pelos delinquentes que as agredem covardemente**:

- i) “*Ele tem ódio de homossexuais*”, **diz delegado sobre homicídio em Agudos** (<https://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2014/04/ele-tem-odio-de-homossexuais-diz-delegado-sobre-homicidio-em-agudos.html>);
- ii) “*Cabeleireiro é apedrejado até a morte na Zona Norte de Natal, diz polícia*” (<https://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2014/11/cabeleireiro-e-apedrejado-ate-morte-na-zona-norte-de-natal-diz-policia.html>);
- iii) “*Homem que tirou foto antes de esquartejar admite ódio por gays*” (<https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2014/11/homem-que-tirou-foto-antes-de-esquartejar-admite-odio-por-gays.html>);

- iv) “Agricultor é morto a facadas pelo filho na Zona da Mata de PE – Rapaz de 20 anos não aceitava que o pai fosse homossexual” (<https://g1.globo.com/pernambuco/noticia/2014/11/agricultor-e-morto-facadas-pelo-filho-na-zona-da-mata-de-pe.html>);
- v) “Menino teve figado dilacerado pelo pai, que não admitia que criança gostasse de lavar louça – Alex, de 8 anos, era espancado repetidas vezes para aprender a ‘andar como homem’” (<https://oglobo.globo.com/rio/menino-teve-figado-dilacerado-pelo-pai-que-nao-admitia-que-crianca-gostasse-de-lavar-louca-11785342>);
- vi) “Homem é suspeito de tentar estuprar filha lésbica para fazê-la ‘virar mulher’” (<https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2016/01/homem-e-suspeito-de-tentar-estuprar-filha-lesbica-para-faze-la-virar-mulher.html>);
- vii) “Vai virar mulher de verdade: lésbicas são vítimas de estupro coletivo” (<https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2017/11/02/vai-virar-mulher-de-verdade-estupro-corretivo-vitimiza-mulheres-lesbicas.htm>);
- viii) “Turista gay é espancado por grupo em SP e post viraliza: ‘não foi minha escolha’” (<https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/turista-gay-e-espascado-por-grupo-em-sp-e-post-viraliza-nao-foi-minha-escolha.ghtml>);
- ix) “Polícia investiga homicídio de travesti que foi espancada até a morte em CE” (<https://g1.globo.com/ceara/noticia/2017/03/policia-investiga-homicidio-de-travesti-que-foi-espascada-ate-morte-no-ce.html>);
- x) “Jovem gay é morto a facadas próximo a parque em São Paulo” (<https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/11/jovem-morre-apos-ser-esfaqueado-perto-do-parque-do-ibirapuera.html>);
- xi) “Corpo queimado em carnaval é de rapaz morto pela mãe por ser gay” ([https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2017/07/14/interna\\_nacional,883916/corpo-queimado-em-carnaval-e-de-rapaz-morto-pela-mae-por-ser-gay.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2017/07/14/interna_nacional,883916/corpo-queimado-em-carnaval-e-de-rapaz-morto-pela-mae-por-ser-gay.shtml));
- xii) “Morre transexual que foi esfaqueada no centro de Aracaju” (<https://g1.globo.com/se/sergipe/noticia/2018/10/19/transexual-e-esfaqueada-no-centro-de-aracaju.ghtml>);
- xiii) “Nunca tinha passado por isso”, diz lésbica agredida em lanchonete de SP” (<https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2011/01/nunca-tinha-passado-por-isso-diz-lesbica-agredida-em-lanchonete-de-sp.html>).

Inegável, portanto, que a prática homofóbica e transfóbica representa inaceitável, gravíssima e odiosa *discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*.

Em relação à segunda questão – *obrigatoriedade de edição de norma penal incriminadora específica para tipificar as condutas de homofobia e transfobia e, consequentemente, sanar o estado de mera inconstitucional* –, houve posicionamentos antagônicos, tanto em relação à existência de omissão quanto no tocante à obrigatoriedade de colmatação da previsão constitucional com a obrigatoriedade de edição de norma penal incriminadora.

Ocorre, porém, que, na presente questão, flagrante a insuficiência protetiva aos direitos e liberdades fundamentais contra qualquer tipo de discriminação homofóbica e transfóbica.

As práticas homofóbicas e transfóbicas constituem terrível histórico em nosso país, com constante e determinado padrão de acentuado desrespeito cruel ao rol de direitos e liberdades fundamentais da comunidade LGBT, caracterizando a necessidade de efetivação da proteção constitucional prevista no inciso XLI do artigo 5º, com a devida edição legislativa para “*punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais relacionados à orientação sexual e identidade de gênero*”.

A existência de poucas e esparsas políticas públicas e, principalmente, legislações estaduais para combater as práticas homofóbicas e transfóbicas não afasta a omissão constitucional, em face da exigência de proteção legal satisfatória contra atentados discriminatórios aos direitos e liberdades fundamentais praticados em virtude de orientação sexual e identidade de gênero.

Em que pese a complexidade do tema, trata-se de uma constatação objetiva, por meio da análise dos componentes internacionais mínimos e obrigatórios exigidos para a salvaguarda igualitária dos direitos e liberdades fundamentais, em virtude de orientação sexual e identidade de gênero, conforme destacado na “*Introdução aos Princípios de Yogyakarta*”, editada sob a coordenação da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos, em novembro de 2006:

*Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados. A orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso.*

Muitos avanços já foram conseguidos no sentido de assegurar que as pessoas de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e respeito a que todas as pessoas têm direito. Atualmente, muitos Estados possuem leis e Constituições que garantem os direitos de igualdade e não discriminação, sem distinção por motivo de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.

Entretanto, violações de direitos humanos que atingem pessoas por causa de sua orientação sexual ou identidade de gênero, real ou percebida, constituem um padrão global e consolidado, que causa sérias preocupações. O rol dessas violações inclui execuções extrajudiciais, tortura e maus-tratos, agressões sexuais e estupro, invasão de privacidade, detenção arbitrária, negação de oportunidades de emprego e educação e sérias discriminações em relação ao gozo de outros direitos humanos. Estas violações são com frequência agravadas

por outras formas de violência, ódio, discriminação e exclusão, como aquelas baseadas na raça, idade, religião, deficiência ou *status econômico, social ou de outro tipo*.

Muitos Estados e sociedades impõem normas de gênero e orientação sexual às pessoas por meio de costumes, legislação e violência e exercem controle sobre o modo como elas vivenciam seus relacionamentos pessoais e como se identificam. O policiamento da sexualidade continua a ser poderosa força subjacente à persistente violência de gênero, bem como à desigualdade entre os gêneros.

O sistema internacional deu passos significativos na direção da igualdade entre os gêneros e na proteção contra a violência na sociedade, comunidade e família. Além disso, importantes mecanismos de direitos humanos das Nações Unidas têm afirmado a obrigação dos Estados de assegurar a todas as pessoas proteção eficaz contra discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero. Entretanto, a resposta internacional às violações de direitos humanos com base na orientação sexual e identidade de gênero tem sido fragmentada e inconsistente.

Para enfrentar essas deficiências, é necessária uma compreensão consistente do regime abrangente da legislação internacional de direitos humanos e sua aplicação a questões de orientação sexual e identidade de gênero. É crítico fazer um exame detalhado e clarificar as obrigações dos Estados perante as atuais leis internacionais de direitos humanos, para promover e proteger todos os direitos humanos de todas as pessoas, na base da igualdade e sem discriminação.

Da mesma maneira, a Organização das Nações Unidas editou o documento “Nascidos Livres e Iguais – Orientação Sexual e Identidade de Gênero no Regime International de Direitos Humanos” (*Born Free and Equal – Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law*), que aponta os “**CINCO PRINCIPAIS TÓPICOS**” para efetivação da proteção legal aos direitos e liberdades fundamentais em virtude de orientação sexual e identidade de gênero:

1. Proteger as pessoas da violência homofóbica e transfóbica. Incluir a orientação sexual e a identidade de gênero como características protegidas por leis criminais contra o ódio. Estabelecer sistemas efetivos para registrar e relatar atos de violência motivados pelo ódio. Assegurar investigação efetiva, instauração de processo contra os perpetradores e reparação das vítimas de tal violência. Leis e políticas de asilo devem reconhecer que a perseguição de alguém com base em sua orientação sexual ou identidade de gênero pode ser um motivo válido para um pedido de asilo.
2. Prevenir a tortura e o tratamento cruel, desumano e degradante às pessoas LGBT em detenção, através da proibição e punição de tais atos, garantindo que as vítimas sejam socorridas. Investigar todos os atos de maus tratos por agentes do Estado e levar os responsáveis à justiça. Prover treinamento apropriado aos funcionários responsáveis pela aplicação da lei e garantir um controle eficaz dos locais de detenção.

3. Revogar leis que criminalizam a homossexualidade, incluindo todas as leis que proíbem a conduta sexual privada entre adultos do mesmo sexo. Assegurar que não sejam presos ou detidos em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero, e não sejam submetidos a exames físicos degradantes e desnecessários com a finalidade de determinar sua orientação sexual.
4. Proibir a discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero. Promulgar leis abrangentes que incluam a orientação sexual e identidade de gênero como motivos proibidos para discriminação. Em especial, assegurar o acesso não discriminatório a serviços básicos, inclusive nos contextos de emprego e assistência médica. Prover educação e treinamento para prevenir a discriminação e estigmatização de pessoas intersexo e LGBT.
5. Proteger as liberdades de expressão, de associação e de reunião pacífica para as pessoas intersexo e LBGT. Qualquer limitação desses direitos deve ser compatível com o direito internacional e não deve ser discriminatória. Proteger indivíduos que exercitam seus direitos de liberdade de expressão, de associação e de reunião dos atos de violência e intimidação por grupos privados.

No mesmo sentido, a alínea “i” do Parecer Consultivo OC-24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao interpretar o Pacto de São José da Costa Rica em relação à presente matéria, exige amplo sistema legal protetivo:

- (i) O reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é de vital importância para garantir o gozo pleno dos direitos humanos das pessoas trans, o que inclui a proteção contra a violência, tortura e maus tratos, o direito à saúde, à educação, ao emprego e à moradia, o acesso à seguridade social, assim como o direito à liberdade de expressão e de associação.

O cotejo entre o consenso internacional sobre as medidas necessárias para a efetiva proteção contra condutas homofóbicas e transfóbicas e a legislação nacional demonstra a existência de significativa omissão constitucional do Poder Legislativo, em efetivar a devida proteção legal aos direitos e liberdades fundamentais de toda a comunidade LGBT, inclusive por meio de produção legislativa punitiva contra qualquer tipo de discriminação, nos termos exigidos pelo inciso LXI do artigo 5º da Constituição Federal.

Não me parece, portanto, existir qualquer dúvida da existência de omissão, caracterizadora do estado de mera constitucional.

Constatada a omissão constitucional do legislador, no tocante ao inciso XLI do artigo 5º do texto constitucional, há necessidade da definição do caráter de seu conteúdo, para que, efetivamente, possa ser realizada sua colmatação.

Em outras palavras, houve a necessidade de definir se o dispositivo constitucional é genérico, permitindo ao Congresso Nacional a opção entre editar legislação administrativa, civil ou penal; ou todas; ou, se, efetivamente, existe um comando constitucional determinante para, independentemente de normas de outras espécies, a edição de lei penal incriminadora, que concretize punições das condutas homofóbicas e transfóbicas.

Salienta-se a posição tópica do inciso XLI, como indicadora da presença de uma verdadeira determinação constitucional para a edição de lei penal, pois faz parte do núcleo penal e processual penal do artigo 5º, protetivo ao direito de liberdade, que se inicia no inciso XXXVII (não haverá juízo ou tribunal de exceção) e prossegue até o inciso LXVIII (consagração do *habeas corpus*), mesmo que não exclusivamente penal em alguns dispositivos.

Entretanto, mais importante que a própria localização do referido inciso XLI no rol dos direitos e garantias fundamentais do artigo 5º, saliento que a interpretação lógica e teleológica de diversos dispositivos constitucionais protetivos de direitos e liberdades fundamentais de importantes grupos historicamente vulneráveis e discriminados comprova a existência de verdadeiro padrão protetivo de implementação legislativa na atuação do próprio Congresso Nacional.

Em todos os comandos constitucionais obrigatórios dirigidos ao legislador, para punição a diversas formas de desrespeito de direitos e liberdades fundamentais, o Congresso Nacional, ao colmatar as lacunas constitucionais, entendeu necessária a edição de leis penais.

O próprio Congresso Nacional estabeleceu um verdadeiro padrão protetivo de implementação legislativa para a colmatação dos comandos constitucionais protetivos de direitos e garantias fundamentais de diversos e tradicionais grupos vulneráveis.

A Lei nº 7.716/1989 estabeleceu, em observância ao inciso XLII do artigo 5º da CF, os tipos penais referentes a discriminação e preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Assim, também, ocorreu em relação à implementação de medidas protetivas aos direitos e garantias fundamentais das crianças e adolescentes, dos idosos, das pessoas com deficiência e dos consumidores. A omissão legislativa, com o consequente estado de mora constitucional, persiste, tão somente, em relação às necessárias medidas

normativas punitivas quanto às condutas discriminatórias por orientação sexual e identidade de gênero.

Ao disciplinar legislativamente a proteção integral à criança e ao adolescente, nos termos do *caput* do art. 227 da Constituição Federal, o Congresso Nacional editou o “*Estatuto da Criança e do Adolescente*” (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), dispendo, expressamente, em seu Título VII, Capítulo I, sobre crimes praticados contra a criança e o adolescente, por ação ou omissão, sem prejuízo do disposto na legislação penal. Foram criados, inicialmente, 17 (dezessete) tipos penais, acrescido de 1 (uma) infração penal pela Lei nº 9.975/2000. Alguns desses tipos penais foram aperfeiçoados pela Lei nº 11.829/2008, que, ainda, criou outros 5 (cinco) tipos penais; assim como a Lei nº 12.015/2009, que acrescentou mais um ao rol de infrações penais destinadas àqueles que desrespeitam os direitos e liberdades das crianças e adolescentes.

Da mesma maneira, ao disciplinar o § 4º do artigo 227 (“*A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente*”), o Congresso Nacional editou normas penais presentes na Lei nº 11.826/2008, que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente, para “aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet”.

Não foi diferente a atuação do Congresso Nacional ao editar a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, para estabelecer normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas com deficiência, e sua efetiva integração social, nos termos do § 2º do artigo 227 (“*A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência*”). Além de medidas administrativas e civis, a lei criou crime punível com reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa para condutas atentatórias aos direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

O Poder Legislativo atuou de igual maneira para garantir a plena efetividade do § 8º do artigo 226 (“*O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações*”), resultando na edição da Lei nº 11.340/2006, que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, estabelecendo que “configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada

no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”.

O mesmo padrão protetivo de implementação legislativa foi seguido quando o Congresso Nacional editou a necessária legislação para efetivar a proteção constitucional aos consumidores e colmatar a exigência do inciso XXXII do artigo 5º (“*o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*”). Ao editar o Código de Defesa do Consumidor, o Congresso Nacional entendeu que a plena defesa do consumidor, exigida constitucionalmente, somente estaria satisfatoriamente regulamentada com a previsão de medidas administrativas, civis e tipos penais específicos.

O artigo 1º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, prescreve que “o presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal, e art. 48 de suas Disposições Transitórias”, para, na sequência, disciplinar as sanções administrativas (Título I, capítulo VII) e as infrações penais (Título II), com a previsão de 13 (treze) tipos penais específicos contra as relações de consumo, sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais.

Nos 30 (trinta) anos de vigência da Constituição Federal, até o momento do julgamento da ADO 26, o padrão protetivo de implementação legislativa adotado pelo Congresso Nacional, ao editar as leis necessárias para efetivar a proteção dos direitos e liberdades fundamentais de grupos tradicionalmente vulneráveis, sempre se pautou pela necessidade de, além de normas administrativas e civis, incluir a criação de tipos penais específicos.

Não há, portanto, qualquer razão constitucional ou lógica para que, em semelhante hipótese de exigência constitucional de edição legislativa para *punição de* qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero, se ignore a necessidade de edição de tipos penais; repita-se, padrão protetivo de implementação legislativa dos direitos e garantias fundamentais de diversos grupos vulneráveis adotado pelo próprio Congresso Nacional.

Portanto, não há dúvidas de que, nos termos do § 2º do artigo 103 da Constituição Federal, está presente a inconstitucionalidade por omissão, por ausência de edição de lei penal incriminadora que torne efetiva a previsão constitucional do inciso XLI do artigo 5º da Constituição Federal, caracterizando-se, consequentemente, o estado de mora inconstitucional.

#### 4. ESTADO DE MORA CONSTITUCIONAL: IMPOSSIBILIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE COLMATAÇÃO POR CRIAÇÃO DE NOVO TIPO PENAL PELO PODER JUDICIÁRIO

Apesar de constatados o estado de mora inconstitucional e a obrigatoriedade constitucional de o Supremo Tribunal Federal, no exercício de jurisdição constitucional, efetivar a ampla e igualitária proteção aos direitos e liberdades fundamentais da comunidade LGBT, inviável uma das soluções pleiteadas pelo autor, no sentido de colmatação da omissão com a criação de novo tipo penal pelo Poder Judiciário.

Nos termos do inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal, “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”. A norma constitucional contém dois princípios:

*princípio da reserva legal*: não há crime sem lei que o defina; não há pena sem cominação legal;

*princípio da anterioridade*: não há crime sem lei anterior que o defina; não há pena sem prévia cominação legal.

Os princípios da reserva legal e da anterioridade, no âmbito penal (*nullum crimen, nulla poena sine proeria lege*), exigem a existência de lei formal devidamente elaborada pelo Poder Legislativo, por meio das regras de processo legislativo constitucional (*lex scripta*), que a lei seja anterior ao fato sancionado (*lex proeria*) e que a lei descreva especificamente um fato determinado (*lex certa*), pois, como destacado por ANÍBAL BRUNO: “O princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que fixa em limites precisos as zonas do lícito e do ilícito, reduzindo o poder do juiz à aplicação da lei, é uma conquista liberal penosamente adquirida e que importa conservar”.<sup>20</sup>

Essa previsão é tradicional nas Constituições que caracterizam os Estados de Direito e foi consagrada pelo art. 8º da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26/8/1789, com a seguinte redação: “*A lei apenas deve estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.*”

<sup>20</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito penal*: parte geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t.I, p.209-211.

No exercício jurisdicional, está vedada ao juiz a possibilidade de converter-se em legislador, criando novas figuras típicas ou novas sanções, como bem definido pelo Supremo Tribunal Federal:

A reserva de lei constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe à administração e à jurisdição a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. Não cabe ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48 – RTJ 143/57 – RTJ 146/461-462 – RTJ 153/765, *v. g.*), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.<sup>21</sup>

Como bem destacado por BENTO DE FARIA, “*a necessidade da lei penal positiva e publicada é uma das máximas fundamentais do direito social, uma das bases da liberdade política e civil*”.<sup>22</sup>

Esses princípios, portanto, afastam a possibilidade de colmatação da omissão constitucional por meio de criação de novo tipo penal pelo Poder Judiciário, pois configuram garantia essencial de um Estado de Direito, assegurando que a regulamentação da amplitude do exercício do direito sancionador do Estado, e consequentemente da liberdade do indivíduo, depende, exclusivamente, da prévia manifestação de vontade dos representantes populares, detentores de mandatos eletivos, diretamente eleitos pelo povo, conforme o parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal.<sup>23</sup>

Essas mesmas exigências constitucionais impedem a utilização de aplicação analógica *in peius* das normas penais como fonte criadora de infrações penais e respectivas sanções. Dessa forma, o princípio da reserva legal não permite a condenação por analogia ou por considerações de conveniência social, como já decidido pelo SUPREMO

<sup>21</sup> STF – Pleno – MS 22.690-1/CE – Rel. Min. CELSO DE MELLO, *Diário da Justiça*, Seção I, 7 dez. 2006, p. 36.

<sup>22</sup> BENTO DE FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro Comentado*. 2.ed. Rio de Janeiro: Record, 1958. v.1, p.78-79.

<sup>23</sup> DOTTI, René Ariel. As bases constitucionais do direito penal democrático. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v.22, n. 88, p. 21-44, out./dez. 1985; TOLEDO, Franciso de Assis. Sistema criminal brasileiro. *Justitia*, São Paulo, v.43, n. 112, p. 123-131; MAÑAS, Carlos Vico. *Tipicidade e princípio da insignificância*. 1993. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1993.

TRIBUNAL FEDERAL: “Não pode o julgador, por analogia, estabelecer sanção sem previsão legal, ainda que para beneficiar o réu, ao argumento de que o legislador deveria ter disciplinado a situação de outra forma”.<sup>24</sup>

## 5. ESTADO DE MORA CONSTITUCIONAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME E POSSIBILIDADE DE COLMATAÇÃO

A impossibilidade de colmatação da omissão constitucional por meio de criação de novo tipo penal pelo Poder Judiciário e a vedação de utilização de aplicação analógica *in peius* das normas penais como fonte criadora de infrações penais e respectivas sanções não se confundem com o legítimo exercício hermenêutico por nossa Suprema Corte, em sede de jurisdição constitucional, absolutamente necessário, na interpretação e aplicação do ordenamento jurídico, especialmente no sentido de “*investigar e coordenar por modo sistemático*”<sup>25</sup>, “*estabelecendo normas que não se contém estritamente na lei, mas resultam de uma construção obtida graças à conexão de dispositivos, até então considerados separadamente*”, como salientado pelo mestre MIGUEL REALE, ao concluir que o ato de julgar “*não se reduz a uma atitude passiva diante dos textos legais*”.<sup>26</sup>

No âmbito da Jurisdição Constitucional, a função hermenêutica da SUPREMA CORTE permite a utilização da denominada *interpretação conforme a Constituição*, que será possível para adequar e compatibilizar o significado da lei aos exatos comandos constitucionais, quando a norma apresentar vários significados, uns compatíveis com as normas constitucionais e outros não, ou, no dizer de CANOTILHO, “a interpretação conforme a Constituição só é legítima quando existe um *espaço de decisão* (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a Constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela”.<sup>27</sup>

A finalidade maior dessa técnica é compatibilizar o ordenamento jurídico com o texto constitucional, concretizando sua interpretação com os valores nele consagrados, tendo o Supremo Tribunal Federal admitido várias possibilidades de sua utilização.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> STF – HC 92.626, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 25/3/2008, Primeira Turma, *DJE*, de 2/5/2008). **No mesmo sentido:** HC 95.398, Rel. Min. Cármem Lúcia, j. 4/8/ 2009, Primeira Turma, *DJE*, de 4/9/2009.

<sup>25</sup> VICENTE RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952. v.2, p. 542.

<sup>26</sup> MIGUEL REALE. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 168.

<sup>27</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 230.

<sup>28</sup> Pleno, ADI 3.046-9/SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; Pleno – Adin 1.344-1/ES – medida liminar – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 abr. 1996, p. 12.212; Pleno – Adin 1.719-9 – medida liminar – Rel. Min.

A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e dos atos normativos editados pelo Poder Público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente maior *conformidade com as normas constitucionais*.

Em termos interpretativos, portanto, os Princípios Fundamentais da República e seus objetivos, bem como a plena efetivação dos Direitos e Garantias Fundamentais, sempre devem ter precedência, de maneira a concretizar a real força normativa da Constituição, por meio de sua unidade e máxima efetividade. A supremacia absoluta das normas constitucionais e a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento basilar da República obrigam o intérprete, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função interpretativa, a aplicar não só *a norma mais favorável à proteção aos Direitos Humanos*, mas, também, a eleger em seu processo hermenêutico, a interpretação que lhe garanta a maior e mais ampla proteção.<sup>29</sup>

Os dispositivos penais da Lei nº 7.716/1989 devem ser interpretados em consonância com os fundamentos da República – *em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana* (CF, art. 1º, III) –, seus objetivos fundamentais – entre eles, *a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (CF, art. 3º, I e IV) –, o *princípio da igualdade* (CF, art. 5º, *caput* e inciso I) e a *aplicabilidade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais* (CF, art. 5º, § 1º).

A análise desses dispositivos demonstra não haver qualquer diferenciação valorativa constitucional entre a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou

---

Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 27 fev. 1998, capa; Pleno – Adin 1.150-2/RS – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, 17 abr. 1998, capa; Pleno – Adin 1.719-9 – medida liminar – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 27 fev. 1998, capa; Adin 1.510-9/SC – medida liminar – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 25 fev. 1997; Pleno – Adin 1.600-8/UF – medida liminar – Rel. Min. Sydney Sanches, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 fev. 1998, p. 2.

<sup>29</sup> HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 239-240; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso no direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 14, n. 57, out./dez. 2006; CANOTILHO, JJ. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 136; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. 4 t. t. II, p. 228-229.

procedência nacional e a discriminação ou preconceito em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero.

O mandamento constitucional veda **quaisquer formas de discriminação** e determina a **punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais**, com a finalidade de proteção de grupos minoritários vulneráveis contra atos de segregação que inferiorizam seus membros, a partir de critérios “arbitrários e levianos”, componentes de um “discurso racializante superficial”.<sup>30</sup>

Na presente hipótese, consequentemente, está presente o necessário “*espaço de decisão (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas*”, uma vez que a Lei nº 7.716/1989 deve ser interpretada em conformidade com o texto constitucional, que, expressamente, veda não somente preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade; mas estende a proibição a **quaisquer outras formas de discriminação**, garantindo a igualdade de todos, independentemente de orientação sexual ou identidade e gênero, em busca de uma sociedade livre, justa e solidária, baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e efetivada pela aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, entre elas, os incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição Federal.

Dessa maneira, é possível a utilização da interpretação conforme para garantir a supremacia incondicional do texto constitucional em relação a todo ordenamento jurídico e sua força normativa inquestionável, com a reafirmação de coercibilidade jurídica dos incisos XLI e XLII do artigo 5º da CF e a possibilidade de punição criminal de condutas discriminatórias e desrespeitosas aos direitos e liberdades fundamentais da comunidade LGBT (*condutas homofóbicas e transfóbicas*).

Por fim, o princípio da anterioridade deverá ser aplicado em relação à interpretação conforme dada à Lei de Racismo, por possuir efeitos vinculantes e *erga omnes*.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais comentadas*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 305 e ss.; SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 82 e ss.

<sup>31</sup> SANGUINÉ, Odono. Irretroatividade e retroatividade das alterações da jurisprudência penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n.31, p.228-241, jul./set. 2000; DOTTI, René Ariel. A jurisprudência penal no tempo: a ultratividade e a irretroatividade do julgado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n.121, p.251-289, jul. 2016; PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Analogia e direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.24, n. 118, p. 159-184, jan./fev. 2016.

## 6. CONCLUSÃO

O julgamento da ADO 26, de relatoria do Ministro CELSO DE MELLO, confirmou a importância da introdução dessa espécie de instrumento de jurisdição constitucional pela Constituição de 1988, consagrando sua efetividade para a proteção dos Direitos Fundamentais previstos no texto constitucional e sua eficácia no combate a toda forma de discriminação.

Assim, foi necessário conceder interpretação conforme à Constituição, em face dos artigos 1º, III, 3º, I e IV, 5º, XLI, XLII e § 1º, da Constituição Federal, à Lei nº 7.716/1989, no sentido da integral aplicação de seus tipos penais às condutas homofóbicas e transfóbicas, até que seja editada a lei penal específica pelo Congresso Nacional.

Nesse sentido, na ADO 26, o Supremo Tribunal Federal declarou, nos termos do § 2º do artigo 103 da Constituição Federal, a inconstitucionalidade por omissão do CONGRESSO NACIONAL, por ausência de edição de lei penal incriminadora que torne efetiva a previsão constitucional do inciso XLI do artigo 5º da Constituição Federal, caracterizando-se, consequentemente, o estado de mora inconstitucional e determinando que seja cientificado para a colmatação do estado de mora constitucional e, em sequência, concedeu interpretação conforme à Constituição, em face dos artigos 1º, III, 3º, I e IV, 5º, XLI, XLII e §1º, da Constituição Federal, à Lei nº 7.716/1989, no sentido da integral aplicação de seus tipos penais às condutas homofóbicas e transfóbicas, até que seja editada a lei penal específica pelo Congresso Nacional. Afastou a retroatividade da presente interpretação conforme, que passa a ser aplicada com efeitos *erga omnes* e vinculantes a partir da publicação daquele julgamento.

# O USO DE PRECEDENTES PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SEUS IMPACTOS SOCIAIS E ECONÔMICOS

KASSIO NUNES MARQUES<sup>1</sup>

MARCUS VINICIUS KIYOSHI ONODERA<sup>2</sup>

*Introdução. 1. Os precedentes judiciais e o papel da jurisprudência no sistema de Common Law norte-americano. 2. A influência do constitucionalismo norte-americano no Brasil e a evolução dos precedentes no sistema legal brasileiro. 3. O papel do Supremo Tribunal Federal na formação dos precedentes, os impactos socioeconômicos e a necessidade de modulação dos efeitos. 4. Conclusões.*

## Introdução

Este trabalho tem por objetivo trazer sucintas ponderações sobre o papel da Suprema Corte brasileira na formação e no uso de precedentes judiciais, bem como seus impactos para o desenvolvimento do país, em seus mais diversos aspectos, destacando-se, aí, os sociais e econômicos.

Há séculos, o uso de precedentes e o papel da jurisprudência são traço marcante de países que derivam do sistema de *Common Law*. Por outro lado, no Brasil, conquanto seja país tradicionalmente ligado à família de *Civil Law*, a adoção de um sistema de precedentes e jurisprudência também tem se revelado gradativa e crescente.

Além do próprio fenômeno de maior intercâmbio econômico e cultural entre os países – sejam eles pertencentes a sistemas de *Common* ou de *Civil Law* –, no Brasil, várias foram as mudanças constitucionais e infraconstitucionais que indicam essa tendência por nós apontada.

<sup>1</sup> Ministro do Supremo Tribunal Federal. Mestre em Direito pela Universidade Autônoma de Lisboa. Doutor em *Administración, Hacienda y Justicia (maxima cum laude)* pela Universidade de Salamanca e Pós-Doutor em Direitos Humanos pela mesma instituição. Pós-Doutor em Direito Constitucional pela *Università Degli Studi di Messina*.

<sup>2</sup> Juiz Auxiliar no Supremo Tribunal Federal. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. *Visiting Foreign Judicial Fellow* pelo *Federal Judicial Center*, Washington, D.C.

Assim, dentro de um sistema de freios e contrapesos, estabelecido, no Brasil, ao menos desde a Constituição de 1891, esta Suprema Corte torna-se órgão máximo para interpretação da Carta Magna. Adquire, portanto, papel preponderante na formação dos precedentes e na orientação da jurisprudência.

Nesse contexto, é relevante a análise dos impactos referentes à formação e julgamento de precedentes desta Suprema Corte como medida para exame dos impactos sociais e econômicos. Como decorrência disso, surge a necessidade de modulação dos efeitos de muitos dos julgamentos realizados. Por fim, apresentaremos nossas conclusões.

## 1. Os precedentes judiciais e o papel da jurisprudência no sistema de *Common Law* norte-americano

As origens do sistema de *Common Law* deitam raízes na própria história da formação da Inglaterra. Conquanto os romanos, durante séculos, tenham dominado boa parte da região que hoje constitui a Europa, incluindo a da Inglaterra, a principal influência para a formação desse sistema jurídico foi a anglo-normanda, mormente com William, o Conquistador, em 1066. Com isso, as Cortes Real, de *Common Pleas* e de *Exchequer*, centralizadas, passaram a ser cada vez mais utilizadas, em detrimento das locais e regionais. Daí a expressão *common*, referindo-se ao sistema jurídico *comum* aplicado por essa justiça real e centralizada do Rei.<sup>3</sup>

Fatores políticos e econômicos, pouco menos de duzentos anos depois, constituíram a base para a formulação da Magna Carta, em 1215, com a limitação dos poderes monárquicos do Rei João Sem-Terra. Contudo, aos poucos, conquanto tenha sido originalmente concebido como mais simplificado e ágil, também esse sistema britânico se tornou rígido e passível de crítica justamente pela dificuldade de mudança e adaptação.

A partir de toda essa experiência, nas antigas colônias que hoje constituem os Estados Unidos da América, os *founding fathers* buscaram aprimorar aquele sistema jurídico, adaptando-o às suas novas necessidades e realidades. Muitos desses conceitos foram concretizados na Constituição norte-americana e na *Bill of Rights*.

---

<sup>3</sup> JONES, Harry. Our uncommon common law. *Tennessee Law Review*, v. 42, n. 3, p. 450-452, Spring 1975, apud KELSO, R. Randall; KELSO, Charles D. *Studying Law: an introduction*. Saint Paul: West Publishing Co., 1984. p. 54.

Ponto interessante é que, embora a doutrina do *stare decisis* não encontre previsão expressa na Constituição, integra o sistema legal norte-americano como um de seus pilares. E, conquanto o sistema de *common law* norte-americano tenha permanecido intrinsicamente atrelado à doutrina do *stare decisis*, procurou tornar-se mais flexível<sup>4</sup> e ágil, de modo a poder se adaptar às mudanças sociais ao longo do tempo. Oliver Wendell Holmes Jr. reconhece aí um espírito bastante pragmático, mais vinculado à realidade social e à experiência do que a lógica abstrata pura, características que, ao longo do tempo, deram o tom do sistema de *Common Law* nos EUA:

A lei incorpora a história do desenvolvimento de uma nação ao longo dos séculos e não pode ser tratada como se contivesse apenas os axiomas e corolários de um livro de matemática. Para se saber o que realmente é, nós precisamos saber o que foi e aquilo que tende a ser. Nós precisamos alternativamente consultar a história e as teorias existentes da legislação. Mas o trabalho mais difícil será compreender a combinação dos dois em novos produtos a cada estágio. A essência da lei em determinado período quase sempre corresponde, até onde vai, aquilo que é então compreendido ser conveniente; mas sua forma e instrumentalidade e o grau no qual é possível de gerar resultados desejados dependem muito mais do seu passado.<sup>5</sup>

Nota-se, portanto, que a estratificação eterna da jurisprudência, no sistema de *Common Law* norte-americano, é ideia que não se justifica. A propósito, no caso *Hurtado v. California*, ainda em 1884, a Suprema Corte norte-americana apontou o seguinte raciocínio:

É mais consonante à verdadeira filosofia de nossas instituições legais históricas dizer que o espírito da liberdade pessoal e direitos individuais, os quais abraçou, foi preservada e desenvolvida por um crescimento progressivo e sábia adaptação a novas circunstâncias e situações das formas e processos adaptados a fornecer, de tempos em tempos, nova expressão e maior efeito às modernas ideias de auto-governo.

Esta flexibilidade e capacidade de crescimento e adaptação é a característica peculiar e excelência do *common law* (...).<sup>6</sup>

<sup>4</sup> O sistema de *common law*, na Inglaterra, já existia em molde bastante semelhante ao atual no reinado de James I (1603-1625), mas a rigidez então existente indicava a distância da flexibilidade e do espírito criativo de sua origem (cf. JONES, Harry. Our uncommon common law. *Tennessee Law Review*, v. 42, n.3, p.450-452, Spring 1975, apud KELSO, R. Randall; KELSO, Charles D. *Studying Law: an introduction*. Saint Paul: West Publishing Co., 1984. p. 54.

<sup>5</sup> HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law*. Boston: Little Brown and Company, 1923. p.1-2. No seu original, o texto é apresentado da seguinte forma: *The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics. In order to know what it is, we must know what it has been, and what it tends to become. We must alternately consult history and existing theories of legislation. But the most difficult labor will be to understand the combination of the two into new products at every stage. The substance of the law at any given time pretty nearly corresponds, so far as it goes, with what is then understood to be convenient; but its form and machinery, and the degree to which it is able to work out desired results, depend very much upon its past.*

<sup>6</sup> 110 U.S. 516, p. 530-531 (1884). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/110/516/>

Tal sistema da *stare decisis* confere também base estável para a efetiva proteção de muitos direitos e garantias fundamentais; proteção essa realizada de forma uniforme e isonômica. Acerca desse ponto, Peter Messitte, aliás, traça algumas de suas principais características:

A regra da *stare decisis* (que significa, literalmente, “permita que a decisão mantenha-se”, e é o mesmo que a doutrina de “precedente”) é mais uma questão de técnica. Espera-se que os tribunais sigam as sentenças emitidas em processos anteriores ao do caso em tela. E, de fato, isso acontece. Porque o importante é que valores e verdades objetivas razoáveis obriguem o Judiciário a se comportar desta forma.

(...) Há também uma crença profunda na consistência, integridade, e segurança da lei, elementos os quais causaram o surgimento da doutrina do precedente em primeiro lugar. Quase sempre, não há nenhuma necessidade de “fazer”, *i.e.*, produzir novas leis, e tal não ocorre. Mas temos que reconhecer que sob a regra liberal do precedente, em certas circunstâncias, os precedentes nem sempre são seguidos.<sup>7</sup>

Também na Constituição norte-americana houve previsão clara da Separação de Poderes e repartição de competências entre União e Estados, caracterizando o sistema de *checks and balances*. Nesse contexto, o Judiciário estabeleceu-se realmente como um terceiro e independente Poder, coisa que o então jovem Alexis de Tocqueville, ao vir da França para os Estados Unidos, bem observou à luz da Separação dos Poderes.<sup>8</sup>

A concretização de todas essas ideias deu-se em *Marbury v. Madison*,<sup>9</sup> caso em que John Marshall estabeleceu os fundamentos lógicos para a *judicial review*, que seria, doravante, utilizada pela Suprema Corte em muitos de seus julgamentos, os quais, então, constituiriam *precedentes*, a influenciarem toda a estrutura do Judiciário norte-americano, em conjunto com o conceito de *stare decisis*.

## 2. A influência do constitucionalismo norte-americano no Brasil e a evolução dos precedentes no sistema legal brasileiro

Sem pretender esgotar o extenso tema dos precedentes no Direito brasileiro ou mesmo todas as nuances de seu denso e complexo sistema legal quanto ao controle

<sup>7</sup> MESSITTE, Peter. A teoria dos precedentes no direito norte-americano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 67, n. 4, p.95, out/dez. 2001.

<sup>8</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes: de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*. Tradução: Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 139.

<sup>9</sup> 5 U.S. 137 (1803). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>

de constitucionalidade, objetivos que fogem a este artigo, traçaremos algumas das premissas fundamentais, necessárias para a adequada compreensão de um sistema ou doutrina de precedentes no país.

Muito do constitucionalismo norte-americano influenciou, sobremaneira, o sistema legal brasileiro, mormente por influência de Rui Barbosa. Bem assim, pouco após a proclamação da República, a Constituição brasileira de 1891 absorveu nitidamente valores fundamentais da Constituição norte-americana de 1787. Sobre o ponto, aliás, o saudoso Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira destacava que, desde então, ao menos em nível constitucional, o país deixou suas origens latinas e aproximou-se do modelo norte-americano de controle de constitucionalidade.<sup>10</sup> Também nessa Constituição foram previstos o Supremo Tribunal Federal, o recurso extraordinário e o controle de constitucionalidade. Apenas a título comparativo, nos Estados Unidos da América, temos, respectivamente, a Suprema Corte, o *writ of certiorari* e a *judicial review*.

Não se pretende, com isso, obviamente, igualar os sistemas de *Common Law* e *Civil Law*, pois as diferenças ainda são muitas, o que, aliás, foi destacado por Mauro Cappelletti:

a) reduzido número de membros nas cortes supremas e superiores em países de *Common Law* e elevado número nos de *Civil Law*; b) histórica descrença acerca da discricionariedade administrativa em países de *Civil Law*, o que inviabilizaria mecanismos como o *writ of certiorari*, em que se utiliza a *discretionary review* pelo judiciário; c) juízes em países de *Civil Law* são, em regra, aprovados por concurso público e tendem a ser menos criativos do que seus colegas da *Common Law*; d) nos países de *Civil Law* não há algo similar a *stare decisis doctrine* e e) nos países de *Civil Law* há tendência a se considerar a lei como fonte principal do direito ao contrário de países de *Common Law*, em que isso se dá em caráter excepcional.<sup>11</sup>

Como bem se pode notar, os pontos de diferença, que foram apontados com muita sobriedade por Cappelletti, ao longo dos anos, foram sofrendo diversas e profundas mudanças. É possível notar também que atualmente muitas das diferenças outrora existentes têm sido cada vez mais tênues, mormente no que diz respeito ao uso dos precedentes judiciais, por meio da criação das súmulas, cuja autoridade é persuasiva, da súmula vinculante, cuja autoridade é vinculante, guardando semelhança ao *binding precedent*, típico da *stare decisis doctrine*, bem como dos sistemas de recursos repetitivos e de repercussão geral.

<sup>10</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A súmula e sua evolução no Brasil. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, v.24, n.179, p.15-34, nov./dez. 2000.

<sup>11</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 116-124.

Nisso, o Ministro Victor Nunes Leal, profundo estudioso do tema, também observou a influência do constitucionalismo norte-americano, mencionando que ao Poder Judiciário cabia o papel de intérprete final da Constituição e que, assim, poderia deixar de aplicar leis inconstitucionais.<sup>12</sup>

Foi dele, ainda, a iniciativa de edição das súmulas do Supremo Tribunal Federal, o que significou notória mudança de paradigma, destacando a relevância da jurisprudência desta Corte. Em artigo sobre esse tema, em comparação ao *restatement of the law* norte-americano, traçou importante análise comparativa, ainda hoje extremamente atual:

É sabido que não são idênticos os sistemas jurídicos dos dois países. Não damos aos precedentes judiciais a mesma força que têm nas nações de origem britânica. E seus juristas, afeiçoados a uma prestigiosa tradição de direito pretoriano, teriam de ser mais hostis do que nós às codificações, princípio de organização do direito a que sempre fomos habituados.

Mas a atenuação progressiva dessa diferença vai assemelhando cada vez mais os problemas judiciais que eles e nós enfrentamos. De uma parte, vai-se ampliando, dia a dia, nos Estados Unidos, a área coberta pela legislação (*statute*); de outra, entre nós, o lento ritmo das codificações não dá vazão à nossa plethora de leis extravagantes, o que transpõe o seu ordenamento sistemático para o plano da jurisprudência. Partimos, assim, de pontos distanciados, mas estamos percorrendo caminhos convergentes, sendo aconselhável a comparação dos métodos que uns e outros vamos imaginando para espantar o pesadelo da sobrecarga judiciária, que nos é comum.<sup>13</sup>

É importante ressaltar que tal esforço gerou frutos. Partindo-se de 1963 até 2003, foram editadas 736 súmulas, em média de 18,4 por ano, o que colaborou, durante tais décadas, para um julgamento mais célere dos recursos perante a Suprema Corte.

Contudo, isso, por si, não foi suficiente. Assim, a considerar o crescente aumento do número de recursos, em 2004 a Emenda Constitucional n. 45 trouxe a ideia das súmulas vinculantes. Entre os seus objetivos buscava-se ainda maior racionalização e coerência do sistema legal, com respeito aos julgamentos realizados pela Suprema Corte. Nesse contexto, de 2007 a 2020, foram editadas aproximadamente 60 súmulas vinculantes. A esse respeito, o Ministro Gilmar Mendes, um dos principais idealizado-

---

<sup>12</sup> LEAL, Victor Nunes. *Problemas de direito público e outros problemas*. Forense: São Paulo, 1960. p. 107-125.

<sup>13</sup> LEAL, Victor Nunes. A súmula do Supremo Tribunal e o restatement of the law dos norte-americanos. *Doutrina e Jurisprudência: revista do Tribunal de Justiça do Distrito Federal*, Brasília, v.1, n.1, p.7-11, jul./dez.1966.

res desse sistema, menciona que também os órgãos da Administração Pública devem estar vinculados ao cumprimento de tais súmulas vinculantes.<sup>14</sup>

Em constante evolução, o sistema de repercussão geral também busca conferir maior celeridade e uniformidade no tratamento de recursos em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal. Além disso, integram um sistema de precedentes também entendimentos firmados no regime de recursos repetitivos, incidentes de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

### **3. O papel do Supremo Tribunal Federal na formação dos precedentes, os impactos socioeconômicos e a necessidade de modulação dos efeitos**

Estabelecidas tais premissas lógicas, o Supremo Tribunal Federal responde, portanto, em determinadas ocasiões, como órgão máximo no estabelecimento dos precedentes no que diz respeito à matéria constitucional. A exemplo do que realiza a Suprema Corte norte-americana na fixação de precedentes, utilizando-se, muitas vezes, da *judicial review*, também o Supremo Tribunal Federal é responsável por tal tarefa.

Tal raciocínio leva a algumas outras conclusões. Na medida em que os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal, a exemplo de outros Tribunais Superiores em matérias que lhes são afetas, orientam todas as demais cortes e juízes em escala nacional, a relevância de tais julgamentos adquire, pois, espectro amplo e extremamente profundo para a sociedade brasileira.

Outro ponto relevante na experiência norte-americana, útil também ao ordenamento brasileiro, é que o processo de formação de jurisprudência, na medida em que envolve, por vezes, a decantação no julgamento de diversos precedentes, com amplo debate por juízes e advogados, em determinadas hipóteses, demanda tempo para que seja realizado. Ao longo dos anos, um mesmo tema pode ser objeto de novos julgamentos, em que serão debatidas outras teses de julgamento, vistas sob outros prismas, com o auxílio, por vezes, da evolução da sociedade, desde questões sociais ou morais, até novas descobertas científicas ou mesmo avanços tecnológicos.

<sup>14</sup> RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo (coords.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 344.

Tais precedentes, alinhavados em grupo no mesmo ou em sentido semelhante, ao longo do tempo, darão norte à própria Corte de origem, na qual foram construídos, bem como a outros hierarquicamente inferiores, refletindo a tendência de julgamento em determinado sentido.

Além disso, na medida do possível, a previsibilidade judiciária, na medida em que tende a ser estável, gera maior segurança jurídica. Tal previsibilidade acaba por servir de parâmetro e critério de avaliação no sucesso na adoção de métodos adequados ou alternativos na resolução de conflitos, encampados, aliás, de forma clara, pelo Judiciário brasileiro com a Resolução n. 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, o Código de Processo Civil/2015, a Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015), entre diversos outros dispositivos legais.

Nesse contexto, devemos reconhecer, muitas vezes, os impactos sociais e econômicos de muitos dos julgamentos realizados pela Suprema Corte. Não raro, e justamente por isso, a Corte busca minimizar ou reduzir determinados possíveis impactos, por meio da modulação dos efeitos em diversos casos, ou seja, modifica a eficácia do julgado, tanto em seu aspecto material – podendo restringir seu alcance – quanto em seu aspecto temporal, a fim de que seu marco inicial se protraia ao longo do tempo, com a fixação de determinada data no futuro, justamente em atenção aos impactos socioeconômicos.

A esse respeito, cabe apontar que o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento das ADIs ns. 2.154 e 2.258, em sessão do Plenário Virtual, de março deste ano. Na ocasião, a Corte assentou a constitucionalidade do art. 27, Lei n. 9.868/1999, o qual dispõe expressamente sobre o mecanismo da modulação:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, 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.

Esse método interpretativo, a nosso ver, é harmônico com o ordenamento jurídico. É dizer, tamanha será o impacto de determinado julgado na sociedade que a Corte não pode se furtar a essas questões. Deve, antes e sempre que possível, buscar o equilíbrio e minimizar possível cenário de insegurança jurídica.

Bem assim, são diversos os casos em que a modulação tem sido adotada pelo Supremo. Provavelmente em razão do elevado número de casos que envolvam possível repetição de indébito ou mesmo cobrança de tributos, é frequente a modulação dos efeitos em questões tributárias, independentemente de o tema ser tratado em controle difuso (como recurso extraordinário) ou mesmo concentrado (como ação direta de inconstitucionalidade); denotando tendência, por vezes, de crescente grau de abstratização no controle difuso. Nesse sentido:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Direito tributário. Emenda Constitucional nº 87/2015. ICMS. Operações e prestações em que haja a destinação de bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS localizado em estado distinto daquele do remetente. Inovação constitucional. Matéria reservada a lei complementar (art. 146, I e III, a e b; e art. 155, § 2º, XII, a, b, c, d e i, da CF/88). Cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta do Convênio ICMS nº 93/15. Inconstitucionalidade. Tratamento tributário diferenciado e favorecido destinado a microempresas e empresas de pequeno porte. Simples Nacional. Matéria reservada a lei complementar (art. 146, III, d, e parágrafo único, da CF/88). Cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/15. Inconstitucionalidade. 1. A EC nº 87/15 criou nova relação jurídico-tributária entre o remetente do bem ou serviço (contribuinte) e o estado de destino nas operações com bens e serviços destinados a consumidor final não contribuinte do ICMS. O imposto incidente nessas operações e prestações, que antes era devido totalmente ao estado de origem, passou a ser dividido entre dois sujeitos ativos, cabendo ao estado de origem o ICMS calculado com base na alíquota interestadual e ao estado de destino, o diferencial entre a alíquota interestadual e sua alíquota interna. 2. Convênio interestadual não pode suprir a ausência de lei complementar disposta sobre obrigação tributária, contribuintes, bases de cálculo/alíquotas e créditos de ICMS nas operações ou prestações interestaduais com consumidor final não contribuinte do imposto, como fizeram as cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta do Convênio ICMS nº 93/15. 3. A cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/15, ao determinar a extensão da sistemática da EC nº 87/2015 aos optantes do Simples Nacional, adentra no campo material de incidência da LC nº 123/06, que estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e às empresas de pequeno porte, à luz do art. 146, inciso III, d, e parágrafo único, da Constituição Federal. 4. Tese fixada para o Tema nº 1.093: “A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais”. 5. Recurso extraordinário provido, assentando-se a invalidade da cobrança do diferencial de alíquota do ICMS, na forma do Convênio nº 93/1, em operação interestadual envolvendo mercadoria destinada a consumidor final não contribuinte. 6. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do convênio questionado, de modo que a decisão produza efeitos, quanto à cláusula nona, desde a data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF e, quanto às cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta, a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste julgamento (2022), aplicando-se a mesma solução em relação às respectivas leis dos estados e do Distrito Federal, para as quais a decisão deverá produzir efeitos a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste julgamento (2022), exceto no que diz respeito às normas legais que versarem sobre a cláusula nona do Convênio ICMS

nº 93/15, cujos efeitos deverão retroagir à data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF. Ficam ressalvadas da modulação as ações judiciais em curso. (RE n. 1287019, Redator para o acórdão, Min. Dias Toffoli, j. 24/02/2021).

No caso em tela, foi clara a preocupação com o impacto tributário no julgamento do precedente, que poderia ter prejudicado a população ou a própria necessidade de arrecadação tributária, pela Administração Pública. Bem assim, a Corte modulou os efeitos do julgado, restringindo o alcance de sua eficácia, e ressalvou as ações judiciais em curso. Esse foi um exemplo no qual o Supremo Tribunal Federal buscou mitigar possível cenário de insegurança jurídica, ao restringir, no âmbito material, a eficácia do julgado, o que, caso contrário, poderia gerar provável impacto econômico negativo.

#### 4. Conclusões

É interessante notar que o constitucionalismo norte-americano, mormente após a Segunda Guerra Mundial, influenciou diversas democracias ao redor do mundo, com o estabelecimento de Constituições escritas, criação de Supremas Cortes, mecanismos idênticos (ou ao menos bastante semelhantes) à *judicial review*, e previsão de uma carta de direitos fundamentais, entre outras características.

No Brasil, essa influência já havia se feito sentir desde o Século XIX, com a Constituição de 1891. E, sem dúvidas, após a Segunda Guerra Mundial, também houve um segundo e importante momento de influência dessa espécie de constitucionalismo com a Constituição da República de 1988.

O fato é que, independentemente de se tratar de países com origens de famílias distintas, de *Civil* ou de *Common Law*, o Supremo Tribunal Federal, a exemplo da Suprema Corte norte-americana, é fundamental na definição da Constituição da República, possuindo enorme relevância na criação de precedentes, cujos julgamentos poderão, sobremaneira, gerar fortes impactos socioeconômicos no país. Daí a relevância da modulação dos efeitos em muitos de seus julgamentos, haja vista a necessidade de preservação dos altos valores constitucionais em jogo, os quais, na maioria das vezes, dirão respeito a direitos e garantias fundamentais.

Os 35 anos de nossa fundamental Constituição cidadã devem, assim, ser comemorados por todos; grandes conquistas já foram realizadas e muitas ainda ocorrerão, com a contínua necessidade de aperfeiçoamento. Exemplo de qualidade, a Constituição

de 1891, fruto de Rui Barbosa, lançou muitas das bases e estruturas legais, imprescindíveis para o florescimento do país que temos hoje, como a Separação dos três Poderes, em sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), a criação desta Suprema Corte e um rol de direitos e garantias fundamentais (uma espécie de *bill of rights*). É importante ainda ressaltar que, das Constituições que o país já teve, talvez apenas a de 1988 possa se equiparar à de 1891, em termos de inovação, pois ela (a de 1988) também absorveu muitos conceitos inovadores. Nesse ponto, a Constituição de 1988 é, ainda, jovem.

Portanto, aí há um longo futuro a ser trilhado, em árdua tarefa desta Corte na definição e na defesa desta Magna Carta e dos valores nela protegidos, como o Estado de Direito (*Rule of Law*) e os direitos e garantias fundamentais, valores essenciais para a sociedade, não só no Brasil, como no mundo.



# A ESSENCIALIDADE DA ADVOCACIA PÚBLICA PARA A JUSTIÇA E PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

ANDRÉ LUIZ DE ALMEIDA MENDONÇA<sup>1</sup>

## 1. Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil comemora, em outubro de 2023, 35 anos de vigência. Três décadas e meia se completam desde a formalização do Pacto Político fundamental que consagrou, no advento da Assembleia Nacional Constituinte, a inequívoca escolha de se construir um Estado Democrático de Direito compatível com as mais profundas e legítimas aspirações do povo brasileiro.

A efeméride é propícia para a realização tanto de balanços como de mapeamento dos desafios que se colocam na contemporaneidade, mesmo porque o Direito, enquanto fenômeno humano — vivo e dinâmico —, deve, observadas certas balizas, acompanhar as céleres transformações por que vem passando a sociedade brasileira, no transcurso já de quase um quarto do século XXI, em que, a cada instante, surgem novas e complexas pautas.

Uma das inovações institucionais projetadas na Carta de 1988 é a Advocacia Pública. Constituída como Função Essencial à Justiça — ao lado do Ministério Público, da Advocacia privada e da Defensoria Pública —, está constitucionalmente regulada nos artigos 131 e 132 da Constituição Federal. Trata-se de instituição dotada do *status* constitucional de essencialidade, que, ao longo destes 35 anos, alcançou protagonismo e posição jurídico-institucional de primeiríssima grandeza na vida do país.

Enfatiza-se o posicionamento topológico da Advocacia Pública no Texto Constitucional. Mais do que significativo, é emblemático, porquanto sinaliza toda a sua relevância político-institucional, na medida em que ganhou *locus* próprio (Seção II) dentro do compartimento que disciplina as Funções Essenciais à Justiça (Capítulo IV), o qual, por sua vez, foi inserido no espaço reservado à tradicional Organização dos Poderes

<sup>1</sup> Ministro do Supremo Tribunal Federal.

(Título IV). É dizer: a Advocacia Pública encontra-se radicada, de modo permanente e com a mesma dignidade constitucional dos Poderes da República, na própria estrutura orgânico-constitutiva do Estado brasileiro.

Nesse contexto, o presente artigo, que integra oportuna e elogiável iniciativa promovida pela eminente Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Rosa Weber, à guisa da comemoração dos 35 anos da Constituição Federal de 1988, visa a rememorar alguns aspectos que caracterizam o impressionante crescimento da Advocacia Pública nesse período, bem assim pontuar algumas considerações para o seu aprimoramento institucional no decorrer do presente século. As abordagens ora trazidas, em larga medida, e por natural, refletem a experiência vivenciada ao longo de mais de vinte e um anos como membro da Advocacia-Geral da União, missão de vida profissional que escolhi —até que, pelos insondáveis desígnios divinos, por outra viesse a ser escolhido.

## 2. A Advocacia Pública de 1988 a 2023: da efetivação à exitosa consolidação

É oportuno fazer um registro histórico sobre a gênese da Advocacia Pública *nos moldes inovadores* da Constituição de 1988. Embora as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Estado, bem assim a sua representação judicial, em especial no âmbito da União, sejam bem anteriores ao advento da Carta Magna vigente, havia, em relação às primeiras, pouca atenção, muita fragmentação e, portanto, deficiência e falta de uniformidade na atuação. Quanto à segunda, cabia ao Ministério Público, não raras vezes em confronto com as suas próprias atribuições institucionais, promover a defesa do ente público perante o Poder Judiciário.

Adicione-se outro fator histórico de alto impacto, verificado nas primeiras décadas do século XX em boa parte do mundo: o Estado liberal, até então limitado a pouquíssimas atuações positivas, passa a se incumbir de um crescente conjunto de atribuições prestacionais, no contexto do que a doutrina especializada iria chamar *constitutionalismo social* — entre nós, notadamente a partir da Constituição de 1934 —, o que agravou sobremaneira a disfuncionalidade do modelo enxuto de advocacia estatal adotado pós advento da República<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Sobre essa trajetória histórica, confira-se PANOEIRO, Cláudio de Castro; PANOEIRO, Jeane A. Esteves; RODRIGUES, Rafaella Ramalho. Atuação pró-ativa da Fazenda Pública no combate à improbidade administrativa. In: GUEDES, Jefferson Carús e SOUZA, Luciane Moessa (coords.). Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 633-635.

É a partir da Constituição de 1988, portanto, que essa nova configuração da Advocacia Pública, sobretudo no âmbito federal, ganha identidade e contornos próprios. Daí se segue a necessidade de que, primeiramente, houvesse a sua efetivação — o que, na esfera federal, somente ocorreria cinco anos depois, com a edição da Lei Complementar nº 73/1993 — e, na sequência, sua consolidação. Olhando retrospectivamente, ainda que em meio a inúmeros percalços, momentos alternados de euforia e desalento, idas e vindas, a missão foi cumprida com total sucesso.

Seria necessário um espaço bem maior para promover um balanço criterioso destes 35 anos de atuação da Advocacia Pública, quer no âmbito da União, quer das 27 Unidades da Federação, para não falar da evolução certamente verificável em diversos Municípios, notadamente os de maior porte. Na impossibilidade de fazê-lo neste artigo, importa pontuar três aspectos assumidos pela Advocacia Pública ao longo deste período que considero de grande relevância. Ao tempo em que comprovam o acerto do desenho institucional projetado pelo constituinte de 1988, tais aspectos demonstram a imprescindibilidade dessa que é, verdadeiramente, uma função essencial não somente à prestação jurisdicional, mas à própria manutenção e consolidação do Estado Democrático de Direito.

A referida ampliação da atividade prestacional do Poder Público, com a assunção explícita de inúmeras obrigações positivas em áreas como saúde, educação, previdência, assistência, segurança pública etc., trouxe consigo uma inexorável *preocupação jurídica*. Isso porque qualquer política pública somente pode ser cogitada e levada a efeito, desde o planejamento inicial até sua ultimação, na mais absoluta conformidade com a Constituição e as leis do país. Esse dever torna imprescindível a atividade de consultoria e o assessoramento jurídico da atuação estatal, notadamente para as ações do Poder Executivo de todos os níveis da Federação.

Assim, tenho, como primeiro aspecto a ser destacado, o vertiginoso e impressionante crescimento da Advocacia Pública brasileira — quer sob uma perspectiva quantitativa e estrutural, quer, sobretudo, sob a ótica qualitativa de seus membros e da sua atuação. Sem a aquisição dessa envergadura, grande parte das ações do Poder Público ficariam gravemente comprometidas, notadamente aquelas de maior vulto e impactos social e financeiro, necessárias para dar concretude aos direitos previstos na Carta Fundamental de 1988. Nenhum gestor público minimamente sensato pode se permitir tomar decisões importantes à revelia das recomendações emanadas da sua assessoria jurídica. Em última análise, a principal entrega, por assim dizer, senão a própria razão

de ser da Advocacia Pública, consiste em fornecer *segurança jurídica* ao gestor e à Administração.

Além da ampliação dos serviços estatais, a necessidade de fortalecer a Advocacia Pública decorreu do notório aumento da litigiosidade verificado após a promulgação da Constituição de 1988, no contexto do fenômeno que se convencionou denominar *judicialização da vida*<sup>3</sup>. Nos dias que correm, sobretudo no âmbito da vida pública, permeada por disputas políticas próprias de uma democracia pluripartidária, litiga-se por quase tudo no Brasil — às vezes até por nada —, o que demanda, evidentemente, uma Advocacia Pública robusta, atenta e atuante.

Um segundo aspecto a merecer registro, decorrente do próprio incremento estrutural e qualitativo das procuradorias estatais, é o binômio *capilaridade-transversalidade* que marca a atuação institucional dos advogados públicos. Nesse ponto, aliás, foi de grande acerto a criação da Procuradoria-Geral Federal, por meio da Lei nº 10.480/2002, vertebrando, de modo racional, otimizado e uniforme, a defesa jurídica das centenas de autarquias e fundações públicas federais, preservadas suas singularidades, com evidentes ganhos de qualidade na atuação. O modelo vigente de funcionamento da Advocacia Pública Federal, que disponibiliza a cada órgão e entidade da Administração um “braço” do sistema AGU, viabiliza a tomada de decisões com base na visão integral (do todo) e integrada (das partes), o que é primordial não só para os dirigentes da Instituição, mas também para as autoridades assessoradas, que, disposta dessa ampla radiografia, poderão tomar decisões ou construir soluções mais abrangentes, completas e, portanto, potencialmente mais consentâneas com o interesse público.

Exemplo prático ilustra esse ponto. Em 2019, sob a nossa gestão, a Advocacia-Geral da União criou duas Forças-Tarefas que, na aparência, tratariam de temas bem distintos: uma para atuar especificamente na proteção da Amazônia Legal<sup>4</sup>, com a designação de membros exclusivamente voltados para a propositura de ações contra ilícitos ambientais; e outra para o acompanhamento das obras de infraestrutura<sup>5</sup>,

---

<sup>3</sup> Para melhor contextualização, conferir CAMPOS MELLO, Patrícia Campos Perrone. A judicialização da vida na visão do ministro Luís Roberto Barroso. **Consultor Jurídico**. Brasília, 11 dez. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-11/patricia-perrone-judicializacao-vida-visao-roberto-barroso>. Acesso em: 19 jul. 2023.

<sup>4</sup> BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Portaria nº 469, de 24 de setembro de 2019**. Brasília, DF: Advocacia-Geral da União, [2019]. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-469-de-24-de-setembro-de-2019-218017859>. Acesso em: 24 ago. 2023.

<sup>5</sup> BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Portaria nº 319, de 13 de junho de 2019**. l. Brasília DF: Advocacia-Geral da União, [2019]. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-319-de-13-de-junho-de-2019-163602641>. Acesso em: 24 ago. 2023.

dando seguimento a iniciativas anteriores similares, para o monitoramento e a defesa jurídica das concessões de portos, rodovias, ferrovias e aeroportos. Além da transversalidade temática, a criação dessas duas equipes, supervisionadas diretamente pelo Gabinete do Advogado-Geral, simbolizou também a perfeita possibilidade de harmonizar a devida proteção ao meio ambiente com o necessário desenvolvimento econômico e social do país.

Como terceiro e último aspecto a ser celebrado neste breve balanço, consigno a importantíssima atuação da Advocacia Pública no fomento de políticas alternativas de resolução de conflitos, tendência irrefreável dos tempos hodiernos<sup>6</sup>. Em razão do limitado espaço, limito-me a citar, na esfera federal, a criação da Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Federal (CCAF), em 2007, por iniciativa do então Advogado-Geral da União, Ministro Dias Toffoli. Desde então, inúmeros litígios foram solucionados com a intermediação da CCAF, como, por exemplo, a recente autocomposição entre União e Município de São Paulo envolvendo o conhecido caso Campo de Marte, que, em 2022, pôs termo a uma disputa judicial que se arrastava desde 1958, ou seja, há mais de seis décadas.

Em suma, sabendo que muitos outros feitos poderiam ser agregados neste espaço, inclusive das Procuradorias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, certo é que a Advocacia Pública brasileira concretizou, com inteiro louvor, a essencialidade que lhe fora dada pelo constituinte de 1988, tornando-se, assim, materialmente imprescindível para a boa governança do Estado federativo brasileiro.

### **3. A Advocacia Pública do século XXI: notas para o aprimoramento e consolidação da sua essencialidade à Justiça e à Democracia**

O balanço inegavelmente positivo da Advocacia Pública ao longo dos 35 anos desde a promulgação da Constituição Federal, muito sinteticamente exposto acima, não prescinde da reflexão prognóstica sobre os rumos que devem ser continuados ou mesmo descortinados por seus membros e dirigentes. Afinal, mesmo com os avanços verificados nesse período, o Brasil, para a maior parte do seu povo, ainda se encontra muito distante de cumprir o mínimo do programa pactuado em 1988.

<sup>6</sup> Sobre o tema, conferir MOURA, Grégore Moreira de. Conciliação e advocacia pública: o protagonismo da AGU na resolução de conflitos. **Anafe**. Brasília, 29 mar. 2021. Disponível em <https://anafe.org.br/conciliacao-e-advocacia-publica-o-protagonismo-da-agu-na-resolucao-de-conflitos/>. Acesso em: 19 jul. 2023.

Dentro dessa perspectiva, e sem a pretensão de exaurir as muitas possibilidades de aperfeiçoamento da atuação da Advocacia Pública, permito-me compartilhar três apontamentos que repto de grande relevância para a consolidação e o avanço institucional dessa Função Essencial à Justiça e ao Estado.

Em primeiro lugar, tratando de modo mais específico da atividade consultiva e de assessoramento jurídico das autoridades administrativas e dos órgãos do Poder Executivo, é muito importante, máxime em tempos de acirramento político e polarização social, que a Advocacia Pública mantenha postura de total deferência às escolhas democráticas periodicamente manifestadas nas urnas, distinguindo bem as valorações pessoais de cada membro da atuação institucional. Ainda que cada integrante, cidadão que é, tenha suas preferências partidárias ou ideológicas, a Instituição não é — e nem pode ser — protagonista nos embates políticos próprios da democracia, até porque, assentados o pluripartidarismo e a constante alternância de poder, nenhuma Instituição pode ser instrumentalizada pelo governante de turno.

Essa importante atenção, porém, não se confunde nem deve impedir o exercício legítimo das atribuições e dos deveres que a Advocacia Pública tem, seja na União, nos Estados, no Distrito Federal ou nos Municípios, no sentido de promover a melhor conformação jurídica possível aos *programas eleitorais escolhidos pela maioria dos eleitores*. Se, por um lado, não cabe ao advogado público participar da arena política nem escolher qual a política pública a ser implementada; por outro, é seu dever, sim, formatá-la e conformá-la aos ditames constitucionais e legais, proporcionando a sua efetivação com segurança jurídica. Em outras palavras, no exercício das suas atribuições, a Advocacia Pública não deve nem ir *além*, adentrando no mérito da escolha política legitimada nas urnas, mas também não pode ficar *aquém*, omitindo-se do seu dever de adequar a proposta do gestor ao ordenamento jurídico vigente. No limite, o advogado público pode sugerir a mudança das leis ou até da Constituição — respeitadas, obviamente, as cláusulas pétreas —, cabendo à autoridade política decidir. Mas não pode deixar de cumprir a missão institucional de viabilizar juridicamente os governos democraticamente eleitos, independentemente da sua coloração partidário-ideológica.

Em segundo lugar, agora sobre a atividade jurídico-contenciosa, os integrantes da Advocacia Pública necessitam manter íntegro, em suas postulações ao Poder Judiciário, o inarredável compromisso com a *verdade factual*, elemento ético inegociável da processualística litigiosa — dever jurídico, aliás, de todos os que atuam no sistema de Justiça. Por mais assertiva que possa ou deva ser a defesa da tese jurídica, não se pode esquecer do conhecido axioma *juri novit curia*. O que o juiz nem sempre conhece são

os fatos, sendo dever do advogado expô-los com absoluta fidedignidade, ainda que, no âmbito da advocacia pública, em razão da natureza impessoal do ente ou órgão representado, por vezes, haja maior obstáculo para a coleta tempestiva e acurada desses subsídios.

Nesse mesmo diapasão, a deferência aos fatos deve se estender às decisões definitivas do Poder Judiciário, máxime aquelas tomadas pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, verificada eventual derrota da tese de interesse da Administração, sem perspectiva razoável de reversão, cumpre à Advocacia Pública contribuir para a “deseternização” dos litígios, inclusive pela imediata adoção da dispensa interna de recursos, colaborando para a estabilização da jurisprudência e o incremento da celeridade, economia e segurança jurídica. Essa prática, diga-se, já há muito vem sendo adotada no âmbito da Advocacia Pública Federal, com grande economia de recursos.

Por fim, cumpre anotar que as transformações de toda ordem que caracterizam o século XXI demandam que o membro da Advocacia Pública seja um verdadeiro *construtor de soluções*. Já vai longe a época em que o papel do advogado público, acomodado em sua sala, se resumia a repetir petições ou pareceres padronizados, atividade, aliás, que o desenvolvimento tecnológico, com suas ferramentas de inteligência artificial, já está se encarregando de suprir. Para os tempos que correm, e cada vez mais, o advogado público que se queira exitoso deve cultivar o aprendizado contínuo, a proatividade, a inovação e a criatividade, sem deixar de observar, antes de tudo, o irrestrito comprometimento ético no exercício das suas funções.

#### 4. Conclusão

Passados 35 anos da Constituição Federal, a essencialidade da Advocacia Pública não se limita à prestação da Justiça. Cuida-se, na verdade, de Função Essencial ao próprio Estado Democrático de Direito, por quanto é nula a chance de haver viabilidade jurídica de qualquer governo — federal, estadual, distrital ou municipal — sem o amparo de uma Advocacia Pública estruturada e atuante. Ao longo desse período, a Advocacia Pública brasileira evoluiu a olhos vistos, contribuindo decisivamente para a consolidação de um Estado *servidor*, ainda que persistam, pela confluência de diversos motivos, inúmeros pontos de aprimoramento necessários para a concretização dos objetivos fundamentais da República.

O Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa Michaelis contém três significados comumente associados ao termo “essencial”: *“1 Que constitui a parte necessária de algo; indispensável. 2 Que existe como parte inerente de algo ou de alguém. 3 Que é a parte mais importante em alguma coisa; fundamental.”*<sup>7</sup>. Essas três acepções fornecem a moldura semântica do vocábulo e estão inteiramente alinhadas ao perfil da Advocacia Pública brasileira na Constituição de 1988: *necessidade, fundamentalidade e inerência*.

Dessa forma, não se trata apenas de uma atividade formalmente prevista como *essencial* pelo constituinte de 1988. Trata-se de Função materialmente necessária e fundamental para a efetivação da Justiça e, acima de tudo, de parte integrante, inerente, constitutiva do próprio Estado Democrático de Direito. Sem a Advocacia Pública, estariam comprometidas a Justiça e a Democracia.

## Referências bibliográficas

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Portaria nº 319**, de 13 de junho de 2019. 1. Brasília DF: Advocacia-Geral da União, [2019]. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-319-de-13-de-junho-de-2019-163602641>. Acesso em: 24 ago. 2023.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Portaria nº 469**, de 24 de setembro de 2019. Brasília, DF: Advocacia-Geral da União, [2019]. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-469-de-24-de-setembro-de-2019-218017859>. Acesso em: 24 ago. 2023.

CAMPOS MELLO, Patrícia Campos Perrone. A judicialização da vida na visão do ministro Luís Roberto Barroso. **Consultor Jurídico**. Brasília, 11 dez. 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-dez-11/patricia-perrone-judicializacao-vida-visao-roberto-barroso> Acesso em: 19 jul. 2023.

MICHAELIS: moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, [s.d.]. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/portugu%C3%AAs>. Acesso em 19 jul. 2023.

---

<sup>7</sup> ESSENCIAL. In: MICHAELIS: moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, [s.d.]. Disponível em <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/essencial/>. Acesso em: 19 jul. 2023.

MOURA, Grégore Moreira de. Conciliação e advocacia pública: o protagonismo da AGU na resolução de conflitos. *Anafe*. Brasília, 29 mar. 2021. Disponível em <https://anafe.org.br/conciliacao-e-advocacia-publica-o-protagonismo-da-agu-na-resolucao-de-conflitos/> Acesso em: 19 jul. 2023.

PANOEIRO, Cláudio de Castro; PANOEIRO, Jeane A. Esteves; e RODRIGUES, Rafaella Ramalho. Atuação pró-ativa da Fazenda Pública no combate à improbidade administrativa. In: GUEDES, Jefferson Carús e SOUZA, Luciane Moessa (coords.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.



## O DIREITO À IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ DE 1988: AVANÇOS NA CONSTRUÇÃO JURÍDICA DO PRINCÍPIO DE QUE “TODOS SÃO IGUAIS PERANTE A LEI”

CRISTIANO ZANIN MARTINS<sup>1</sup>

A igualdade, consagrada no art. 5º, *caput*, da Constituição de 1988, é um direito fundamental e humano, bem como princípio que deve fundamentar a elaboração, a interpretação e a aplicação das leis. Trata-se de valor vinculado à ideia de que todas as pessoas são iguais, intrínseco à própria noção de democracia e Justiça, e indissociável à proteção da dignidade humana.

De origem na tradição clássica liberal, especialmente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e na Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 1776, a igualdade se fundamenta na ideia de que ao Estado não é dado fazer qualquer distinção entre aqueles que se encontram sob seu abrigo.

Nos séculos subsequentes, o referido direito encontrou respaldo em diversos tratados e convenções – *v.g.* a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948 (art. VII); o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966 (art. 26); e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969 (art. 24).

No Brasil, a Constituição Imperial de 1824 fez asserção, no art. 179, XIII, à igualdade no sentido jurídico-formal, ou seja, a igualdade perante a lei (também denominada de isonomia).<sup>2</sup> Nessa época, o alcance da norma era bastante limitado, já que o voto era censitário e o País foi o último a abolir a escravidão no Ocidente, em 13 de maio de 1888<sup>3</sup>. Nos textos constitucionais seguintes, tal disposição foi mantida, a exemplo da Constituição de 1891 (art. 72, § 2º), das Constituições de 1934 e 1937 (arts. 113, n. 1, e art. 122, § 1º, respectivamente), da Constituição de 1946 (art. 141, § 1º) e da Constituição de 1967 (art. 153, § 1º).

<sup>1</sup> Ministro do Supremo Tribunal Federal.

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 474.

<sup>3</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Edus, 2021.

Durante esse período, prévio à Constituição de 1988, o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) refletia, ainda de forma incipiente, a perspectiva formalista do conteúdo do princípio da igualdade que predominava até então.<sup>4</sup> Um exemplo dessa tendência é o RE 9.069-47/SC, que, ao analisar a capacidade passiva testamentária do filho ilegítimo, afirmou não ser possível equiparar este aos filhos naturais, não havendo discussão concernente à igualdade material.<sup>5</sup>

A Carta Cidadã de 1988, por sua vez, alargou, de forma significativa, direitos e garantias no Brasil, constituindo um verdadeiro marco na evolução interpretativa do princípio da igualdade. Entre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito, está o princípio de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, *caput*).

Entende-se, portanto, que o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia.<sup>6</sup> Nos ensinamentos de Tércio Sampaio Ferraz, o art. 5º da CF/1988 “generaliza uma aspiração que alcança as desigualdades de fato: a igualdade tomada não apenas como condição para o exercício das liberdades fundamentais (isonomia), mas como equalização de possibilidades na realização econômica e social”<sup>7</sup>.

Nesse contexto, o legislador constituinte originário também incluiu entre os objetivos fundamentais da República a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III) e a promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV). Ainda, afirma que as relações internacionais do país devem ser regidas pelo princípio do repúdio ao racismo (art. 4º, VIII). No mais, o art. 5º garante a igualdade perante a lei e estabelece, de forma explícita, que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (inciso I), que a crença religiosa ou convicção filosófica não podem ser motivos para privar alguém de direitos (inciso VIII) e que a lei irá punir a discriminação que viole direitos e liberdades fundamentais (inciso XLI).

<sup>4</sup> RAUPP, Roger. O princípio da igualdade na jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal**: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 292 e ss.

<sup>5</sup> STF, RE 9069-47/SC, Rel. Min. Orosimbo Nonato, Plenário, julgamento em 11/04/1947. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=116510>. Acesso em 4 de julho de 2023.

<sup>6</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 9.

<sup>7</sup> FERRAZ, Tércio Sampaio. A desigualdade econômica e a isonomia: uma reflexão sobre os perfis das desigualdades. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 1, p. 31-49, jan./abr. 2020. p. 44.

Outros dispositivos da Lei Maior ainda proíbem a discriminação no mercado de trabalho (art. 7º, XX e XXXI), estabelecem idades diferentes de aposentadoria entre homens e mulheres (art. 201, § 7º, I e II), protegem manifestações culturais populares, indígenas e afro-brasileiras (art. 215, § 1º), reconhecem as tradições e organizações indígenas (art. 231), garantem a especial proteção para crianças e adolescentes (art. 227) e para pessoas idosas (art. 230), prestigiam o princípio da capacidade contributiva (art. 145, § 1º), bem como os direitos universais à saúde, à educação e à justiça social com objetivo das ordens econômica e social (arts. 170, 193, 196 e 205).

A toda evidência, o texto constitucional não se ateve a proclamar o princípio da isonomia no plano formal, mas buscou emprestar a máxima concreção a esse importante postulado, de forma a assegurar a igualdade de oportunidades a todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no País, a qual, na tradição constitucional brasileira, costuma ser chamada de igualdade material ou substancial, considerando as diferenças que os distinguem por razões naturais, sociais, econômicas ou culturais, além de atentar, de modo especial, para as desigualdades fáticas entre os distintos grupos sociais.

Importante destacar que a superação de uma perspectiva meramente formal da igualdade integra o próprio conceito de democracia, regime no qual, segundo Boaventura de Sousa Santos, “temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”<sup>8</sup>.

Nesse sentido, homenageia-se a máxima aristotélica de que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, conforme prelecionou Rui Barbosa: “a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira igualdade”<sup>9</sup>, já que “tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”.<sup>10</sup>

Dalmo de Abreu Dallari, nessa mesma linha, adverte que a ideia de democracia exige a superação de um entendimento mecânico e estratificado da igualdade, esclarecendo o

<sup>8</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa Santos (org.). **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 56.

<sup>9</sup> BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 19.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

quanto segue: “o que não se admite é a desigualdade no ponto de partida, que assegura tudo a alguns, desde a melhor condição econômica até o melhor preparo intelectual, negando tudo a outros, mantendo os primeiros em situação de privilégio, mesmo que sejam socialmente inúteis ou negativos”<sup>11</sup>.

Outrossim, a Constituição de 1988, ao assegurar a igualdade de oportunidades, permite superar as desigualdades que ocorrem na realidade fática, mediante uma intervenção estatal determinada e consistente para corrigi-las, o que, nas palavras de John Rawls, dá-se por meio da aplicação da denominada “justiça distributiva”<sup>12</sup>.

Consoante leciona Gomes Canotilho, “embora a ideia de justiça compreenda diversas esferas, nela está sempre presente (embora com ela não se identifique), uma ideia de igualdade: ‘direito a ser considerado como um igual (Rawls), ‘direito a ser titular de igual respeito e consideração’ (Dworkin), ‘direito a iguais atribuições na comunicação política’ (Ackerman e Habermas)”.<sup>13</sup>

Com a ampliação da noção de igualdade garantida pela Carta Política de 1988, José Reinaldo de Lima Lopes assevera que “o princípio de ação que determina tratar casos iguais de forma igual mantém-se como regra racional, mas seu conteúdo é preenchido de forma nova. Naturalmente o resultado do juízo a respeito de certos casos será completamente novo”<sup>14</sup>. Logo, é consequência natural das inovações trazidas em 1988 o aperfeiçoamento da justiciabilidade do princípio da igualdade na Corte Constitucional brasileira.

Tal assertiva é ilustrada pelos paradigmáticos julgamentos da ADPF 186/DF<sup>15</sup> e do RE 597.285/RS (Tema 203 de Repercussão Geral)<sup>16</sup>, ambos de relatoria do meu antecessor, o Ministro Ricardo Lewandowski, que decidiram pela constitucionalidade da política de ações afirmativas baseadas em critérios étnico-raciais no ensino superior público.

<sup>11</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 309.

<sup>12</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 3.

<sup>13</sup> CANOTILHO, Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 245.

<sup>14</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. 1. ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 139.

<sup>15</sup> STF, ADPF 186, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, julgamento em 26/4/2012, DJe 18/3/2014.

<sup>16</sup> STF, RE 597.285/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, julgamento em 9/5/2012, DJe 18/3/2014.

Em seu celebrado voto, o relator assenta o seguinte:

O sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (cotas) [...] não contraria – ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no *caput* do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

Além disso, na ADI 3.330/DF<sup>17</sup>, de relatoria do Ministro Ayres Britto, a Corte julgou constitucional a Lei 11.906/2005, que instituiu o Programa Universidade para Todos (ProUni). O relator em seu voto afirma que “[n]ão há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade. O desvalor da desigualdade a proceder e justificar a imposição do valor da igualdade”.

A ADC 41/DF<sup>18</sup>, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, também tratou de tema semelhante ao confirmar a constitucionalidade da regra estabelecida pelo art. 1º da Lei 12.990/2014, segundo a qual são reservadas aos negros 20% das vagas oferecidas em concursos públicos, julgada em 2017. No voto condutor do acórdão, o relator indica que “a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia”. Complementa que “ela se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente”.

Esses casos trataram da tensão entre a proteção da igualdade formal e a efetivação da igualdade material ou substancial e consolidaram o entendimento do STF no sentido de que a interpretação da norma que garante a igualdade de todos perante a lei deve promover também a igualdade de oportunidades.

Entre outros temas julgados pela Suprema Corte que avançaram nessa discussão têm-se as ações que tratam da constitucionalidade da união estável para casais de pessoas do mesmo sexo (ADI 4.277/DF e ADPF 132/DF, Rel. Min. Ayres Britto)<sup>19</sup>, da

<sup>17</sup> STF, ADI 3.330/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Plenário, julgamento 3/5/2012, DJe 22/3/2013.

<sup>18</sup> STF, ADC 41, Rel. Min. Roberto Barroso, Plenário, julgamento 8/6/2017, DJe 17/8/2017.

<sup>19</sup> STF, ADI 4.277/DF e ADPF 132/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Plenário, julgamento 5/5/2011, DJe 14/10/2011.

possibilidade de alteração, sem necessidade de autorização judicial, de nome nos registros civis (ADI 4.275/DF, Min. Marco Aurélio, Redator do Acórdão Min. Edson Fachin)<sup>20</sup>, da constitucionalidade da cláusula de contrato de previdência complementar que prevê regras distintas entre homens e mulheres (RE 639.138/RS, Tema 452 de Repercussão Geral, Rel. Min. Gilmar Mendes, Redator do Acórdão Min. Edson Fachin)<sup>21</sup>.

A despeito dos avanços mencionados na jurisprudência do STF, cabe importante ressalva no sentido de que a busca pela igualdade material preconizada pelo Texto Constitucional, sem negar eficácia a outras garantias e normas constitucionais, consubstancia um desafio constante. De tal modo, pode-se afirmar, com fulcro em Celso Antônio Bandeira de Mello:

que as discriminações são recebidas como *compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição* (grifos no original)<sup>22</sup>.

Portanto, a busca pela efetivação do princípio da igualdade material deve ser realizada tendo como parâmetro o respeito aos múltiplos valores consagrados pela Lei Maior. Embora o desafio não seja simples, somente assim será possível avançar ainda mais na árdua e necessária tarefa de concretização dos direitos fundamentais.

De tudo se conclui que a Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova construção jurídica do princípio da igualdade, não apenas no sentido formal, mas preocupada com a realidade fática, a fim de atender as garantias fundamentais e estabelecer a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais. Essa evolução é também evidenciada pelos importantes julgados do Supremo Tribunal Federal que, ao interpretarem o direto à igualdade, reconheceram sua relevância para promoção do Estado Democrático de Direito e da própria noção de Justiça.

<sup>20</sup> STF, ADI 4.275/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator do Acórdão Min. Edson Fachin, Plenário, julgamento 1/3/2018, DJe 7/3/2019.

<sup>21</sup> STF, RE 639.138/RS, Tema 452 de Repercussão Geral, Rel. Min. Gilmar Mendes, Redator do Acórdão Min. Edson Fachin, Plenário, julgamento 18/8/2020, DJe 16/10/2020.

<sup>22</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 17.

## EMENDA À CONSTITUIÇÃO E NORMAS FUNDAMENTAIS

JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA<sup>1</sup>

Significativa questão concernente aos direitos fundamentais exsurge do exercício do poder constituinte instituído pelo Congresso Nacional e do controle de sua constitucionalidade.

Com efeito, em face da Constituição de 1988, exaurida a eficácia do art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com a edição das seis emendas aprovadas pelo Congresso Nacional, segundo o procedimento no dispositivo previsto e a disciplina adotada pelo órgão revisor, sujeitam-se eventuais novas mudanças no texto da Lei Maior à iniciativa e ao processo consignados em seu art. 60 e parágrafos 2º e 3º, bem assim aos limites materiais, circunstanciais e temporais dos parágrafos 4º, 1º e 5º do aludido artigo, ao preceituarem:

“§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I – a forma federativa de Estado;
- II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III – a separação dos Poderes;
- IV – os direitos e garantias individuais.”

“§1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.”

“§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada, não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.”

Não autorizada, de expresso, **a revisão total** do Estatuto Magno de 1988 e conferido pelo constituinte originário caráter de imutabilidade, quanto a determinados princípios ou preceitos, que se hão de considerar como fundamentais à ordem constitucional estabelecida, a obra do constituinte derivado deve respeito aos limites traçados pela Constituição.

<sup>1</sup> Ministro aposentado do Supermo Tribunal Federal.

Nessa linha, possível seria indicar, *ad exempla*, normas que, desde logo, definam conteúdo imutável da Constituição, tais como, o art. 2º quanto à separação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário; o art. 5º, quando define “direitos e garantias individuais”; o art. 14º, ao prever o sufrágio universal, o voto direto e secreto; e o art. 1º, ao consignar a forma federativa do Estado brasileiro.

Em tal plano de considerações, parece acolhível a assertiva segundo a qual não cabe ser objeto de deliberação emenda pretendendo introduzir a monarquia ou parlamentarismo, eis que o constituinte originário decidiu submeter a plebiscito a forma e sistema de governo, para que o perfil do Estado Democrático de Direito, previsto no art. 1º da Constituição, se tornasse definitivo. Ora, por força dos resultados do plebiscito de 21 de abril de 1993 a que alude o art. 2º do Ato das Disposições Transitórias, os princípios republicano e presidencialista tornaram-se definitivos na caracterização da forma e sistema de governo do Estado federal brasileiro. A separação dos Poderes, própria do sistema presidencial, como cláusula pétreia (CF, art. 60, § 4º, III), por igual, é, pois, ponto insubstituível do sistema constitucional diante do resultado do plebiscito, com a expressão que lhe confere o art. 2º da Lei Magna, ao preceituar: “Art. 2º São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”.

Neste breve aceno a dispositivos que dizem com conteúdos imutáveis da Lei Magna, não caberá, entretanto, desconsiderar, por sua relevância, a controvérsia acerca da repercussão do parágrafo 2º do art. 5º da Constituição, no âmbito do art. 60, § 4º, IV, visto que, nele, está prescrito 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”. Escreveu, no particular, o professor Oscar Vilhena Vieira, referindo-se à extensão do limite material posto no art. 60, § 4º, IV, da Lei Magna, em conjunção com o aludido § 2º do art. 5º, *verbis*: “Não são apenas aqueles direitos e garantias individuais arrolados no art. 5º da Constituição, que se encontram resguardados dos processos de deliberação diferenciados, mas toda uma gama de outros direitos constitucionais de caráter individual dispersos na Constituição e disciplinados em tratados dos quais o Brasil seja parte. Além de direitos supra legais, que, embora não positivados pela Constituição, são compatíveis com o regime e os princípios por ela adotados” (*in* Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política – RT, 1994, págs. 91/92).

Observou, acerca desse tema, com propriedade, Gilmar Ferreira Mendes:

Em qualquer hipótese os limites do poder de revisão não se restringem necessariamente aos casos expressamente elencados nas **garantias de eternidade**. Tal como observado por Bryde, a decisão sobre a imutabilidade de determinado princípio não significa que outros postulados fundamentais estejam submetidos ao poder de revisão (Bryde, Verfassungsentwicklung, p. 237).

O efetivo significado dessas cláusulas de imutabilidade na práxis constitucional não está imune a controvérsias. Se se entender que elas contêm uma “proibição de ruptura de determinados princípios constitucionais” (Verfassungsprinzipiendurchbrechungsverbot), tem-se de admitir que o seu significado é bem mais amplo do que uma proibição de revolução ou destruição da própria Constituição (Revolutions – und Verfassungsbeseitigungsverbot). É que, nesse caso, sem suprimir princípios fundamentais, acabam por lesá-los topicalmente, desflagrando um processo de erosão da própria Constituição (Bryde, Verfassungsentwicklung, p.242) (*in* “AJURIS”, nº 60, março de 1994, pág. 251).

Outra significativa matéria poderia se destacar, nesta menção à esfera das cláusulas pétreas. Refiro-me ao **direito adquirido**, previsto no art. 5º, XXXVI, da Constituição. No dispositivo preceitua-se que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Decerto, emenda à Constituição não pode excluir do seu texto o inciso XXXVI do art. 5º, diante da cláusula posta no art. 60, § 4º, IV, por versar regra de garantia. Se se considerar, de outra parte, que a Constituição emprega o termo “lei”, em acepção estrita, como norma legislativa infraconstitucional, dir-se-ia que não está, aí, interditada a ação do constituinte derivado por via de emenda à Constituição. Exato ao constituinte originário sempre se admitiu, pela ilimitação, em princípio, de seus Poderes, inserir no texto da Constituição editada disposição que alcança direito adquirido. Assim ocorreu no art. 17 do Ato das Disposições Transitórias da Lei Magna de 1988, ao estabelecer:

Art. 17. Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais bem como os proveitos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição, serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo nesse caso invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.

Do próprio texto, resulta, entretanto, em relevo, a significação da garantia do “direito adquirido”, como valor fundamental integrante do núcleo essencial identificador da Constituição, a ponto de ressalvar sua não incidência, em norma expressa, da qual emerge nítido o caráter de excepcionalidade, quando determina que não seria invocável na hipótese concretamente definida. Não é possível deixar de ter presente, na discussão dos limites à mudança na Constituição, a necessidade de resguardo dos princípios e valores imanentes à própria positividade do ordenamento constitucional,

que servem de base à identidade do sistema plantado pelo constituinte originário. Destacável é, também, na análise do ponto, compreender que a cláusula de imutabilidade do art. 60, § 4º, IV, da Constituição (os direitos e garantias individuais), considerada a menor ou maior amplitude, já se consagrara anteriormente, na Lei Fundamental de Bonn, art. 79, III, e na Constituição de Portugal de 1976, art. 290, a traduzir tendência segundo a qual os direitos individuais compõem questão proeminente no Estado de Direito Democrático.

Importa assim ter presente que, sujeito como está o poder constituinte derivado, ou de emenda, a limitações materiais e formais, bem de ver é, nesse sentido, ficarem submetidos seu exercício e as mudanças, por seu intermédio, introduzidas na Constituição, *ut art. 60 e parágrafos, ao controle judicial de validade, quer por via difusa, quer em ação direta de inconstitucionalidade, ou ainda em ação declaratória de constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, letra a).* Tal já sucedeu, de resto, desde o início da vigência da Carta Maior, quanto às Emendas Constitucionais nº 2, de 1992, e nº 3, de 17.03.1993: a primeira, ao antecipar a data do plebiscito previsto no art. 2º do Ato das Disposições Transitórias (ADIs nºs 829 e 830); a última, referente à criação do Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira – IPMF (ADI 939). Julgadas improcedentes as duas primeiras, em face do art. 60, § 4º, III, da Lei Magna, declarou, em parte, procedente a última demanda o Supremo Tribunal Federal, ao considerar que a cobrança do tributo no mesmo exercício, como autorizada pela Emenda Constitucional nº 3, ofendia o princípio da anterioridade, garantia outorgada ao contribuinte pelo art. 150, III, “b”, em conjugação com o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição, ferindo, em consequência, a cláusula pétreia consignada no art. 60, § 4º, IV, do Estatuto Maior. Nesse mesmo julgamento, a Corte reconheceu também que a Emenda Constitucional nº 3/1993, ao determinar, em seu art. 2º, § 2º, a não aplicação, à hipótese do IPMF, do art. 150, VI, da Constituição, em sua generalidade, aí incluída a alínea “a”, onde se veda à União, Estados, Distrito Federal e Municípios instituir impostos sobre o patrimônio, renda e serviços, uns dos outros, feriu o postulado da imunidade tributária recíproca, nesse dispositivo previsto, o qual diz imediatamente com o princípio federativo. Nessa linha, a decisão da Corte, conforme a qual o desrespeito a esse preceito maior de nosso sistema constitucional afronta a cláusula pétreia do art. 60, § 4º, I, da Constituição, não podendo prevalecer emenda à Lei Maior que tenda a ferir regra fundamental à Federação.

O exemplo citado demonstra a experiência constitucional, desde o início de vigência da Constituição, que está a comemorar seu 35º aniversário, no sentido da competência maior do Supremo Tribunal Federal, conferida no art. 102 da Carta Magna, de

**guarda da Constituição.** O ilustre professor Oscar Vilhena Vieira *in op. cit.*, pág. 137, acerca desse julgamento, escreveu: “Exercitou o STF dessa forma a plenitude de seus poderes constitucionais, bloqueando, com base em direitos, uma decisão mais que majoritária dos representantes do povo. Ao exercer essa competência constitucional, o Supremo Tribunal Federal passou a ocupar de fato a posição de órgão de cúpula do sistema constitucional brasileiro, pois controlou a forma mais ilimitada de exercício de poder dentro de um regime constitucional, que é a manifestação do poder constituinte reformador, exercido através de procedimentos qualificados pelo parlamento”. O que tenho, também, por importante, é o funcionamento em plenitude da ordem constitucional, com seus mecanismos de controle do poder. Os estudiosos do regime americano, de mais de dois séculos, asseveram que, na virtude exibida pela Constituição de 1787, para dominar crises, reside a sua extraordinária contribuição ao constitucionalismo, cumprindo ver, na “*judicial review*”, a fórmula que acaba por garantir à ordem constitucional a estabilidade dela exigida.



## O COMPROMETIMENTO EXTERNO DO BRASIL: GOVERNO E CONGRESSO NA RATIFICAÇÃO E NA DENÚNCIA DE TRATADOS INTERNACIONAIS

JOSÉ FRANCISCO REZEK<sup>1</sup>

**1. O modelo republicano, federal, presidencialista.** A Constituição americana de 1787, duzentos anos mais velha que a nossa, garantiu ao presidente dos Estados Unidos o poder de celebrar tratados, com o consentimento do Senado, expresso pela voz de sua maioria qualificada. Bem cedo, no entanto, uma interpretação restritiva da palavra inglesa *treaties* fez com que se entendesse que nem todos os compromissos internacionais têm aquela qualidade. Além dos tratados, somente possíveis com o abono senatorial, entendeu-se que negociações internacionais podiam conduzir a acordos ou ajustes, os ali chamados *agreements*, para cuja conclusão parecia razoável que o presidente dispensasse o assentimento parlamentar. A prática dos *acordos executivos* começa no governo de George Washington e, ao cabo de mais de dois séculos, ostenta impressionante dimensão quantitativa. A Corte Suprema norte-americana, levada diversas vezes ao exame da sanidade constitucional desses acordos, entendeu de convalidá-los.

**2. Pressupostos constitucionais do consentimento: o sistema brasileiro.** Cento e poucos anos depois de lavrada a Constituição dos Estados Unidos, consciente de todos os seus dispositivos e da respectiva experimentação centenária, entendeu o constituinte brasileiro da Primeira República de dispor que cabe ao Congresso “resolver definitivamente sobre os tratados e convenções com as nações estrangeiras”, competindo ao presidente da República “celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre *ad referendum* do Congresso”.

<sup>1</sup> Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal. Graduado em Direito pela UFMG (1966). Doutor da Universidade de Paris em Direito Internacional Público (1970). Diploma in Law da Universidade de Oxford (1979), Honorary Fellow do Wolfson College, Oxford. Professor Titular de Direito Internacional e Direito Constitucional na Universidade de Brasília, Diretor do Departamento de Direito e da Faculdade de Estudos Sociais da UnB (1974-1976 e 1978-1979). Professor de Direito Internacional no Instituto Rio Branco (1976-1996). Professor na Academia de Direito Internacional de Haia (1986). Procurador e Subprocurador-Geral da República (1972-1983). Ministro do Supremo Tribunal Federal (1983-1990 e 1992-1997), Presidente do Tribunal Superior Eleitoral (1989-1990). Ministro de Estado das Relações Exteriores do Brasil (1990-1992). Juiz da Corte Internacional de Justiça das Nações Unidas (Haia, 1997-2006). Advogado.

A redundância terminológica – ajustes, convenções, tratados –, alvo constante da crítica doutrinária, persiste até hoje na lei fundamental brasileira, com um mínimo de variedade. Ali viu Carlos Maximiliano a intenção de compreender, pela superabundância nominal, todas as formas possíveis de comprometimento exterior.<sup>2</sup> O estudo da gênese das Constituições brasileiras a partir da fundação da República não permite dúvida a respeito da correção dessa tese. Os grandes comentaristas da Constituição da Primeira República – entre eles, destacadamente, João Barbalho e Clóvis Beviláqua<sup>3</sup> – sustentaram a inviabilidade do comprometimento externo por obra exclusiva do governo, em qualquer caso. Não obstante, a história diplomática do Brasil sempre ofereceu exemplos de ação isolada do Executivo, em afronta aparente ao texto constitucional. A defesa de semelhante atitude ganhou vulto sob a Constituição de 1946 e teve em Hildebrando Accioly seu mais destacado patrocinador.

**3. O problema dos “acordos executivos”.** A Constituição brasileira de 1988 diz ser da competência exclusiva do Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”, sendo que ao Presidente incumbe “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”.<sup>4</sup> A Carta não inova por mencionar *encargos &c*: não há compromisso internacional que não os imponha às partes, ainda que não pecuniários. A prática recente, alcançando até os primeiros vinte anos do novo século, prova que o governo e o parlamento brasileiros assim entendem: até mesmo tratados bilaterais para a mera dispensa de vistos em passaportes têm sido regularmente submetidos à aprovação do Congresso. A Carta preservou, ademais, a redundância terminológica, evitando qualquer dúvida sobre o propósito abrangente do constituinte. Uma exegese constitucional inspirada na experiência norte-americana – e em quanto ali se promoveu a partir da compreensão restritiva do termo *treaties* –, se não de todo inglória no Brasil republicano do passado, tornou-se contemporaneamente impensável. Concedendo-se, pois, que tenha Accioly abonado, em seu tempo, uma prática estabelecida *extra legem*, é provável que tal prática, na amplitude com que tenciona convalidar acordos internacionais desprovidos de toda forma de consentimento parlamentar, não se possa hoje defender senão *contra legem*.

<sup>2</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948. v. 2, p. 238.

<sup>3</sup> V., no volume II de PARECERES dos consultores jurídicos do Itamaraty. Brasília: Senado Federal, 2000., diversos pronunciamentos de Clóvis Beviláqua, na qualidade de consultor jurídico do Itamaraty.

<sup>4</sup> Arts. 49, I, e 84, VIII, respectivamente.

Muitas vezes se viu tratar a prática dos acordos executivos como uma imperiosa necessidade governamental, a ser escorada a todo preço pela doutrina. Os argumentos metajurídicos que serviram de apoio a essa tese enfatizavam a velocidade com que se passam as coisas na política internacional contemporânea, diziam da importância das decisões rápidas, enalteciam o dinamismo e a vocação simplificadora dos governos, deplorando, por contraste, a lentidão e a obstrutiva complexidade dos trabalhos parlamentares. Não se sabe o que mais repudiar nesse repetido discurso, se o que tem de frívolo ou o que tem de falso. O suposto ritmo trepidante do labor convencional nas relações internacionais contemporâneas seria fator idôneo à tentativa de inspirar o constituinte, nunca à pretensão de desafiá-lo. Por outro lado, é inexata e arbitrária a assertiva de que os parlamentos, em geral, quando dotados de competência para resolver sobre tratados, tomem nisso maior tempo regular que aquele despendido pelos governos – também em geral – para formar suas próprias decisões definitivas a respeito, mesmo que não considerado o período de negociação, em que agentes destes, não daqueles, já conviviam com a matéria em processo formativo. Toda pesquisa por amostragem permitirá, neste país, e não apenas nele, concluir que a demora eventual do Legislativo na aprovação de um tratado é companheira inseparável da indiferença do próprio Executivo em relação ao andamento do processo; e que o empenho real do governo pela celeridade, ou a importância da matéria, tende a conduzir o parlamento a prodígios de expediência.

Juristas da consistência de Hildebrando Accioly e de João Hermes Pereira de Araújo<sup>5</sup> não fundaram, naturalmente, seu pensamento em considerações do gênero acima referido. Nem se pode dizer que tenham tomado por arma, na defesa da prática dos acordos executivos, o entendimento restritivo da fórmula “tratados e convenções”, num exercício hermenêutico à americana. O grande argumento de que se valeram, na realidade, foi o do *costume constitucional* que se teria desenvolvido entre nós, temperando a fria letra da lei maior. Parece, entretanto, que a gênese de normas constitucionais costumeiras numa ordem jurídica encabeçada por Constituição escrita – e não exatamente sumária ou concisa – pressupõe o silêncio ou, no mínimo, a ambiguidade do diploma fundamental. Assim, a Carta se omite de abordar o desfazimento, por denúncia, de compromissos internacionais e de partilhar, a propósito, a competência dos poderes políticos. Permite, assim, que um costume constitucional tenha preenchido – com muita nitidez, de 1926 até agora – o espaço normativo vazio.

<sup>5</sup> ARAÚJO, João Hermes Pereira de. *A processualística dos atos internacionais*. Rio de Janeiro: Ministério das Relações Exteriores, 1958.

Tal não é o caso no que tange à determinação do poder convencional, de cujo exercício a Carta, expressa e quase que insistentemente, não quer ver excluído o Poder Legislativo. Não se pode compreender, portanto, ao risco de fazer ruir toda a lógica jurídica, a formação idônea de um costume constitucional *contra a letra da Constituição*.

**4. Acordos executivos possíveis no Brasil.** Apesar de tudo, o acordo executivo – se assim chamamos todo tratado internacional carente da aprovação individualizada do Congresso – é uma prática convalidável, desde que, abandonada a ideia tortuosa de que o governo pode pactuar sozinho sobre “assuntos de sua competência privativa”, busque-se encontrar na lei fundamental sua sustentação jurídica. Três categorias de acordos executivos – mencionadas, de resto, por Accioly, ao lado de outras mais – parecem compatíveis com o preceito constitucional: os acordos “que consignam simplesmente a interpretação de cláusulas de um tratado já vigente”, os “que decorrem, lógica e necessariamente, de algum tratado vigente e são como que o seu complemento”, e os de *modus vivendi*, “quando têm em vista apenas deixar as coisas no estado em que se encontram, ou estabelecer simples bases para negociações futuras”.<sup>6</sup> Os primeiros, bem como estes últimos, inscrevem-se no domínio da diplomacia ordinária, que se pode apoiar em norma constitucional não menos específica que aquela referente à celebração de tratados: a que dá competência ao presidente para manter relações com Estados estrangeiros. Os intermediários se devem entender, sem qualquer acrobacia hermenêutica, cobertos por prévio assentimento do Congresso Nacional. Isso demanda, contudo, explicações maiores.

*a) O acordo executivo como subproduto de tratado vigente.* Neste caso, a aprovação congressional reclamada pela Carta sofre no tempo um deslocamento antecipativo, sempre que, ao aprovar certo tratado, com todas as normas que nele se exprimem, abona o Congresso desde logo os acordos de especificação, de detalhamento, de suplementação, previstos no texto e deixados a cargo dos governos pactuantes.

*b) O acordo executivo como expressão de diplomacia ordinária.* É da competência privativa do presidente da República manter relações com os Estados estrangeiros. Nesta norma, que é da tradição constitucional brasileira, e que a Carta de 1988

---

<sup>6</sup> ACCIOLY, Hildebrando. A ratificação e a promulgação dos tratados, em face da Constituição federal brasileira. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, v.4, n.7, p.8, jan./jun. 1948.

preserva no inciso VII do artigo 84, tem sede a titularidade, pelo governo, de toda a dinâmica das relações internacionais: incumbe-lhe estabelecer e romper a seu critério relações diplomáticas, decidir sobre o intercâmbio consular, sobre a política de maior aproximação ou reserva a ser desenvolvida em face de determinado bloco, sobre a atuação de nossos representantes no seio das organizações internacionais, sobre a formulação, a aceitação e a recusa de convites para entendimentos bilaterais ou multilaterais tendentes à preparação de tratados. Enquanto não se cuide de incorporar ao direito interno um compromisso produzido mediante acordo com potências estrangeiras, a autossuficiência do Poder Executivo é praticamente absoluta.

É também nessa norma que parece repousar a autoridade do governo para a conclusão de compromissos internacionais terminantemente circunscritos à *rotina diplomática*, ao relacionamento ordinário com as nações estrangeiras. Seria rigoroso demais sustentar que a opção pelo procedimento convencional desloca o governo do âmbito das relações ordinárias com o exterior, lançando-o no domínio da regra específica e obrigando-o à consulta parlamentar. Dir-se-ia então que, livre para decidir unilateralmente sobre qual a melhor interpretação de certo dispositivo ambíguo de um tratado em vigor, ou sobre como mandar proceder em zona de fronteira, enquanto não terminam as negociações demarcatórias da linha limítrofe em causa, ou sobre a cumulatividade de nossa representação diplomática em duas nações distantes, ou ainda sobre quantos escritórios consulares poderão ser abertos no Brasil por tal país amigo, o governo decairia dessa discrição, passando a depender do abono congressional, quando entendesse de regular qualquer daqueles temas mediante acordo com Estado estrangeiro. Razoável, apesar de rigorosa, essa tese não é, contudo, a melhor. Acordos como o *modus vivendi* e o *pactum de contrahendo* nada mais são, em regra, que exercício diplomático preparatório de outro acordo, este sim substantivo e destinado à análise do Congresso. Acordos interpretativos, a seu turno, não representam outra coisa que o desempenho do dever diplomático de entender adequadamente – para melhor aplicar – um tratado concluído mediante endosso do parlamento.

Entretanto, na identificação dos acordos executivos inerentes à diplomacia ordinária, e por isso legitimáveis à luz da lei fundamental, vale buscar dois caracteres indispensáveis: a *reversibilidade* e a preexistência de *cobertura orçamentária*. Esses acordos devem ser, com efeito, desconstituíveis por vontade unilateral, expressa em comunicação à outra parte, sem delongas – ao contrário do que

seria normal em caso de denúncia. De outro modo, ou seja, se a retratação unilateral não pudesse operar prontamente, o acordo escaparia às limitações que o conceito de rotina diplomática importa. Por igual motivo, deve a execução desses acordos depender unicamente de recursos orçamentários já alocados às relações exteriores, não de outros.

**5. A denúncia.** A exemplo da ratificação e da adesão, a denúncia é um *ato unilateral*, de efeito jurídico inverso ao que produzem aquelas duas figuras: pela denúncia, manifesta o Estado sua vontade de deixar de ser parte no acordo internacional. Esse ato unilateral, embora hábil, por razão óbvia, para extinguir o tratado vigente entre duas partes apenas, é inofensivo à continuidade da vigência dos tratados multilaterais. No caso destes, tudo quanto se extingue pela denúncia é a participação do Estado que a formula. Tratados existem que, por sua própria natureza, são imunes à denúncia unilateral. Tal é, seguramente, o caso dos tratados de vigência estática. Não se comprehende que a vontade singular de uma das partes possa fazer reverter certo pacto de cessão territorial onerosa, ou de definição da fronteira comum. Esses tratados, mais expressivos de um *título jurídico* que de normas operacionais de conduta, costumam ser bilaterais. No plano coletivo dificilmente se encontrarão compromissos de vigência estática. Há, porém, quem considere igualmente imunes à denúncia, por sua própria natureza, os tratados “normativos” de elevado valor moral e social, quais as Convenções de Genebra sobre o direito humanitário aplicável aos conflitos armados, ou o Pacto Briand-Kellog de renúncia à guerra como instrumento de política nacional. Se, na prática, entretanto, semelhantes acordos coletivos constituem raro objeto de denúncia, a provável razão não está no entendimento de que legalmente imunes à rejeição unilateral, mas no receio do desgaste político que aquele gesto, em todo caso, importaria.

**6. Disciplina internacional da denúncia.** Quando um tratado admite e disciplina sua própria denúncia, o problema da possibilidade jurídica da retirada unilateral simplesmente não existe. Já o silêncio do texto convencional obriga a investigar sua denunciabilidade à luz de sua natureza, tarefa nem sempre simples. Muitos compromissos internacionais facultam a retirada unilateral *a todo momento* – o que significa que, em tese, pode uma das partes tomar essa atitude logo após a entrada em vigor –, e tudo quanto exigem é o decurso de um prazo de acomodação, no interesse dos copactuantes. Isso leva correntemente o nome de *pré-aviso*, embora ele tenha, com mais frequência, o feitio de um prazo de dilação dos efeitos da denúncia: o Estado retirante não previne seus pares de que *vai denunciar*; ele efetivamente *denuncia* o tratado, mas só se encontra desobrigado após o curso do período previsto.

Antes da Convenção de Viena – e ainda hoje, para os poucos Estados por ela não obrigados –, o tratado silente sobre o tema da denúncia, mas que se deva considerar denunciável por sua natureza, dá ensejo a que o Estado retirante se entenda desobrigado tão logo dá notícia formal da denúncia aos copactuantes. Foram esses, aparentemente, os sentimentos do governo da Indonésia quando aquele país se afastou da ONU em 1965. Sob o pálio da Convenção de Viena previnem-se os inconvenientes da desobrigação abrupta. Dispondo sobre essas exatas circunstâncias, a Convenção dá como regra geral o pré-aviso de doze meses.<sup>7</sup>

A denúncia se exprime por escrito numa *notificação, carta ou instrumento*: sua transmissão a quem de direito configura o ato internacional significativo da vontade de terminar o compromisso. Trata-se de uma mensagem de governo, cujo destinatário, nos pactos bilaterais, é o governo da parte copactuante. Se coletivo o compromisso, a carta de denúncia dirige-se ao depositário, que dela fará saber às demais partes.

A prática internacional mostra a denúncia como um ato *retratável*: não se concebe em favor da outra parte – que, afinal, poderia também denunciar o pacto se o quisesse – um direito de objeção ao gesto com que o Estado retirante, no curso do prazo de acomodação, volta atrás e exprime a vontade de permanecer comprometido. Está claro, porém, que, se a denúncia já viu seus efeitos consumados – vale dizer, se já se encontra extinto o pacto bilateral, ou se o Estado retirante já se pôs fora do domínio jurídico do pacto coletivo –, não há retratação possível. Neste último caso, caberá cogitar do retorno mediante adesão.

Questiona-se a possibilidade jurídica da *denúncia parcial*, ou seja, da rejeição superveniente de alguns dispositivos convencionais, sem quebra do vínculo. O assunto não é estranho à Convenção de Viena, que dele cuidou, porém de modo pouco satisfatório. É fundamental que se indague, primeiro, se os dispositivos visados pelo intento de denúncia parcial poderiam ter sido objeto de reservas – já que, negativa a resposta, não há como cogitar de semelhante denúncia. A afirmativa a resposta, convirá saber ainda se o tratado é aberto à adesão, pois, somente neste caso, se terá apoio na lógica jurídica para garantir que a denúncia parcial deve ser aceita. Não há como sustentar o contrário: tanto seria admitir que, proibida a via simples, igual fim o Estado alcançaria pela via tortuosa – e irrecusavelmente lícita –, consistente em denunciar o tratado na íntegra, e a ele retornar, mediante adesão, com reserva aos dispositivos indesejados.

<sup>7</sup> Artigo 56, § 2.

**7. Denúncia e direito interno.** O estabelecimento de relações diplomáticas entre os Estados Unidos da América e a República Popular da China, nos anos setenta, levou o governo norte-americano a uma redefinição de sua postura ante a República da China (Taiwan), com a qual celebrara tratados diversos. Quando, no governo Carter, foi denunciado o Tratado de defesa mútua EUA-Taiwan, Barry Goldwater e outros membros do Senado americano pretenderam discutir, na Justiça, o poder presidencial para a denúncia de tratados internacionais. Basicamente, o raciocínio dos autores nesse litígio apoiava-se no *princípio do ato contrário*: se, nos termos da Constituição, a conclusão de um tratado depende de que se conjuguem a vontade do presidente dos Estados Unidos e a de dois terços do Senado, deve entender-se que essas mesmas vontades devem estar reunidas para escorar o rompimento do compromisso. A esse interessante problema a Justiça americana deixou de dar solução, à base de um argumento que não constitui novidade para os juristas daquele país, e que não cessa de surpreender os analistas brasileiros, entre outros: o de que se tratava de uma *questão política*, estranha por isso ao deslinde judiciário.

No Brasil, a questão de saber se pode o presidente da República denunciar, com sua só autoridade, um tratado para cuja ratificação tenha ele dependido da voz aprobatória do Congresso Nacional colocou-se em 1926, quando, nos últimos meses do governo de Artur Bernardes, ficou decidido que o país se desligaria da Sociedade das Nações. Clóvis Beviláqua, consultor jurídico do Itamaraty, foi chamado a opinar sobre a competência do governo, e o fez em longo parecer, de 5 de julho de 1926, cujo primeiro parágrafo enuncia sua tese central:

Em face da Constituição Federal pode o Poder Executivo, sem ouvir o Congresso Nacional, desligar o país das obrigações de um tratado que, no seu texto, estabeleça as condições e o modo da denúncia, como é o caso do Pacto da Sociedade das Nações, art. 1º, última parte. Essa proposição parece evidente, por si mesma. Se há no tratado uma cláusula, prevendo e regulando a denúncia, quando o Congresso aprova o tratado, aprova o modo de ser o mesmo denunciado; portanto, pondo em prática essa cláusula, o Poder Executivo apenas exerce um direito que se acha declarado no texto aprovado pelo Congresso. O ato da denúncia é meramente administrativo. A denúncia do tratado é modo de executá-lo, porquanto numa de suas cláusulas se acha consignado o direito de o dar por extinto. [...].<sup>8</sup>

Apesar do engenho com que a desenvolveu o grande jurisconsulto, a tese de Clóvis Beviláqua é inconsistente. Ela invoca a previsão convencional da denúncia e vê aí uma cláusula que “não difere das outras”. Isso vale dizer que denunciar um

<sup>8</sup> PARECERES dos consultores jurídicos do Itamaraty, Brasília: Senado Federal, 2000. v.2, p.347 e ss.

tratado, quedando fora de seu domínio jurídico e transformando, pois, o compromisso em não compromisso, é algo que não difere de exercitar uma qualquer dentre as cláusulas de execução propriamente ditas. A quem tal proposição não pareça elementarmente inaceitável – pelo abismo que separa a cláusula de denúncia das cláusulas pertinentes à execução do combinado – convirá lembrar que a tese em exame obriga a admitir, *a fortiori*, que o governo não depende do parlamento para levar a termo a *emenda ou reforma* de tratados vigentes, sempre que prevista no texto primitivo. E semelhante pretensão, ao que se saiba, não foi jamais exteriorizada pelo governo brasileiro, ou por outro que se encontre sujeito a uma disciplina constitucional parecida. Afinal, não costuma haver limite quantitativo ou qualitativo para o que a reforma pode, em tese, importar a um tratado: mediante emendas é possível converter um acordo de intercâmbio desportivo em um pacto de aliança militar ou em um compromisso de cessão gratuita de parte do território nacional.

**8. Fundamentos da *vontade nacional*.** Sempre me pareceu certo que o chefe do governo pode, por sua singular autoridade, denunciar tratados internacionais – como de resto vinha fazendo, com franco desembaraço, desde 1926. Fundo-me em argumento diverso daqueles que inspiraram o parecer de Beviláqua, em face do qual é de todo indiferente que o tratado disponha ou não sobre a perspectiva de sua própria denúncia. Tudo quanto importa é que o tratado seja validamente denunciável: se não o é, por sua natureza, ou por impedimento cronológico convencionado, não há cogitar de denúncia lícita e, pois, de quem seria competente, segundo o direito interno de uma das partes, para decidir a respeito.

O Estado é originalmente livre de compromissos tópicos: tal o princípio da *tabula rasa*, segundo o qual toda soberania nascente encontrará diante de si um espaço vazio de obrigações convencionais, preenchendo-o à medida que livremente se ponha, desse momento em diante, a celebrar tratados. Parece bastante lógico que, onde a comunhão de vontades entre governo e parlamento seja necessária para *obrigar* o Estado, lançando-o numa relação contratual internacional, seja suficiente a vontade de um daqueles dois poderes para *desobrigá-lo* por meio da denúncia. Não há falar, assim, à luz impertinente do princípio do ato contrário, que, se as duas vontades tiveram de somar-se para a conclusão do pacto, é preciso vê-las de novo somadas para seu desfazimento. Antes, cumpre entender que as vontades reunidas do governo e do parlamento se presumem firmes e inalteradas, desde o instante da celebração do tratado e ao longo de sua vigência pelo tempo afora, como dois pilares de sustentação da vontade nacional. Isso

levará à conclusão de que nenhum tratado – dentre os que se mostrem rejeitáveis por meio de denúncia – deve continuar vigendo *contra a vontade* quer do governo, quer do Congresso. O ânimo negativo de um dos dois poderes políticos em relação ao tratado há de determinar sua denúncia, visto que significa o desaparecimento de uma das bases em que se apoiava o consentimento do Estado.

Aceito que seja esse ponto de vista, ter-se-ão como válidas todas as denúncias resultantes do puro alvitre governamental, como é corrente nos sistemas presidencialistas de governo. Em contrapartida, estará também aceita a tese de que a vontade do Congresso é hábil para provocar a denúncia de um pacto internacional, mesmo quando não coincidente com as intenções do Poder Executivo. Nesse passo, é imperioso reconhecer o desequilíbrio reinante entre os instrumentos de ação do governo e os do Congresso. Se o intento de denunciar é do primeiro, o ato internacional pertinente dará sequência imediata à decisão do presidente da República – a quem se subordinam todos os mecanismos do relacionamento exterior e todos os condutos da comunicação oficial com nações estrangeiras e demais pessoas jurídicas de direito das gentes. Tendo origem no Congresso o propósito da denúncia, não deixa de ser do Executivo a responsabilidade por sua formulação no plano internacional. De par com isso, o meio com que o Congresso exterioriza sua vontade ante o governo não pode ser um decreto legislativo de “rejeição” do acordo vigente – à falta de previsão de semelhante ato na faixa da competência privativa do parlamento. Por exclusão, cabe entender que a lei ordinária é o instrumento próprio para que o Legislativo determine ao governo a denúncia de tratados, tal como fez em 1911, no domínio extradiçional.<sup>9</sup>

A lei ordinária, entretanto, não é produto exclusivo do parlamento, visto que depende de sanção do chefe do governo. Este vetará o projeto, caso discorde da ideia da denúncia; e só o verá promulgado, contra sua vontade, caso assim decida em sessão conjunta a maioria absoluta do total de membros de cada uma das Casas do Congresso. Aqui se encontra a evidência maior do desequilíbrio entre a manifestação da vontade do governo e a expressão da vontade do Congresso, no sentido de desvincular o país de um tratado internacional. A segunda não apenas percorre, na forma, caminhos difíceis: ela deve, antes de tudo, encontrar-se apoiada no amplo *quorum* que nossa ordem constitucional reclama para a rejeição do voto presidencial.

---

<sup>9</sup> A Lei n. 2.416, de 28 de junho de 1911, havendo ditado novas normas a respeito da extradição, determinou que o Poder Executivo denunciasse, dentro de certo prazo, todos os tratados extradiacionais então vigentes.

**9. Novos rumos.** Na conclusão, ao cabo de 25 anos, do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.625, relativa à Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho, o Supremo Tribunal Federal produziu uma inflexão na prática da denúncia, pelo Brasil, de compromissos internacionais. Não declarou a inconstitucionalidade do decreto presidencial que apenas anunciara internamente a denúncia – como, com transparente amadorismo, haviam pedido as entidades autoras. Abonou a denúncia, de resto já consumada no plano internacional, qual revelavam, há mais de vinte anos, os registros da OIT. E consagrou, por maioria, uma tese que tende a ser compendiada nos termos da proposta do ministro Dias Toffoli:

A denúncia pelo Presidente da República de tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, para que produza efeitos no ordenamento jurídico interno, não prescinde da sua aprovação pelo Congresso, entendimento que deverá ser aplicado a partir da publicação da ata do julgamento, mantendo-se a eficácia das denúncias realizadas até esse marco temporal, formulando, por fim, apelo ao legislador para que elabore disciplina acerca da denúncia dos tratados internacionais, a qual preveja a chancela do Congresso Nacional como condição para a produção de efeitos na ordem jurídica interna, por se tratar de um imperativo democrático e de uma exigência do princípio da legalidade.

Creio que a lógica do *princípio do ato contrário* falou mais alto ao colegiado que o suposto *imperativo democrático* – sobretudo porque confortada, aquela lógica, por um *obiter* encontrado na obra de Pontes de Miranda. Imperativo, no entanto, é que, neste momento, nos acomodemos ao viés consequencialista do Tribunal. Não pode haver dúvida de que o Congresso acolherá com satisfação essa nova tese e terá empenho em atender ao apelo da Corte para que legisle sobre a disciplina da nova liturgia. O governo não tem, a seu turno, maiores razões para inquietar-se. Cuidará apenas, parece-me, de refletir mais criteriosamente do que fez, neste caso, antes de ratificar a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho.



## ***HABEAS CORPUS E O DIREITO AO SILENCIO EM CPI<sup>1</sup>***

**JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE (IN MEMORIAM)<sup>2</sup>**

**EMENTA:** I. CPI: *nemo tenetur se detegere*: direito ao silêncio. Se, conforme o art. 58, § 3º, da Constituição, as comissões parlamentares de inquérito detêm o poder instrutório das autoridades judiciais – e não maior que o dessas – a elas se poderão opor os mesmos limites formais e substanciais oponíveis aos juízes, dentre os quais os derivados das garantias constitucionais contra a autoincriminação, que tem sua manifestação mais eloquente no direito ao silêncio dos acusados. Não importa que, na CPI – que tem poderes de instrução, mas nenhum poder de processar nem de julgar –, a rigor não haja acusados: a garantia contra a autoincriminação se estende a qualquer indagação por autoridade pública de cuja resposta possa advir à imputação ao declarante da prática de crime, ainda que em procedimento e foro diversos. Se o objeto da CPI é mais amplo do que os fatos em relação aos quais o cidadão intimado a depor tem sido objeto de suspeitas, do direito ao silêncio não decorre o de recusar-se de logo a depor, mas sim o de não responder às perguntas cujas repostas entenda possam vir a incriminá-lo: liminar deferida para que, comparecendo à CPI, nesses termos, possa o paciente exercê-lo, sem novamente ser preso ou ameaçado de prisão. II. *Habeas corpus* prejudicado, uma vez observada a liminar na volta do paciente à CPI e já encerrados os trabalhos dessa.

### **RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE** – Esta a decisão concessiva da liminar, de 26.4.99:

“Às 17 hs e 35 m. os advogados José Gerardo Grossi e Luiz Guilherme Martins Vieira impetraram *habeas corpus* preventivo em favor de Francisco Lafaiete de Pádua Lopes, ameaçado de prisão pelo Senhor Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito criada no Senado Federal pelo Requerimento 127/99 (a chamada CPI do Sistema Financeiro): é que, tendo atendido à convocação e comparecido à reunião da CPI, o paciente entregara ao seu Presidente comunicação escrita de que, com base no art. 5º, LXIII, da Constituição, pelas razões nela expostas, exercia o seu direito de ‘permanecer calado’, negando-se a responder às perguntas que acaso lhe fossem feitas ( f. 6/12).

<sup>1</sup> HC 79.244, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, P. j. 23.2.2000, DJE de 23.2.2000.

<sup>2</sup> Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal (*in memoriam*).

Pouco depois, às 18 hs e 34m., os impetrantes ajuizaram nova petição, informando que a prisão fora efetivamente decretada e requerendo a concessão liminar de salvo conduto. É fato amplamente divulgado que a prisão se efetuou. No texto que encaminhou ao Presidente da CPI, o nobre senador Bello Parga, o paciente começa por afirmar a legitimidade da Comissão ‘para apurar os fatos que motivaram sua criação e, dentre eles as operações entre o Banco Central do Brasil e os Bancos Marka e Fonte Cindam, em janeiro último, as quais [...] foram regulares e legais’.

Alega, a propósito, o paciente que, de início, “vinha colaborando, plenamente, com as investigações em como entendia ser de seu dever”.

E prossegue:

“8. Apresentou-se, em Brasília, à Comissão de Sindicância do BACEN, na sexta-feira dia 16 do corrente. A ela prestou depoimento. Prestou-o concomitantemente, à Polícia federal, que mandou um delegado e um escrivão ao local. Respondeu, de coração aberto, sem nada objetar, todas as perguntas. Inclusive que lá se encontravam e, conquanto não devessem, inquiriram diretamente o signatário.

9. Qual não foi a sua surpresa, entretanto, quando tomou conhecimento de que, enquanto depunha, desnecessariamente, pelas suas costas, à sorrelfa, sua casa no Rio de Janeiro estava sendo revirada de alto a baixo, numa busca ao melhor estilo da ditadura, da qual, por certo, todos nos lembramos. Eram dez homens fortemente armados – tropa certamente julgada indispensável para enfrentar a chorosa mulher do signatário, única pessoa que ali se encontrava no momento do início da arbitrária diligência.”

Depois, entre críticas severas e indignadas à legalidade da própria diligência e ao modo como realizada, aduz, de interesse para o caso:

“13. O centro da discussão sobre a ilegalidade é que uma medida cautelar, de busca e apreensão, no processo penal brasileiro, não pode existir sozinha e autonomamente. Ela há de estar vinculada a um inquérito policial ou a uma ação penal. No caso, a ordem de busca foi requerida à Juíza com base num ‘procedimento investigatório’ instaurado no âmbito do Ministério Públíco Federal no Rio de Janeiro, por ato conjunto datado de 7 de abril de 1999, dos Procuradores BRUNO ACIOLI, DAVY LINCOLN, ARTUR GUEIROS e RAQUEL BRANQUINHO.

[...]

24. Dos documentos e objetos apreendidos em casa do signatário a mídia teve conhecimento imediato. Não de todos, mas daqueles que os Procuradores julgavam – e às vezes até ridiculamente – que seriam incriminadores. A eles o signatário, ou seus advogados, não tiveram acesso. São os documentos de ontem? De um ano? De dez? De uma vida inteira? Sequer foi feito um auto de apreensão, sob a pífia alegação do ‘adiantado da hora’ (18:15 hs sic). O signatário ignora o que foi apreendido e, confessa, não está disposto a se submeter a uma devassa, porque ela é ilegal e inconstitucional. Nas devassas, o devassado ‘sempre se faz suspeitoso’.

O signatário não comparece a esta CPI como testemunha. Está acusado. Publicamente. Em Inquérito policial. Em ‘procedimento’ do MP. E nesta CPI, onde, inclusive, já se pediu – e espera ele que se defira – a quebra de seu sigilo bancário e outros possíveis, óbvia observação dos princípios legais.

Por todas essas razões, reiterando o respeito que devota a essa d. Comissão Parlamentar de Inquérito, mas seguindo a orientação de seus patronos, o signatário, invocando a norma insculpida no art. 5º, LXIII da Constituição Federal, exercita o seu direito ‘de permanecer calado’, negando-se com escusas, a responder as perguntas que acaso lhe forem feitas.”

### Decido.

A Constituição explicitou dispor a comissão parlamentar de inquérito dos “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”, entre os quais avulta de importância o de intimar, fazer comparecer, se for o caso, e tomar o depoimento de qualquer pessoa sobre o fato determinado a cuja apuração se destinar: “*the power to send for persons*”.

Mas se o poder que detém a CPI é o das autoridades judiciais – e não maior que o dessas – segue-se que a ela se poderão opor os mesmos limites formais e substanciais oponíveis ao poder instrutório dos juízes.

Entre tais restrições, duas geram delicados pontos de tensão com a obrigação de falar a verdade: o **dever do sigilo**, a que esteja sujeita por lei a testemunha, e a garantia constitucional contra a incriminação – *nemo tenetur se detegere* – que tem sua manifestação mais eloquente no direito ao silêncio, invocado no caso pelo paciente.

“Trata-se” – assinalou o Presidente do Tribunal, o em. Ministro Celso de Mello (HC 77.704, 31.7.98, desp. liminar, DJ 19.8.98) – “de direito público subjetivo, revestido de expressiva significação político-jurídica, que impõe limites bem definidos à própria atividade persecutória exercida pelo Estado. Essa prerrogativa jurídica, na realidade, institui um círculo de imunidade que confere, tanto ao indiciado quanto ao próprio acusado, proteção do poder estatal e de seus agentes oficiais.

O interrogatório judicial, para ser validamente efetivado, deve ser precedido da regular científica dirigida ao réu de que este tem o direito de permanecer em silêncio, não estando obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas e nem podendo resultar-lhe, do exercício legítimo dessa prerrogativa, qualquer restrição de ordem jurídica no plano da persecução penal contra ele instaurada.

O privilégio contra a autoincriminação traduz direito público subjetivo, de estatura constitucional, assegurado a qualquer indiciado ou imputado pelo art. 5º, inciso LXIII, da nossa Carta Política. Convém enfatizar, neste ponto, que, “Embora aludindo ao preso, a interpretação da regra constitucional deve ser no sentido de que a garantia abrange toda e qualquer pessoa, pois, diante da presunção de inocência, que também constitui garantia fundamental do cidadão [...], a prova da culpabilidade incumbe exclusivamente à acusação” (ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, “Direito à Prova no Processo Penal”, p. 113, item n. 7, 1997, RT ...).”

Nos processos judiciais, o Supremo Tribunal tem sido particularmente rigoroso na salvaguarda do direito do réu ou do indiciado a permanecer calado ou recusar-se a fornecer, de qualquer

modo, prova que o possa incriminar (*v.g.*, HC 77.135, Galvão, 8.9.98; HC 75.527, Moreira, 17.6.97; HC 68.929, Celso, 22.10.91, RTJ 149/494; RE 199.570, M. Aurélio; HC 78.708, 9.3.99).

A incidência da garantia contra a autoincriminação nas investigações de CPI, em linha de princípio, é irrecusável (*v.g.*, Nelson S. Sampaio, *Inquérito Parlamentar*, FGV, 1964, p. 47 e 58).

Afirmou-o a Suprema Corte americana em diversas decisões tomadas ao longo da histeria “macartista” (*v.g.*, Quinn *v.* USA, 349 U.S 155 (1955); Emppak *v.* USA, 349 U.S 190 (1955)).

No Brasil, de sua vez, o Supremo Tribunal, já enfrentou o problema e igualmente assentou a pertinência ao inquérito parlamentar de um corolário da garantia contra a autoincriminação, qual seja, a impunibilidade da declaração mendaz do acusado.

Então Presidente da Casa, deferiu liminar para relaxar a prisão em flagrante por falso testemunho de um depoente perante a CPI da ECAD e ponderou:

“Plausível a fundamentação do pedido, em particular, a alegação de que embora depoendo como testemunha, após prestar juramento – não comete falso testemunho quem teria faltado à verdade sobre fato que o poderia aí o princípio *nemo tenetur se detegere*, explicitamente consagrado na Constituição (art. 5º LXIII) e corolário, de resto, de garantia do devido processo legal.”

O Plenário confirmou a liminar e concedeu definitivamente a ordem – HC 73.035, Pl., 13.11.96, Carlos Velloso, RTJ 163/626, consignando-se na ementa:

“I – Não configura o crime de falso testemunho, quando a pessoa, depoendo como testemunha, ainda que compromissada, deixa de revelar fatos que possam incriminá-la.”

Da pretensão de furtar-se à intimação para prestar depoimento cuidara, ao contrário, o Tribunal no HC 71.231, onde a impetração se fundava no dever de sigilo profissional a que juntido o paciente, advogado de terceiro a quem se atribuía a prática de fatos criminosos.

Por unanimidade, o Plenário indeferiu a ordem, entendendo que do segredo profissional do advogado, lhe advinha o direito de recusar-se a responder a perguntas sobre fato por ele coberto, mas não de, intimado, recusar-se a comparecimento à comissão e prestar-lhe depoimento sobre tudo o mais. Na ementa se lê – RHC 71.231, 5.5.94, Velloso, DJ 31.10.96:

“III – A intimação do paciente, que é advogado, para prestar depoimento à CPI, não representa violência ao disposto no art. 133 da Constituição nem às normas dos artigos 87 e 89 da Lei 4.215, de 1963, 406, CPC, 154, Cód. Penal, e 207, CPP. O paciente, se for o caso, invocará, perante a CPI, sempre com possibilidade de ser requerido o controle judicial, os direitos decorrentes do seu ‘status’ profissional, sujeitos, os que excederem ao crime de abuso de autoridade.”

Na complementação do seu voto, relator, o em. Ministro Carlos Velloso informou ao Tribunal de que, na mesma data, concedera liminar a outro pedido (HC 71.461) e expedira salvo conduto ao paciente para que não fosse preso ao calar sobre o que dissesse respeito ao exercício da sua profissão.

Esse, o precedente mais adequado à espécie.

A dificuldade na aplicação à CPI das normas regentes da instrução processual é a identificação de quem, na investigação parlamentar, há de ser tratado como acusado, com as garantias daí decorrentes.

O paciente – na comunicação escrita de suas razões para silenciar – demonstrou satisfatoriamente – à luz de fatos que, de resto, são notórios – as razões pelas quais se considera na condição de acusado à vista dos procedimentos de investigação criminal em curso na Polícia Federal e no Ministério Público.

Não importa que, na CPI – que tem poderes de instrução, mas nenhum poder de processar nem de julgar – a rigor, não haja acusados. A garantia contra a autoincriminação não tem limites espaciais nem procedimentais: estende-se a qualquer indagação por autoridade pública de cuja resposta possam advir subsídios à imputação ao declarante da prática de crime.

De outro lado, contudo, o objeto da CPI não se adstringe, à primeira vista, aos fatos por ele próprio referidos – “as operações entre o Banco Central do Brasil e os Bancos Marka e Fonte Cindam” – que, como noticiado, seriam alvo de tais procedimentos investigatórios: a teor da intimação (f. 5), destina-se a CPI “a apurar os fatos do conhecimento do Senado Federal, veiculados pela imprensa nacional, envolvendo instituições financeiras, sociedades de créditos, financiamento e investimento que constituem o Sistema Financeiro Nacional”.

E o paciente, ninguém o desconhece, ocupou, no último quinquênio, importantes diretorias do Banco Central, antes da sua interinidade e abortada confirmação na sua presidência: não é desarrazoado supor, assim, que além dos fatos referidos, em relação aos quais tem sido objeto de suspeitas – tenha o que declarar à comissão parlamentar de inquérito.

No entanto, sua recusa – nos termos em que explicitado na comunicação escrita que instrui a inicial – é indiscriminada: comprehende, sem ressalva, “as perguntas que acaso lhe forem feitas”. Ou seja, todas.

Nesses termos, não lhe posso deferir a ordem liminar, individual e unilateralmente, contrapondo-me à orientação unânime do plenário do tribunal no caso assimilável.

O que – é óbvio – não impede nem prejudica (se acaso ocorrida) a concessão de fiança pela autoridade policial ou, se negada essa, a da liberdade provisória, nos termos do art. 310, parág. único, do C. Pr. Penal, pelo Juiz competente.

Mas, na trilha dos mesmos precedentes (HC 71.231 e HC 71.461, liminar, DJ 9.5.94) é possível de logo – para a eventualidade de nova convocação de comparecimento à CPI – assegurar-lhe o exercício do direito ao silêncio, a respeito de tudo quanto entende que o possa incriminar.

Por isso, defiro em parte a liminar para que, retornando à CPI e prestando-lhe depoimento sobre os fatos compreendidos no objeto de sua criação, não seja o paciente preso ou ameaçado de prisão pela recusa de responder a perguntas cujas respostas entenda possam incriminá-lo.

No ponto, não cabe traçar fronteiras rígidas à invocação do direito ao silêncio, mas sim recordar o acórdão lavrado por Warren em *Emspack vs. Estados Unidos* (*in A.D. Weinberger, Liberdade e Garantias*, trad., Forense, 1965, p. 62), quando se assentou que o direito ao silêncio “seria de pouca valia se a testemunha que o invocasse ficasse obrigada a desvendar com precisão os riscos que tem”.

Nesses termos, defiro em parte a liminar, que se comunicará ao nobre e ilustre Senador Bello Parga, Presidente da CPI, solicitando informações.”

Dois dias depois, em 28.4.99, deferi a extensão da liminar requerida em favor de Sérgio Luiz de Bragança, ex-sócio do primeiro impetrante na empresa *Macrométrica* e intitulado a depor pela mesma Comissão Parlamentar de Inquérito.

Prestou informações o Vice-Presidente da CPI, o Senador José Roberto Arruda, nas quais se lê:

“No dia designado para o seu depoimento, o Sr. Francisco Lafaiete de Pádua Lopes compareceu perante o Plenário desta CPI, inclusive acompanhado por seus advogados, oportunidade na qual recusou-se a assinar o Termo de Compromisso que lhe foi apresentado por esta Presidência, negando-se, ainda, a prestar qualquer depoimento, para tanto valendo-se da garantia insculpida no inciso LXII do art. 5º da Constituição Federal, sob a alegação de que tal escólio constitucional lhe garantiria o direito de permanecer calado, conforme exposição feita em petição subscrita pelo Sr. Francisco Lopes em conjunto com seus patronos [...].

Ocorre que o inciso constitucional acima referido não tem a sua aplicação, no caso em tela, revestida do espectro de amplitude que lhe quis conferir o Sr. Francisco Lopes quando compareceu a esta CPI. Com efeito, o Sr. Francisco não foi chamado à presença desta CPI sobre adjetivação de acusado e nem muito menos adentrou às dependências do Plenário com o preso, mas sim como simples testemunha.

Diante destes fatos, o que se verificou foi o mais absoluto desrespeito à Administração da Justiça, representada neste episódio por esta Comissão Parlamentar de Inquérito, no momento em que o Sr. Francisco Lopes recusou-se a assinar o termo de compromisso que lhe foi apresentado, e, ainda, de prestar quaisquer esclarecimentos, mesmo sem assinar o referido Termo, apenas alegando que sentia-se trazido à presença desta CPI como indiciado.

Ora, a impressão vazada pelo Sr. Francisco Lopes, a par de eminentemente subjetiva, discrepa da realidade, isto porque as CPIs não detém qualquer poder de indiciamento. Sendo assim, as escusas apresentadas pelo Sr. Francisco Lopes não se revestem da seriedade necessária para descharacterizar um fato óbvio, qual seja, a infração direta à regra inserta no art. 206 do Código de Processo Penal (aplicação subsidiária por força do art. 153 do Regimento Interno do Senado Federal) onde se estatui que “A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor”.

De se notar que em petição endereçada à Presidência desta CPI, o Sr. Francisco Lopes ressalta, no item 26, que encontra-se acusado publicamente em inquérito policial, via procedimento deflagrado pelo Ministério Público. No entanto, esqueceu-se de notar que as atuações desenvolvidas por esta CPI – atuação naturalmente investigativa, no bojo do que assegura o parágrafo terceiro do art. 54 da CF/88 – não se pode confundir com as diligências levadas a cabo pelo Ministério Público Federal, todas legais, é bom que se ressalte, porque praticadas nas precisas fronteiras de um procedimento judicial.

Com efeito, a Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Mc Grain vs. Daugherty*, em 1927, disse, com justeza, que na atual prática legislativa o poder de colher seguras informações por meio de depoimentos e documentos, compulsoriamente conseguidos, para o fim de poder o Legislativo exercer sua função avisada e efetivamente, tem sido considerado atributo do poder de legislar.

O Poder Legislativo pode, com efeito, apreender certa situação, de fato a ser regulada por lei.

Entretanto, fatos existem que somente por meio de investigação mais ampla podem ser compreendidos na sua justa medida, influência e repercussão.

Portanto, não excede esta Comissão Parlamentar de Inquérito nem uma só linha da sua fronteira de competência, traçada pela Lei Maior e pelo Regimento Interno do Senado Federal, em seus arts. 145 *usque* 153, ao deliberar a oitiva do Sr. Francisco Lopes sobre fatos e circunstâncias diretamente vinculados com fato determinado do roteiro de investigações aprovado quando da constituição desta CPI.

Com efeito, qualquer outro entendimento redundaria em uma vertente hermenêutica extremamente perigosa e contrária aos reais interesses de um moderno Estado de Direito, na medida que conduziria a uma indesejável paralisação da eficiência e da efetividade das Comissões Parlamentares de Inquérito.”

E adiante:

“Outrossim e em respeito ao insigne teor da v. decisão exarada por Vossa Excelência nos autos do presente processo, informamos que esta Comissão Parlamentar de Inquérito fez acrescentar ao teor do Termo de Compromisso a seu subscrito pelos depoentes a advertência de que não se encontram ele obrigados a depor sobre fatos que julguem possam incriminá-los, mencionado expressamente a regra garantidora inserta no inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal.”

Opinou o em. Procurador-Geral da República, Geraldo Brindeiro, nestes termos:

“Cuida-se de *habeas-corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelos advogados José Gerardo Grossi e Luis Guilherme Martins Vieira em favor de Francisco Lafaiete de Pádua Lopes objetivando garantir ao paciente o direito de ‘permanecer calado’ prante a CPI, criada pelo Requerimento nº 127-99/SF, chamada ‘CPI do sistema financeiro’, sem que de sua conduta possa resultar a decretação de sua prisão, fls. 2/4 e 24/26.

A liminar requerida foi deferida, em parte, por Vossa Excelência em decisão de fls. 16/22, para que “retornando à CPI e prestando-lhe depoimento sobre os fatos compreendidos no objeto de sua criação, não seja o paciente preso ou ameaçado de prisão pela recusa de responder a perguntas cujas respostas entendam possam incriminá-lo”.

Por sua vez, o Sr. Sérgio Luiz de Bragança requereu a extensão dos efeitos da medida liminar deferida a fls. 16/22, para que “a fim de que o requerente, mesmo compromissado, não venha a ser preso, nem ameaçado de sé-lo, por se recusar a responder às perguntas que porventura entenda que lhe possam autoincriminar”, fls. 41/43.

Em razão do estreito relacionamento dos fatos articulados em ambos os pedidos, vossa Excelência, reportando-se aos fundamentos da decisão anterior, deferiu a extensão pleiteada, fls. 55/56.

O Nobre Senador José Roberto Arruda, no exercício da presidência da aludida CPI, prestou as informações requeridas ressaltando que “em respeito ao insigne teor da v. decisão exarada por Vossa Excelência nos autos do presente processo, informamos que esta comissão parlamentar de inquérito fez acrescentar ao teor do Termo de Compromisso a ser subscrito pelos depoentes a advertência que não se encontram eles obrigados a depor sobre fatos que julguem possam incriminá-los, mencionando expressamente a regra garantidora inserta no inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal”, fls. 71/75.

De fato, posteriormente ao deferimento das medidas liminares, a chamada CPI do sistema financeiro procedeu à inquirição dos Senhores Sérgio Luiz de Bragança e Francisco Lopes, ora impetrantes, respectivamente nos dias 29.04.99 e 17.08.99.

Em ambos os depoimentos, compromissados na forma do art. 203 do Código de Processo Penal, constou a ressalva de que os impetrantes não estavam compelidos a depor sobre fatos cujas respostas poderiam incriminá-los, nos termos do art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal.

Como Vossa Excelência bem destacou na decisão que deferiu, parcialmente, a medida cautelar requerida pelo primeiro impetrante, o Supremo Tribunal Federal tem estado atento à proteção do direito do réu ou do indiciado de permanecer calado em face do princípio *nemo tenetur se detegere*, explicitamente consagrado na atual Constituição Federal (art. 5º, LXIII).

Devo lembrar ainda, a propósito do tema, a famosa decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América no *Miranda Case*, na qual se inspirou o dispositivo da Constituição Brasileira, segundo a qual tal direito de permanecer calado assegura a não autoacusação (“*nemo tenetur se ipsum accusare*”), uma vez que qualquer declaração feita durante as investigações pelo suspeito poderá ser usada contra ele no processo (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 444, 478, 479, 86 S.Ct. 1602, 1612, 1630, 16 L. Ed. 2d 694).

É de se reconhecer que tal princípio incide, de igual modo, nas investigações conduzidas pelas comissões parlamentares de inquérito, uma vez que o privilégio contra a autoincriminação é assegurado a qualquer indiciado ou imputado, nos exatos termos da norma constitucional em referência. O direito de permanecer em silêncio estende-se a qualquer indagação por parte de autoridade pública investida de poder investigatório.

Muito embora se torne difícil identificar quem, no inquérito parlamentar, deva ser tratado como acusado, *in casu* os impetrantes demonstraram de modo evidente não possuírem qualidade de simples testemunhas, porquanto estão sendo investigados em procedimento próprio que tem curso na cidade do Rio de Janeiro, pelos mesmos motivos que deram ensejo à instalação da CPI.

Por outro lado, cabe ressaltar que, de acordo com orientação unânime do Plenário do Supremo Tribunal Federal (RHC 71.231 – Rel. Ministro CARLOS VELLOSO, DJ 31.10.96), não assiste direito aos impetrantes de se recusarem a responder todas as perguntas que lhes foram feitas, ou mesmo, negarem-se a comparecer, quando intimados, para prestar depoimento.

Assim, o direito de permanecer calado deve guardar equivalência com o direito dos pacientes de não responderem a perguntas cujas respostas possam lhes resultar em autoincriminação.

Ante o exposto, opina o Ministério Público Federal pelo deferimento, em parte, do *habeas corpus* para que os pacientes, caso reconvocados para depor na CPI, não sejam presos ou ameaçados de prisão pela recusa de responderem a perguntas cujas respostas entendam possam incriminá-los.”

Em 16.08.99, despachei:

“Impetrantes do HC 79.244 – requerido em favor de Francisco Lafaiete de Pádua Lopes e no qual deferi parcialmente a liminar requerida – voltam aos autos os ilustres advogados Luís Guilherme Martins Vieira e José Gerardo Grossi a pedir novo deferimento da medida cautelar, nos termos em que originalmente pleiteada.

[...]

Na presente petição – à vista do noticiário de que o paciente seria reconvocado para depor amanhã na mesma CPI – aduzem os requerentes que “Agora, já não subsiste aquela dificuldade, referida por Vossa Excelência no fundamentado despacho em que concedeu medida liminar no presente writ, consistente em identificar “quem, na investigação parlamentar, há de ser tratado como acusado, com as garantias daí decorrentes”.

“Caiu a máscara do eufemismo ‘testemunha’ com que se quis qualificar o paciente”.

A respaldar a assertiva, recordam o noticiário da imprensa nos dias seguintes ao primeiro comparecimento e à prisão em flagrante do paciente em 26 de abril último, dando conta da reação de diversos Senadores à sua recusa de depor, e relacionam os numerosos processos judiciais e administrativos em que hoje figura o ex-dirigente do Banco Central como réu ou indiciado.

À base desses elementos, o pedido final:

“É, portanto, a presente para requerer a Vossa Excelência se digne, diante dos novos fatos, conceder nova medida liminar, desta feita, nos termos em que foi primitivamente pedida na inicial, para que o paciente, mesmo comparecendo embora à sessão da CPI, possa, querendo, sem ser ameaçado, coagido e preso, recusar-se a responder a todas as perguntas que lhe forem feitas, exercendo o tradicional, secular e constitucional direito ao silêncio”.

Nada tenho, porém, que aditar ou retificar na decisão liminar primitiva, a qual, por seus próprios fundamentos, alcança o novo comparecimento a que convocado o paciente, de modo a que “retornando à CPI e prestando-lhe depoimento sobre os fatos compreendidos no objetivo de sua criação, não seja [...] preso ou ameaçado de prisão pela recusa de responder a perguntas cujas respostas entendam possam incriminá-lo”.

Os fatos agora documentados e trazidos aos autos reforçam – não há negar – a alegação, já de início satisfatoriamente demonstrada de que, no âmbito das investigações em curso na CPI, situam-se fatos nos quais a responsabilidade administrativa, civil ou penal do paciente é objeto de suspeita, quando não de outros procedimentos em curso na esfera administrativa como na órbita judicial.

Não obstante, extrair daí a afirmação antecipada do direito do paciente a não responder nenhuma das perguntas que lhe sejam feitas, equivaleria a declará-lo isento do dever de atendimento à intimação do órgão parlamentar, o que, como visto, o precedente adequado do Tribunal não autoriza.

De resto, como assinalado na decisão primitiva, o currículo do paciente – ocupante por mais de um lustro de funções de direção do Banco Central – não permite tachar *a priori* de artifiosa a hipótese de que lhe possam ser dirigidas indagações pertinentes ao objeto da CPI, mas alheias às acusações e suspeitas de que tem sido alvo.

Apenas para evitar dúvidas quanto à subsistência da liminar, nos termos em que inicialmente concedida, comunique-se o teor da presente decisão ao Senhor Presidente da Comissão de Inquérito.”

À vista do noticiário da imprensa, solicitei informações ao Senhor Presidente do Senado Federal, que me respondeu com este ofício:

“Em resposta ao Ofício nº 96/R, datado de 10 de fevereiro do corrente ano, informo a V. Exa. que os trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito criada, no Senado Federal, pelo Requerimento nº 127, de 1999, ‘destinada a apurar fatos do conhecimento do Senado Federal, veiculados pela imprensa nacional, envolvendo instituições financeiras, sociedades de crédito, financiamento e investimento que constituem o Sistema Financeiro Nacional’, foram concluídos no dia 25 de novembro de 1999, e que o relatório final foi publicado no Diário do Senado Federal, Suplemento ao nº 201, em 15 de dezembro de 1999. Em anexo.”

É o relatório.

## VOTO

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (Relator) – Deixo claro que não hesitaria, nos termos antecipados pela decisão liminar, reforçada a motivação desta pelo parecer do il. Chefe do Ministério Público, em deferir a ordem para assegurar aos impetrantes – sem prejuízo do dever de comparecimento à CPI – o direito a silenciar sobre tudo que, a seu juízo, pudesse ser utilizado para incriminá-los.

Ao contrário do que pretendem as informações, a oponibilidade à CPI do *nemo tenetur se detegere* é ponto incontrovertido na doutrina e na jurisprudência, no Brasil ou alhures: não faltará oportunidade para demonstrá-lo.

Entretanto, o encerramento de seus trabalhos e a dissolução da CPI – aliados ao fato de se haver respeitado a liminar quando do depoimento dos impetrantes – implicaram a perda do objeto pedido.

Em hipótese similar, assim decidimos ao julgar prejudicado o mandado de segurança requerido para obstar busca e apreensão determinada por CPI que, ao tempo do julgamento, já encerrara os seus trabalhos (MS 21872, Néri, 18.09.950).

*Julgo prejudicado o *habeas corpus*: é o meu voto.*



# O ENSINO RELIGIOSO DE ÍDOLE CONFESIONAL NA ESCOLA PÚBLICA TRANSGRIDE O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA LAICIDADE DO ESTADO<sup>1</sup>

JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO<sup>2</sup>

**Sumário:** 1. Possibilidade de controle normativo abstrato, pelo Supremo Tribunal Federal, da constitucionalidade de tratados, convenções ou atos de direito internacional público, como o Acordo bilateral Brasil/Santa Sé. 2. A pretensão de inconstitucionalidade. 3. A questão da liberdade humana e a intolerância, notadamente em matéria religiosa. 4. A questão da confessionalidade do Estado monárquico brasileiro e o postulado republicano da laicidade estatal no Brasil como pressuposto necessário ao pleno exercício da liberdade religiosa. 5. A Constituição de 1934 e as relações entre Estado e Igreja: uma solução de compromisso. 6. A separação formal entre Igreja e Estado, consequência natural do princípio da laicidade estatal, qualifica-se como condição essencial à prática da liberdade religiosa. 7. Neutralidade axiológica do Estado em matéria confessional e o exercício da liberdade religiosa. 8. O Estado laico não tem nem pode ter preferências de ordem confessional e não pode interferir na esfera das escolhas religiosas. 9. A não confessionalidade do ensino religioso na escola pública. 10. A Constituição da República nada mais é do que a sua própria interpretação: a questão do divórcio entre a mens legis e a mens legislatoris. 11. A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no Estado democrático de direito: a proteção das minorias, inclusive das minorias religiosas, analisada na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional. 12. Conclusão.

1. Possibilidade de controle normativo abstrato, pelo Supremo Tribunal Federal, da constitucionalidade de tratados, convenções ou atos de direito internacional público, como o Acordo bilateral Brasil/Santa Sé.

**Preliminarmente, rejeito** a alegada inadmissibilidade de controle de constitucionalidade de atos de direito internacional público celebrados pelo nosso País, como o Acordo entre o Brasil e a Santa Sé, que instituiu, entre nós, o Estatuto Jurídico da Igreja Católica Apostólica Romana.

<sup>1</sup> Voto (vencido) na ADIN 4.439/DF (2017).

<sup>2</sup> Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal.

**Impõe-se reconhecer, desde logo, que esse Acordo bilateral qualifica-se como ato internacional de conteúdo essencialmente normativo, veiculador de regras gerais, abstratas e impessoais, destinadas à observância dos Estados-Partes.**

**Sustenta-se, ainda, em preliminar, que o Supremo Tribunal Federal não dispõe de competência para apreciar a constitucionalidade de referido Acordo, eis que, tratando-se de ato internacional de caráter bilateral, esse controle abstrato transcenderia a esfera jurídica de interesse meramente unilateral do Estado brasileiro, afetando, em consequência, as relações normativas já estabelecidas, entre o Brasil e a Santa Sé, no plano internacional.**

**Registre-se, por necessário, que o Acordo em questão já se acha formalmente incorporado ao plano do direito positivo interno do Brasil, pois foi aprovado pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 698/2009) e promulgado pelo Presidente da República (Decreto nº 7.107/2010).**

As cláusulas convencionais, inscritas em mencionado Acordo, agora reduzidas à dimensão doméstica do ordenamento jurídico brasileiro, expõem-se, em consequência, ao pleno controle jurisdicional de constitucionalidade.

**Na realidade, a fiscalização de constitucionalidade dos atos de direito internacional (rectius: dos atos estatais domésticos que incorporaram as normas convencionais ao sistema de direito positivo interno) qualifica-se, na perspectiva do sistema jurídico vigente no Brasil, como consequência necessária que deriva da irrecusável supremacia da Constituição da República sobre todos os tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro.**

**Sabemos que o exercício do treaty-making power pelo Estado brasileiro, não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, está sujeito à observância das limitações jurídicas emergentes do texto constitucional.**

A Constituição qualifica-se como o estatuto fundamental da República. Nessa condição, todas as leis domésticas e tratados celebrados pelo Brasil estão subordinados à autoridade hierárquico-normativa desse instrumento básico que é a nossa Carta Política. Portanto, nenhum valor jurídico terá o ato de direito internacional público que, incorporado ao nosso sistema normativo interno, transgredir, formal ou materialmente, o texto da Constituição da República, considerada a posição de

eminência da Lei Fundamental, como já decidiu esta Corte (ADI 2.215-MC/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) e entende o magistério da doutrina (MARCELO REBELO DE SOUSA, **O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional**, vol. I/77, 1988, Lisboa; MARCELO NEVES, **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**, p. 68/85, 1988, Saraiva; JOSÉ AFONSO DA SILVA, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 54/58, item n. 15, 15<sup>a</sup> ed., 1998, Malheiros; OSWALDO LUIZ PALÚ, **Controle de Constitucionalidade**, p. 75/76, 1999, RT; ALFREDO BUZAID, **Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**, p. 132, item n. 60, 1958, Saraiva; RUY BARBOSA, **Comentários à Constituição Federal Brasileira**, vol. IV/135 e 159, **coligidos** por Homero Pires, 1933, Saraiva; ALEXANDRE DE MORAES, **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**, p. 270, item n. 6.2.1, 2000, Atlas; ELIVAL DA SILVA RAMOS, **A Inconstitucionalidade das Leis**, p. 119 e 245, itens ns. 28 e 56, 1994, Saraiva; OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, **A Teoria das Constituições Rígidas**, p. 204/205, 2<sup>a</sup> ed., 1980, Bushatsky, v.g.).

É que o sistema jurídico brasileiro não confere qualquer precedência hierárquico-normativa aos atos internacionais sobre o ordenamento constitucional. É essencial reconhecer, portanto, que a inconstitucionalidade de tratados, convenções ou atos de direito internacional público impedirá a aplicação de suas normas na ordem jurídica interna brasileira, ao contrário do que prevalece, p. ex., no sistema normativo vigente em Portugal, cuja Constituição (1976), com as alterações introduzidas pela Segunda Revisão Constitucional (1989), excepcionalmente admite a incidência de normas **formalmente** inconstitucionais **constantes** de tratados internacionais (**art. 277, n. 2**): “*A inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa, desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental*”.

Desse modo, a relação de eventual antinomia entre o tratado internacional e a Constituição da República impõe que se atribua, no sistema de direito positivo vigente no Brasil, irrestrita precedência hierárquica à ordem normativa consubstanciada no texto constitucional. Daí a procedente advertência de JOSÉ FRANCISCO REZEK (**Direito dos Tratados**, p. 462/463, item n. 388, 1984, Forense):

*Assim, posto o primado da constituição em confronto com a norma pacta sunt servanda, é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isto signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder.*

*Embora sem emprego de linguagem direta, a Constituição brasileira deixa claro que os tratados se encontram aqui sujeitos ao controle de constitucionalidade, a exemplo dos demais componentes infraconstitucionais do ordenamento jurídico.*

*Tão firme é a convicção de que a lei fundamental não pode sucumbir, em qualquer espécie de confronto, que nos sistemas mais obsequiosos para com o Direito das Gentes tornou-se incontrável o preceito segundo o qual todo tratado conflitante com a constituição só pode ser concluído depois de se promover a necessária reforma constitucional.*

.....

*Abstraída a constituição do Estado, sobrevive o problema da concorrência entre tratados e leis internas de estatura infraconstitucional. A solução, em países diversos, consiste em garantir prevalência aos tratados. Noutros, entre os quais o Brasil contemporâneo, garante-se-lhes apenas um tratamento paritário, tomadas como paradigma as leis nacionais e diplomas de grau equivalente. (grifei)*

Foi por essa razão, e tendo presente o absoluto primado da Constituição da República sobre os atos de direito internacional público, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, atuando em sede de controle normativo abstrato (Rp 803/DF), declarou a inconstitucionalidade parcial da Convenção nº 110 da Organização Internacional do Trabalho (RTJ 84/724, Rel. Min. DJACI FALCÃO).

**O** eminent Professor CELSO LAFER, quando Ministro das Relações Exteriores, ao propor à Presidência da República o encaminhamento, ao Congresso Nacional, do texto da *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*, entendeu conveniente enfatizar, em sua Exposição de Motivos, com inteira correção e absoluto rigor acadêmico, a necessária subordinação hierárquica dos atos internacionais à ordem normativa fundada na Constituição da República (**Diário do Congresso Nacional**, Seção I, de 19/5/92, p. 9241):

*(...) Seja como for, a eventual aprovação integral da Convenção, mesmo sem qualquer reserva, pelo Congresso Nacional, nunca poderia ser tomada como postergatória de normas constitucionais, já que no Brasil não se tem admitido que os tratados internacionais se sobreponham à Constituição. (grifei)*

**O fato irrecusável**, no sistema jurídico vigente no âmbito do Estado brasileiro, reside na circunstância de que todos os tratados e convenções celebrados pelo Brasil devem necessariamente conformar-se ao domínio normativo da Constituição da República, sob pena de invalidade e de ineficácia das cláusulas convencionais.

Não há dúvida, portanto, de que se revela possível impugnar in abstracto, perante o Supremo Tribunal Federal, a legitimidade constitucional de atos normativos de direito internacional público, desde que, reitere-se, já incorporados ao plano do direito positivo interno brasileiro.

O magistério doutrinário, por sua vez, reconhece a possibilidade jurídica de os atos domésticos que aprovaram (decreto legislativo) e que promulgaram (decreto presidencial) os tratados e convenções internacionais, incorporando-os formalmente ao plano do direito positivo interno, qualificarem-se como atos passíveis de controle abstrato de constitucionalidade (GILMAR FERREIRA MENDES, **Jurisdição Constitucional**, p. 155 e 168, 1996, Saraiva; CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, p. 142, 1995, RT; ANTONIO PAULO CACHAPUZ DE MEDEIROS, **O Poder de Celebrar Tratados**, p. 277, 1995, Fabris Editor, Porto Alegre; JOSÉ FRANCISCO REZEK, **Direito Internacional Público**, p. 104, item n. 49, 5<sup>a</sup> ed., 1995, Saraiva, v.g.).

Mais do que isso, o próprio Supremo Tribunal Federal, **ao apreciar** essa questão **sob a égide** da Carta Política de 1969, **expressamente admitiu** a sua competência para, em sede de fiscalização concentrada, efetuar a verificação em abstrato da constitucionalidade de atos internacionais, enfatizando que as regras acolhidas em tratado **ou** em convenção, não obstante oriundas de *instrumento internacional* (...), não guardam validade na órbita interna, se afrontam preceito da *Lei Magna* (**RTJ 84/724**, 727, Rel. Min. DJACI FALCÃO – grifei).

Esta Suprema Corte, **ao reconhecer** a competência do Poder Judiciário **para efetuar** o controle de constitucionalidade dos atos internacionais, limitou-se, na realidade, a proclamar a inquestionável supremacia jurídica da ordem constitucional **sobre as prescrições** emergentes de qualquer tratado internacional, pois, consante adverte PONTES DE MIRANDA (**Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**, tomo IV/146, item 35, 2<sup>a</sup> ed., 1974, RT), também ao tratado, como a qualquer lei, se exige ser constitucional (grifei).

Na verdade, essa compreensão do tema, que confere absoluta precedência à Constituição da República sobre os tratados internacionais celebrados pelo Brasil, tem sido reiterada em outros julgamentos do Supremo Tribunal Federal, de que constituem exemplos expressivos as decisões proferidas no RE 109.173/SP, de

que foi Relator o eminente Ministro CARLOS MADEIRA (RTJ 121/270-276), e na ADI 1.480/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

Assim sendo, rejeito a preliminar suscitada e reconheço, em consequência, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal efetuar o controle abstrato de constitucionalidade do Acordo Brasil/Santa Sé, porque, não obstante o caráter bilateral desse ato normativo internacional, está ele sujeito, uma vez incorporado definitivamente ao direito positivo interno do Brasil, à eficácia subordinante das cláusulas inscritas na Constituição da República.

## 2. A pretensão de inconstitucionalidade

O Acordo Brasil/Santa Sé, que dispõe sobre o Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, sofreu impugnação, em sede de controle normativo abstrato, por iniciativa da Senhora Procuradora-Geral da República em exercício.

Com efeito, a douta Procuradoria-Geral da República ajuizou a presente ação direta para que esta Corte Suprema “(i) realize interpretação conforme a Constituição do art. 33, ‘caput’ e §§ 1º e 2º, da Lei no 9.394/96, para assentar que o ensino religioso em escolas públicas só pode ser de natureza não-confessional, com proibição de admissão de professores na qualidade de representantes das confissões religiosas; (ii) profira decisão de interpretação conforme a Constituição do art. 11, § 1º, do ‘Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil’, aprovado pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 698/2009 e promulgado pelo Presidente da República através do Decreto nº 7.107/2010, para assentar que o ensino religioso em escolas públicas só pode ser de natureza não-confessional; ou (iii) caso se tenha por incabível o pedido formulado no item imediatamente acima, seja declarada a inconstitucionalidade do trecho ‘católico e de outras confissões religiosas’, constante no art. 11, § 1º, do Acordo Brasil-Santa Sé acima referido” (grifei).

É interessante observar, neste ponto, para efeito de mero registro histórico, que o Estado brasileiro celebrou, até hoje, 03 (três) **Acordos diplomáticos** com a Santa Sé: o primeiro deles, formalizado em 28/10/1862, durante o Segundo Reinado **e sendo** Romano Pontífice o Papa Pio IX, referente à Troca de Notas Rever-sais entre o Governo Imperial do Brasil **e** o Governo Pontifício a respeito do envio, organização **e** direção das missões apostólicas **junto** às *Tribos indígenas do Império*

*do Brasil; o segundo*, concluído em 23/10/1989, **no Pontificado** de João Paulo II, denominado *Acordo bilateral* sobre assistência religiosa às Forças Armadas brasileiras; *e, finalmente, o terceiro* pactuado **no Pontificado** de Bento XVI, **intitulado** *Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil*, **que foi objeto** de aprovação congressional (**Decreto Legislativo** nº 698/2009), de ratificação presidencial *e*, posteriormente, de promulgação mediante edição do Decreto nº 7.107/2010.

*Sendo esse o contexto, entendo necessário estabelecer algumas premissas que tenho por indispensáveis à formulação de meu voto na presente causa.*

**3. A questão da liberdade humana e a intolerância, notadamente em matéria religiosa**

Regimes democráticos **não convivem** com práticas de intolerância **ou, até mesmo**, com comportamentos de ódio, **pois** uma de suas características essenciais **reside**, *fundamentalmente, no pluralismo de ideias e na diversidade* de visões de mundo, **em ordem a viabilizar, no contexto de uma dada formação social, uma comunidade inclusiva** de cidadãos, **que se sintam livres e protegidos** contra ações estatais **que lhes restrinjam** os direitos por motivo de crença religiosa **ou** de convicção política ou filosófica.

**Vê-se, portanto, que a intolerância**, que traduz a antítese da ideia de respeito à alteridade, **transgride, de modo frontal, valores básicos**, como a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político (**CF**, art. 1º, III e V), **que compõem, enquanto fundamentos estruturantes que são, a própria** noção de Estado Democrático de Direito.

**O que se mostra irrecusável**, *presente essa configuração da ordem democrática, consiste* no fato de que a observância desses padrões constitucionais, **notadamente** o voto absoluto **a qualquer** discriminação **atentatória** aos direitos e liberdades fundamentais (**CF**, art. 5º, XLI), **representa** fator essencial à preservação e consolidação de uma sociedade política aberta e plural.

**Nesse contexto**, Senhora Presidente, **emerge**, como significativo valor que dá expressão às prerrogativas político-jurídicas reconhecidas **em favor** do indivíduo, **a liberdade** de manifestação de pensamento, **que se qualifica** como um dos mais preciosos privilégios dos cidadãos em uma República que se apresente **estruturada**

em bases democráticas e **regida**, *por isso mesmo, pelo princípio fundamental do pluralismo político.*

**Tenho sempre enfatizado**, *nesta Corte, que nada se revela mais nocivo e mais perigoso do que a pretensão do Estado de reprimir ou de cercear a liberdade de expressão, **inclusive em matéria confessional**, mesmo que se objetive, **com apoio** nesse direito fundamental, **notadamente** no campo da liberdade religiosa, **expor** ideias, oferecer propostas doutrinárias **ou apresentar** formulações teológicas **que a maioria** da coletividade repudie, **pois**, *nesse tema, guardo a convicção de que o pensamento há de ser livre, permanentemente livre, essencialmente livre.**

**Inquestionável**, *desse modo, que a liberdade religiosa qualifica-se como pressuposto essencial e necessário **à prática** do regime democrático. **A livre** expressão de ideias, pensamentos e convicções, em sede confessional, **não pode e não deve ser impedida** pelo Poder Público **nem submetida** a ilícitas interferências do Estado.*

**Nenhuma** autoridade **pode** prescrever **o que será ortodoxo** em política, **ou** em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, jurídica, social, ideológica **ou confessional**, **nem** estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição à própria manifestação do pensamento. **Isso** porque *o direito de pensar, falar e escrever livremente, sem censura, sem restrições ou sem interferência governamental representa, conforme **adverte** HUGO LAFAYETTE BLACK, **que integrhou** a Suprema Corte dos Estados Unidos da América (1937-1971), **o mais precioso privilégio dos cidadãos** (Crença na Constituição, p. 63, 1970, Forense).*

**Resulta claro**, *pois, que o tratamento constitucional dispensado, entre outras prerrogativas fundamentais da pessoa, à liberdade religiosa deslegitima qualquer medida individual **ou** governamental de intolerância **e** de desrespeito ao princípio básico **que consagra** o pluralismo de ideias.*

**Importante rememorar**, *neste ponto, a afirmação* de NORBERTO BOBBIO (Elogio da Serenidade e Outros Escritos Morais, p. 149/155, 2000, UNESP) **quando** esse notável pensador italiano **registra** que *a ideia de tolerância nasceu e se desenvolveu no terreno das controvérsias religiosas e que deu suporte, a partir do reconhecimento da liberdade religiosa, à formação dos Estados não confessionais, dando origem*, como natural consequência desse processo, **ao surgimento do espírito laico**, *como aquele modo de pensar que confia o destino do regnum hominis mais à razão crítica que aos impulsos da fé, assim forjando, com apoio no princípio*

da tolerância, *o respeito pela consciência alheia, na medida em que* o princípio da liberdade de religião **significa** o direito **não só** daqueles que professam uma religião, *mas também* daqueles que *não professam nenhuma*.

**Sabemos** que a liberdade de manifestação do pensamento, *revestida de essencial transitividade, destina-se* a proteger *qualquer pessoa* cujas opiniões **possam, até mesmo, conflitar** com as concepções prevalecentes, *em determinado momento histórico, no meio social, impedindo* que incida *sobre ela*, por conta e efeito de suas convicções, *não obstante minoritárias, qualquer* tipo de restrição de índole política **ou** de natureza jurídica, *pois todos hão de ser igualmente livres para exprimir ideias, ainda que estas possam surgir-se ou revelar-se em desconformidade frontal com a linha* de pensamento dominante no âmbito da coletividade.

**As ideias**, *ninguém o desconhece, podem ser fecundas, libertadoras, transformadoras ou, até mesmo, revolucionárias e subversivas, provocando* mudanças, **superando** imobilismos **e rompendo** paradigmas *até então estabelecidos* nas formações sociais.

**É por isso que se impõe** construir espaços de liberdade, *em tudo compatíveis* com o sentido democrático **que anima** nossas instituições políticas, jurídicas e sociais, **para que** o pensamento, **inclusive** o pensamento religioso, **não seja reprimido e, o que se mostra fundamental, para que** as ideias **possam** florescer, *sem inéditas restrições*, em um ambiente de plena tolerância, que, **longe de sufocar opiniões divergentes, legitime** a instauração do dissenso **e viabilize, pelo conteúdo argumentativo do discurso fundado** em convicções antagônicas, **a concretização** de valores essenciais à configuração do Estado democrático de direito: **o respeito ao pluralismo político e à tolerância**.

**Mostra-se relevante destacar**, considerado *o valor incomparável da tolerância, a proclamação* aprovada, em 1995, pela Conferência Geral da UNESCO (**Declaração de Princípios sobre a Tolerância**), **que a define como** *a harmonia na diferença e como o sustentáculo dos direitos humanos, do pluralismo (inclusive o pluralismo cultural), da democracia e do Estado de Direito, ao mesmo tempo em que adverte* que *praticar a tolerância não significa (...) renunciar às próprias convicções, traduzindo*, ao contrário, **um dos efeitos virtuosos** dessa atitude positiva **em face** de terceiros, **o que estimulará, naturalmente, a aceitação e o respeito** pela diversidade das pessoas **e** pela multiculturalidade dos povos, **assim**

**evitando** que irrompam, *no seio das formações sociais*, a exclusão, a marginalização, a violência **e** a discriminação **contra os grupos vulneráveis**.

**Daí a essencialidade de propiciar-se a livre circulação de ideias**, particularmente no plano das formulações de ínole confessional, eis que tal prerrogativa individual **representa** um signo **inerente** às formações democráticas **que convivem** com a diversidade, *vale dizer, com pensamentos antagônicos que se contrapõem, em permanente movimento dialético*, a padrões, convicções e opiniões que exprimem, *em dado momento histórico-cultural, o mainstream, ou seja, a corrente dominante* em determinada sociedade.

**Em uma palavra: o direito de dissentir**, que constitui irradiação das liberdades do pensamento, **não obstante** a sua extração eminentemente constitucional, **deslegitima-se** quando a sua exteriorização **atingir, lesionando-os, valores e bens jurídicos postos sob a imediata tutela da ordem constitucional, como sucede** com o direito de terceiros à incolumidade de seu patrimônio moral.

**É por tal razão que a incitação** ao ódio público *contra qualquer* pessoa, povo ou grupo social **não está protegida** pela cláusula constitucional **que assegura a liberdade de expressão**.

**Cabe relembrar, neste ponto, a própria** Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), cujo Art. 13, § 5º, **exclui, do âmbito de proteção da liberdade de manifestação do pensamento, toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência**.

**Bastante expressiva**, também, *a esse respeito, foi a decisão* que o Plenário do Supremo Tribunal Federal **proferiu, por unanimidade, no julgamento da ADPF 187/DF, de que fui Relator**, que restou consubstanciado, *no ponto ora em exame, em acórdão assim ementado*:

*(...) **A LIBERDADE DE EXPRESSÃO** COMO UM DOS MAIS PRECIOSOS PRIVILÉGIOS DOS CIDADÃOS EM UMA REPÚBLICA FUNDADA EM BASES DEMOCRÁTICAS – **O DIREITO À LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO**: NÚCLEO DE QUE SE IRRADIAM OS DIREITOS DE CRÍTICA, DE PROTESTO, DE DISCORDÂNCIA E DE LIVRE CIRCULAÇÃO DE IDEIAS (...) **DISCUSSÃO QUE DEVE SER REALIZADA DE FORMA RACIONAL, COM RESPEITO** ENTRE INTERLOCUTORES E SEM POSSIBILIDADE LEGÍTIMA DE REPRESSÃO ESTATAL, **AINDA QUE AS IDEIAS PROPOSTAS POSSAM***

*SER CONSIDERADAS, PELA MAIORIA, ESTRANHAS, INSUPORTÁVEIS, EXTRAVAGANTES, AUDACIOSAS OU INACEITÁVEIS – O SENTIDO DE ALTERIDADE DO DIREITO À LIVRE EXPRESSÃO E O RESPEITO ÀS IDEIAS QUE CONFLITEM COM O PENSAMENTO E OS VALORES DOMINANTES NO MEIO SOCIAL – CARÁTER NÃO ABSOLUTO DE REFERIDA LIBERDADE FUNDAMENTAL (CF, art. 5º, incisos IV, V e X; CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Art. 13, § 5º) – A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE PENSAMENTO COMO SALVAGUARDA NÃO APENAS DAS IDEIAS E PROPOSTAS PREVALECENTES NO ÂMBITO SOCIAL, MAS, SOBRETUDO, COMO AMPARO EFICIENTE ÀS POSIÇÕES QUE DIVERGEM, AINDA QUE RADICALMENTE, DAS CONCEPÇÕES PREDOMINANTES EM DADO MOMENTO HISTÓRICO-CULTURAL, NO ÂMBITO DAS FORMAÇÕES SOCIAIS – O PRINCÍPIO MAJORITÁRIO, QUE DESEMPENHA IMPORTANTE PAPEL NO PROCESSO DECISÓRIO, NÃO PODE LEGITIMAR A SUPRESSÃO, A FRUSTRAÇÃO OU A ANIQUILAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, COMO O LIVRE EXERCÍCIO DO DIREITO DE REUNIÃO E A PRÁTICA LEGÍTIMA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, SOB PENA DE COMPROMETIMENTO DA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL – A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – INADMISSIBILIDADE DA PROIBIÇÃO ESTATAL DO DISSENTO – NECESSÁRIO RESPEITO AO DISCURSO ANTAGÔNICO NO CONTEXTO DA SOCIEDADE CIVIL, COMPREENDIDA COMO ESPAÇO PRIVILEGIADO QUE DEVE VALORIZAR O CONCEITO DE LIVRE MERCADO DE IDEIAS – O SENTIDO DA EXISTÊNCIA DO FREE MARKETPLACE OF IDEAS COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL E INERENTE AO REGIME DEMOCRÁTICO (AC 2.695-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO) – A IMPORTÂNCIA DO CONTEÚDO ARGUMENTATIVO DO DISCURSO FUNDADO EM CONVICÇÕES DIVERGENTES – A LIVRE CIRCULAÇÃO DE IDEIAS COMO SÍNTESE IDENTIFICADOR DAS SOCIEDADES ABERTAS, CUJA NATUREZA NÃO SE REVELA COMPATÍVEL COM A REPRESSÃO AO DISSENTO E QUE ESTIMULA A CONSTRUÇÃO DE ESPAÇOS DE LIBERDADE EM OBSÉQUIO AO SENTIDO DEMOCRÁTICO QUE ANIMA AS INSTITUIÇÕES DA REPÚBLICA (...).*

*(ADPF 187/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)*

*Vê-se, portanto, que o direito ao dissenso, ainda que se revele no plano sensível e delicado das convicções de caráter religioso desde que não resvale, abusivamente, quanto ao seu exercício, para o campo do direito penal, vindo a concretizar, em virtude de conduta desviante, qualquer dos delitos contra a honra (calúnia, difamação ou injúria), encontra suporte legitimador em nosso ordenamento jurídico, mesmo que, de sua prática, possam resultar posições, opiniões ou ideias que não refletem o pensamento eventualmente prevalecente em dado meio social ou que, até mesmo, hostilizem severamente, por efeito de seu conteúdo argumentativo, a corrente majoritária de pensamento em determinada coletividade.*

*Memoráveis, por isso mesmo, as palavras do Justice OLIVER WENDELL HOLMES, JR. (que foi Juiz da Suprema Corte dos EUA), no caso *United States v. Rosika Schwimmer**

mer (279 U.S. 644), **proferidas**, em 1929, em notável e histórico *voto vencido* (**hoje qualificado** como uma *powerful dissenting opinion*), **então** inteiramente acompanhado pelo Juiz Louis Brandeis, **nas quais** HOLMES **deixou positivado** um *dictum imorredouro fundado* na Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, **que reproduzo**, *a seguir, em livre tradução*:

(...) **but** IF there is any principle of the Constitution that more imperatively calls for attachment than any other it is the principle of free thought not free thought for those who agree with us BUT freedom for the thought that we hate. (mas, se há algum princípio da Constituição que deva ser imperiosamente observado, **mais** do que qualquer outro, é o **princípio** que consagra a liberdade de expressão do pensamento, **mas não a liberdade do pensamento apenas em favor** daqueles **que concordam** conosco, mas, sim, a liberdade do pensamento que nós próprios odiamos e repudiamos.) (grifei)

Trata-se de fragmento histórico **e** retoricamente poderoso **que bem define o verdadeiro sentido da proteção constitucional** à liberdade de manifestação do pensamento: **GARANTIR** não apenas o direito daqueles **que pensam como nós**, **MAS**, igualmente, **PROTEGER** o direito **dos que sustentam ideias que odiamos, abominamos e**, até mesmo, repudiamos!

**O pluralismo político** (que legitima a livre circulação de ideias e que, por isso mesmo, estimula a prática da tolerância) **exprime**, por tal razão, **um dos fundamentos estruturantes** do Estado democrático de Direito! É o **que expressamente proclama**, em seu art. 1º, inciso V, **a própria** Constituição da República.

**É importante assinalar**, nesse ponto, **as reflexões** que BARUCH DE ESPINOSA **expôs** em seu **Tratado Teológico-Político** (2ª ed., 2008, Martins Fontes), um livro forjado no inferno, **segundo** um de seus críticos, **que constitui**, no entanto, **a despeito** das inúmeras objeções contra ele feitas, **um dos textos filosóficos mais relevantes e influentes** na história do pensamento ocidental, **a ponto** de a comunidade hebraica de Amsterdam havê-lo anatematizado, **impondo-lhe o “herem”**.

**Com efeito**, ESPINOSA, cuja vida foi **inteiramente** dedicada, *no plano filosófico, ao exame* da questão fundamental da liberdade humana, **jamais se despojou** de seu espírito crítico, **havendo sido punido**, pela Sinagoga Portuguesa de Amsterdam, **como salientado, com a sanção do herem, vale dizer**, com a exclusão da comunidade hebraica daquela cidade **por razões** que claramente se apoiavam em lamentável juízo de intolerância, **que considerou heréticos**, tanto o pensamento antagônico quanto as lições desse filósofo holandês, **que assinalava**, *em suas reflexões*

*xões teóricas, que a narrativa contida na Bíblia deveria expor-se, como qualquer outro livro, à crítica histórica, pelo fato, segundo ele, de a Bíblia constituir uma obra metafórico-alegórica que não pede leitura racional (...).*

**E tudo isso** porque ESPINOSA, cujo pensamento filosófico **exaltava** a liberdade individual, **especialmente** em matéria religiosa, **procedeu**, nessa única obra publicada em vida, à **defesa incondicional** da liberdade de expressão, **o que levou estudiosos** de suas ideias a reconhecer, em seu *Tratado Teológico-Político*, **que esse livro consubstanciava**, verdadeiramente, *um elogio da tolerância e uma apologia da democracia*.

**Na visão filosófica** de ESPINOSA, **tornava-se claro** que assuntos de teologia e questões de Estado revelavam-se matérias **que não deveriam confundir-se**, pois tinha ele, *por incontestável*, **que nem a teologia** deveria subordinar-se à razão de Estado **nem esta** ao pensamento teológico, **mesmo porque** as convicções no domínio religioso **pertencem**, **exclusivamente**, **ao plano** da razão individual **e** ao foro íntimo **de cada ser humano**, **que é**, no âmbito da religião, **a suprema autoridade**.

**A necessária** delimitação **entre a esfera religiosa**, que concerne ao espírito, **e o domínio secular**, que é regido pelo Estado, **constitui** fator, por excelência, da liberdade humana, **pois**, adverte ESPINOSA nessa obra escrita **em pleno** século XVII, **o verdadeiro fim do Estado é (...) a liberdade** (*op. cit.*, cap. XX, p. 302).

**Inquestionável**, desse modo, **que o Estado**, quando busca impor o predomínio de uma dada religião **ou quando pretende restringir** os direitos de quem professa (**ou deixa** de professor) determinada fé religiosa, **instituindo** medidas de repressão **ou** de discriminação contra aqueles que exercem as prerrogativas **inerentes** à liberdade religiosa, **revela**, em toda a sua onipotência, **a face intolerante** que as modernas Constituições de Estados democráticos **repudiam**, certamente atentas a uma advertência **que**, **atravessando** os séculos **e apoiada** no pensamento filosófico de ESPINOSA **que põe ênfase** na questão da liberdade humana **e que exalta** a virtude da tolerância, **reconhece** os perigos **resultantes** do extravazamento, **pela teologia**, dos limites que a circunscrevem, **projetando-a sobre domínios a ela estranhos**, com o propósito de **controle** das instituições seculares **e, por consequência, de subjugação** do espírito que anima e alimenta o direito inalienável de ser **essencialmente** livre.

#### 4. A questão da confessionalidade do Estado monárquico brasileiro e o postulado republicano da laicidade estatal no Brasil como pressuposto necessário ao pleno exercício da liberdade religiosa

Sabemos todos, Senhora Presidente, que o advento da Proclamação da República importou em ruptura de antiga tradição que, oriunda de nosso passado colonial, prevaleceu no Brasil desde o seu Descobrimento até a instauração da nova ordem política em 15 de novembro de 1889 e que consagrava, entre nós, o catolicismo como religião oficial do Estado.

Essa situação prolongou-se durante o período colonial, como se vê da legislação reinol e, sobretudo, das Ordenações do Reino (*Afonsinas, Manuelinas e Filipinas*), subsistindo na fase da dominação espanhola (1580/1640) e projetando-se até a instituição do Brasil como Reino Unido ao de Portugal e Algarves (1815).

**Com a independência nacional**, o Brasil manteve a sua condição de *Estado confessional*, pois a Carta Política de 25/03/1824 proclamava, em seu art. 5º, que “*A Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular, em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de Templo*”, estabelecendo, ainda, que “*Ninguém pode ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado (...)*” (art. 179, n. V – grifei).

**Com a República**, no entanto, *como anteriormente assinalado*, **sobreveio a ruptura** preconizada pelos positivistas, **cujo suporte legitimador** apoiou-se no Decreto nº 119 - A, de 07/01/1890, editado pelo Governo Provisório, **que aprovou** o projeto **elaborado** por Ruy Barbosa e Demetrio Nunes Ribeiro.

**Em decorrência** desse ato, operou-se uma rígida, formal e orgânica separação entre Igreja e Estado, afastando da jovem República brasileira a nota de confessionalidade que caracterizara, até então, o Estado no Brasil, **que passou a ostentar o perfil de Estado verdadeiramente laico, como se pode ver, p. ex., do Decreto nº 181, de 24/01/1890, cujo texto veio a reconhecer como juridicamente válido, de forma absolutamente inovadora, apenas** o casamento civil.

**Vê-se, portanto, que é na República** que se situa o marco histórico-temporal **consagrador do princípio básico da laicidade estatal**, de cuja incidência **derivam, pelo menos, três consequências de fundamental importância: (a) a separação**

orgânica entre Igreja e Estado, **a propiciar** uma nítida linha divisória **entre a esfera secular ou temporal**, de um lado, e **o domínio espiritual**, de outro; (b) **a neutralidade** axiológica do Estado em matéria confessional, **a significar** que o Poder Público **não tem** preferência **nem** aversão *a qualquer* denominação religiosa; e (c) **o respeito incondicional** à liberdade religiosa, cuja prática **não** pode sofrer interferência do aparelho de Estado, **seja** para favorecer **aquele que a exerce ou aquele que opta por não professar** religião alguma, **seja**, *ainda*, para prejudicá-los.

**Ninguém desconhece que o caráter confessional do Estado monárquico brasileiro**, com seus conseqüários de ordem institucional, **como o direito** de Padroado, **o benplácito régio e o recurso** à Coroa, **culminaria por tornar inevitáveis os conflitos entre** a Igreja Católica Romana **e o Trono Imperial, como sucedeu** no contexto da conhecida *Questão Religiosa ou Questão Epíscopo-Maçônica* (1872-1875), **sem se falar**, como relembra JOÃO CAMILLO DE OLIVEIRA TÔRRES (A Democracia Coroada, p. 403, 2<sup>a</sup> ed., 1964, Vozes), **da supressão** do noviciado nas Ordens Religiosas **e das tentativas cismáticas e das propostas regalistas** do Padre Diogo Antônio Feijó, **que sustentava a legitimidade da interferência do poder civil em assuntos eclesiásticos**, tanto que tal comportamento político deu origem, no Período Regencial, notadamente entre 1831 e 1834, à *crise da Questão Clerical*, que consistiu *na proposta de abolição do celibato sacerdotal*.

Na base desses conflitos **estava a tentativa de submeter**, ao poder secular do Estado, **o exercício** dos direitos eclesiásticos **titularizados** pela Igreja Romana. **Esse fato vem corroborado** em cartas particulares **dirigidas** por Bispos diocesanos ao Imperador, **nas quais são relatadas** ingerências descabidas de autoridades civis na vida eclesiástica, sempre com o objetivo de subordinar a Igreja ao Estado, tanto que houve tentativas, **como aquela empreendida** por Bernardo Pereira de Vasconcelos, em seus dias veementes de líder oposicionista no Primeiro Reinado, **de instituir**, no Estado monárquico brasileiro, uma Igreja **estruturada** segundo as concepções **regalistas** de poder, em clara demonstração de *nacionalismo religioso*.

Esse quadro histórico **revela-nos** a alta inconveniência de adotar-se determinada religião **como sendo** a religião de um particular Estado nacional. **É que a confessionalidade** do Estado **acaba por suprimir** a independência necessária de que deve gozar a Igreja, *qualquer que seja a denominação religiosa que ela represente*. **Quando Campos Salles**, em sua condição de Presidente-eleito do Brasil, **visitou** a Santa Sé, *em agosto de 1898*, **manteve encontro formal** com o Papa Leão XIII. **Conforme relata** TOBIAS MONTEIRO (O Presidente Campos Salles na

**Europa**, p. 144, Itatiaia/EDUSP), o Romano Pontífice, **dirigindo-se** a Campos Salles, *encareceu as vantagens por ela* [Igreja Católica] *conquistadas entre nós depois da Proclamação da República, em uma clara* (e diplomática) **referência ao grave conflito** que irrompera, *havia pouco mais de um quarto de século*, entre o Império do Brasil **e** a Igreja Católica Apostólica Romana.

**Torna-se importante reconhecer**, *bem por isso, a essencial necessidade* de se estabelecerem espaços de independente atuação, **sem** recíprocas interferências, **entre** a Igreja **e** o Estado, **criando-se** o que Thomas Jefferson, **já Presidente** dos Estados Unidos da América, **em carta dirigida** à Congregação da Igreja Batista, em Danbury, no Estado de Connecticut, em 01 de janeiro de 1802, *denominara a wall of separation between Church and State, demonstrando*, assim, a nítida percepção **de que a separação formal** (e efetiva) entre Igreja e Estado **constitui pressuposto necessário** à realização de um duplo e fundamental objetivo: *de um lado, impedir* que o poder do Estado venha a interferir no direito ao livre exercício dos cultos religiosos, **quaisquer** que sejam, **transgredindo**, *desse modo, a prática* da liberdade religiosa; **e, de outro, obstar** que grupos religiosos, **inclusive facções** fundamentalistas, **intervindo** no desempenho das funções governamentais, **venham a apropriar-se** do aparelho estatal, **submetendo-o** aos desígnios de uma dada confissão religiosa.

**Quando os Fundadores da República, no Brasil, conceberam** essa forma de Governo, **preocuparam-se, desde logo, ao viabilizarem** as novas conquistas e avanços, **em implementar a separação institucional entre Igreja e Estado** (Decreto nº 119-A/1890), **que se consolidou, em momento posterior, com a promulgação** da Constituição republicana de 1891, **que veio a consagrar, de maneira bastante expressiva, o princípio da laicidade estatal**.

**Cabe advertir, no entanto, que a fórmula constitucional da laicidade do Estado não significa** que o Estado republicano brasileiro **tornou-se um Estado ateu, nem sequer anticlerical, valendo rememorar**, no ponto, a correta observação de JOÃO CAMILLO DE OLIVEIRA TÔRRES (A Democracia Coroada, p. 405, 2<sup>a</sup> ed., 1964, Vozes), **para quem** “A Constituição de 1891 escapou de ser nitidamente anticlerical, para ser, apenas, laica. Tolerava-se, mas não se combatia frontalmente a religião”.

**Na realidade**, esse mesmo autor **reconhece** como um dos efeitos positivos resultantes *da separação formal entre a Igreja e o Estado* a emancipação da instituição

religiosa **em face** do Poder Público, **pois**, se a Igreja foi despojada de tudo, ficou, ao mesmo tempo, livre dos empecilhos que a dependência do poder temporal acarreta (*op. loc. cit.*).

### **5. A Constituição de 1934 e as relações entre Estado e Igreja: uma solução de compromisso**

**Essa rígida separação** existente **sob a égide** da Constituição de 1891 (**que determinava**, em seu art. 72, § 6º, **fosse leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos**) **sofreu significativo abrandamento** **motivado** por pressão da Igreja Católica, **que obteve** solução de compromisso **consustanciada** *em verdadeira fórmula transacional* **acolhida** e **formalmente positivada** pela Constituição republicana de 1934, que, *entre as várias aproximações estabelecidas entre Igreja e Estado, contemplou*, em seu art. 153, **a possibilidade** do ensino religioso, de frequência facultativa, **ministrado segundo** os princípios da confissão religiosa do aluno, nas escolas públicas primárias, secundárias, normais e profissionais, **tanto quanto** conferiu eficácia jurídico-civil ao *casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa (...)* (**CF/1891**, art. 146).

**Daí a observação** feita pelo Padre JOSÉ SCAMPINI (**A Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras**, in Revista de Informação Legislativa, vol. 11, n. 43/165-166, Ano XI, jul/set 1974) **a propósito das relações** entre Estado e Igreja **sob a égide** da Constituição republicana de 1934:

*(...) Durante o império, a religião católica foi a religião do Estado. Com o advento do regime republicano, houve a completa separação dos dois poderes. Decretou-se, desta forma, a laicidade do Estado sob a influência da maçonaria e das idéias republicanas da época.*

*.....*  
*Proclamava-se, então, a completa separação da Igreja e do Estado; entre os dois poderes não haveria, de agora em diante, relações de dependência ou aliança.*

*A 2ª Constituição Republicana, de 1934, mantém integralmente esses dispositivos, não só quanto às subvenções oficiais como, também, quanto às relações de dependência ou aliança entre os dois poderes, espiritual e temporal.*

*No momento atual, a ideologia revolucionária de 1930 traçava novas diretrizes político-sociais, mais de acordo com a mentalidade do Povo Brasileiro, cujas aspirações foram sacrificadas pela Constituição de 1891 nas questões concernentes à consciência religiosa. Procurava-se estabelecer um modus vivendi entre esses dois poderes,*

*modus vivendi que, embora não implicando aliança da Igreja com o Estado, admitisse, entretanto, a colaboração recíproca em vista dos interesses coletivos.*

*Os Deputados católicos insistiam nos vários debates, afirmando que não se tratava de pleitear o reconhecimento da Igreja Católica como Igreja oficial ou Igreja do Estado. Pediam eles a completa separação e independência da Igreja do Estado, a igualdade jurídica de todas as igrejas e cultos e a colaboração de todos os credos nos serviços públicos. Em particular, pugnavam pela reivindicação desses princípios: a ministração do ensino religioso nas escolas, a assistência religiosa nos hospitais, nas penitenciárias e às classes armadas, em identidade, porém, de condições para todos e para todas as religiões, independentemente de seus credos.*

*Todos, pois, concordavam em não ser possível ao Estado prescindir da colaboração religiosa. (...). (grifei)*

**Tratando-se** do ensino religioso nas escolas públicas, **essa possibilidade**, com alterações pontuais, **foi mantida** pela **Carta Política de 1937** (art. 133, **sem** referência, **contudo**, à confissão religiosa do aluno), **pela Constituição de 1946** (art. 168, **inciso V**, **com** menção à preferência confessional do aluno), **pela Carta de 1967** (art. 168, § 3º, inciso IV, **sem** alusão aos princípios da confissão religiosa do aluno), **pela Carta de 1969** (art. 176, § 3º, V, **com redação idêntica** à Carta Federal de 1967), **e, finalmente, pela Constituição de 1988**, cujo art. 210, § 1º, **dispõe** que “*O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental*”.

**6. A separação formal entre Igreja e Estado, consequência natural do princípio da laicidade estatal, qualifica-se como condição essencial à prática da liberdade religiosa**

**A consagração constitucional do Estado laico traduz** decisivo fator **para o exercício** da liberdade religiosa, **que representa, no quadro das liberdades fundamentais, projeção concretizadora** do direito à livre manifestação de ideias e de convicções.

**A importância da laicidade do Estado e a indispensabilidade** de sua neutralidade axiológica **em relação a qualquer denominação confessional** **foram bem destacadas** por THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI (**A Constituição Federal Comentada**, vol. IV/102-104, 3<sup>a</sup> ed., 1959, José Konfino):

*(...) a laicidade absoluta é uma forma de intervenção do Estado nas consciências, porque contribui para a formação do espírito leigo, hostil a qualquer manifestação de*

*natureza religiosa. (...) Em matéria religiosa o Estado deve ser neutro. Nada justifica sua intervenção, nem no sentido da religião oficial, nem da laicidade absoluta, porque são ambas formas extremas. Ambas são processos de intervenção. O Estado leigo não é o Estado anticlerical, mas o que respeita a crença e a religiosidade dos que nele vivem. (...). (grifei)*

A solução de consenso *que prevaleceu* em 1934 *ainda subsiste*, de certo modo, sob a égide da vigente Constituição republicana, que, *embora mantendo como se impõe a separação formal* entre Igreja e Estado (CF, art. 19, I), *não se revela anticlerical nem hostil* a qualquer denominação religiosa, *pois consagra* a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença (CF, art. 5º, VI), *garante* o livre exercício dos cultos religiosos (CF, art. 5º, VI), *assegura* a proteção aos locais de culto e às práticas litúrgicas (CF, art. 5º, VI), *estabelece* que ninguém será privado de seus direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, *salvo se as invocar* para eximir-se de obrigação legal a todos imposta (CF, art. 5º, VIII), *impede* que aquele que alega objeção de consciência sofra privação de sua cidadania, *desde que desempenhe prestação civil alternativa* (CF, art. 143, § 1º), *concede* imunidade tributária *aos templos de qualquer culto*, *assim neutralizando* eventual tentativa do Poder Público de valer-se, *mediante* manipulação de sua competência impositiva, *de medidas que impliquem censura fiscal lesiva à liberdade religiosa* (CF, art. 150, VI, b), *permite* a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de *internação coletiva* (CF, art. 5º, VII) e *atribui* eficácia jurídico-civil ao casamento religioso (CF, art. 226, § 2º).

Uma das dimensões em que se projeta *o princípio da laicidade* estatal reside na observância, pelo Poder Público, de seu dever de neutralidade axiológica em matéria confessional, a significar que o Estado *não pode* estabelecer ou subvencionar cultos religiosos, ou, ainda, embaraçar-lhes o exercício, como igualmente *não pode nem deve manifestar* preferência ou revelar repulsa a qualquer organização ou denominação religiosa.

O saudoso Ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, ao proferir voto vencido nesta Suprema Corte em 17/11/1949, no julgamento do MS 1.114/DF, Rel. Min. LAFAYETTE DE ANDRADA, *no qual se discutiu* a legitimidade constitucional de intervenção do Presidente da República nas práticas litúrgicas *da cismática Igreja Católica Apostólica Brasileira*, *após repudiar* a possibilidade de ingerência da autoridade civil na esfera de celebração religiosa de determinada organização confessional, impondo-lhe indevidas restrições quanto à utilização de vestimentas, de mani-

festações externas e de celebrações rituais, **deixou consignadas**, em seu magistral pronunciamento, **algumas advertências que cumpre não ignorar**:

(...) **parece-me que o poder civil, o poder temporal, infringiu, frontalmente, o princípio básico de toda a política republicana, que é a liberdade de crença**, da qual decorreu, como consequência lógica e necessária, a separação da Igreja e do Estado.

**Reclamada essa separação pela liberdade de crença, dela resultou**, necessariamente, **a liberdade de exercício de culto**.

**Devemos estes grandes princípios** à obra benemérita de Demétrio Ribeiro, **de cujo projeto surgiu**, em 7 de janeiro de 1890, **o sempre memorável ato** que separou, no Brasil, a Igreja do Estado.

**É de se salientar**, aliás, **que a situação da Igreja Católica Apostólica Romana, separada do Estado, se tornou muito melhor. Cresceu ela, ganhou prestígio, graças à emancipação do regalismo que a subjugava durante o Império. Foi durante o Império que se proibiu a entrada de noviços nas ordens religiosas; foi durante o Império que se verificou a luta entre maçons e católicos, de que resultou a deplorável prisão dos Bispos D. Vital Maria Gonçalves de Oliveira e D. Macedo Costa, bispos de Olinda e do Pará; foi durante o Império que prevaleceu a legislação de mão morta.**

**Com a República, o prestígio da Igreja Católica cresceu**, como todos reconhecemos.

**Deve-se (...) atribuir**, como glória da Igreja Católica Apostólica Romana, **o ter-se ela batido pela separação da Igreja do Estado, o princípio civil da separação da Igreja do Estado. O princípio civil da separação da Igreja do Estado foi o princípio que a Igreja Católica defendeu nos seus começos, talvez contrariado na teocracia católico-feudal da Idade Média. Mas não há dúvida em que a separação da Igreja e do Estado, pela qual se bateu a própria Igreja Católica, e que é a base política republicana, só concorreu para que ela crescesse de prestígio.**

.....  
**Proíbe**, em consequente, **a Constituição que o poder temporal embarace o exercício de qualquer culto religioso. (...).**

.....  
**É este princípio fundamental da política republicana, este princípio da liberdade de crenças, que reclama a separação da Igreja do Estado e que importa, necessariamente na liberdade do exercício do culto; (...). (grifei)**

**Todos sabemos que a laicidade traduz, desde 1890, um postulado essencial** da organização institucional do Estado brasileiro, **representando**, nesse contexto, **uma decisão política fundamental** adotada pelos Fundadores da República, **cuja opção** consideradas as circunstâncias históricas **então** presentes **teve em perspectiva**, **como anteriormente já referido**, a desgastante experiência **proporcionada** pela Carta Política do Império do Brasil, **notadamente** aquela resultante

*do gravíssimo conflito* que se instaurou **entre** o Estado monárquico brasileiro **e** a Igreja Católica Romana, **a conhecida Questão Religiosa ou controvérsia episcopal-maçônica** (1872-1875), **que opôs** o trono imperial ao altar católico.

## **7. Neutralidade axiológica do Estado em matéria confessional e o exercício da liberdade religiosa**

**A laicidade** do Estado, *enquanto princípio fundamental da ordem constitucional brasileira, que impõe* a separação entre Igreja e Estado, **não só reconhece**, **a todos, a liberdade de religião (consistente** no direito de professar **ou** de não professar qualquer confissão religiosa), como assegura *absoluta igualdade dos cidadãos em matéria* de crença, **garantindo**, *ainda, às pessoas plena liberdade de consciência e de culto.*

**O conteúdo material** da liberdade religiosa **que se qualifica como direito fundamental do indivíduo comprehende**, *na abrangência de seu significado*, entre outras prerrogativas essenciais, **a liberdade** de crença (**que traduz** uma das projeções da liberdade de consciência), **a liberdade** de culto, **a liberdade** de organização religiosa, **a liberdade** de fazer proselitismo, **a liberdade** de não aderir a religião alguma, **a liberdade** de alterar suas preferências confessionais, **a liberdade** de não sofrer qualquer restrição de ordem jurídica em virtude de suas convicções religiosas **e a liberdade** de ver-se respeitado, em sua esfera de autonomia pessoal, pelo Poder Público, quanto às opções religiosas que fizer, **valores esses** que representam elementos necessários à própria configuração da ideia de democracia, **cuja noção se alimenta**, *continuamente, do respeito ao pluralismo.*

**Torna-se importante registrar**, no ponto, **o tratamento normativo, inquestionavelmente liberal**, que Portugal **dispensou à liberdade religiosa, como se vê da Lei nº 16**, de 22/06/2001, que, **ao assegurar, em plenitude, o exercício** dos direitos individuais e coletivos *em matéria confessional, definiu, em caráter não taxativo, o conteúdo da liberdade religiosa, distinguindo, sob tal perspectiva, entre o conteúdo positivo e o conteúdo negativo* dessa fundamental prerrogativa de ordem jurídico-constitucional **garantida a todos** os cidadãos, **sem** exceção.

**Esse diploma legislativo, ao enunciar, em bases meramente exemplificativas, o conteúdo positivo** da liberdade religiosa, **assim dispôs:**

### Artigo 8º

#### Conteúdo da liberdade de consciência, de religião e de culto

A liberdade de consciência, de religião e de culto compreende o direito de:

- a) Ter, não ter e deixar de ter religião;
- b) Escolher livremente, mudar ou abandonar a própria crença religiosa;
- c) Praticar ou não praticar os actos do culto, particular ou público, próprios da religião professada;
- d) Professar a própria crença religiosa, procurar para ela novos crentes, exprimir e divulgar livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento em matéria religiosa;
- e) Informar e se informar sobre religião, aprender e ensinar religião;
- f) Reunir-se, manifestar-se e associar-se com outros de acordo com as próprias convicções em matéria religiosa, sem outros limites além dos previstos nos artigos 45º e 46º da Constituição;
- g) Agir ou não agir em conformidade com as normas da religião professada, no respeito pelos direitos humanos e pela lei;
- h) Escolher para os filhos os nomes próprios da onomástica religiosa da religião professada;
- i) Produzir obras científicas, literárias e artísticas em matéria de religião. (grifei)

De outro lado, o conteúdo negativo da liberdade religiosa, tal como delineado por referida legislação, compreende importantes restrições estabelecidas em favor da pessoa, em ordem a protegê-la contra indevidas interferências na esfera íntima de sua própria individualidade:

### Artigo 9º

#### Conteúdo negativo da liberdade religiosa

I Ninguém pode:

- a) Ser obrigado a professar uma crença religiosa, a praticar ou a assistir a actos de culto, a receber assistência religiosa ou propaganda em matéria religiosa;
- b) Ser coagido a fazer parte, a permanecer ou a sair de associação religiosa, igreja ou comunidade religiosa, sem prejuízo das respectivas normas sobre a filiação e a exclusão de membros;
- c) Ser perguntado por qualquer autoridade acerca das suas convicções ou prática religiosa, salvo para recolha de dados estatísticos não individualmente identificáveis, nem ser prejudicado por se recusar a responder;
- d) Ser obrigado a prestar juramento religioso. (grifei)

**Nesse contexto**, e considerado o delineamento constitucional da matéria em nosso sistema jurídico, **impõe-se**, como elemento **viabilizador** da liberdade religiosa, **a separação institucional** entre Estado e Igreja, **a significar**, portanto, que, **no Estado laico**, como o é o Estado brasileiro, **haverá, sempre**, uma clara e precisa **demarcação** de domínios próprios de atuação e de incidência do poder civil (ou secular) e do poder religioso (ou espiritual), **de tal modo** que a escolha, ou não, de uma fé religiosa revele-se questão de ordem **estritamente** privada, **vedada**, no ponto, **qualquer** interferência estatal, **proibido**, ainda, ao Estado **o exercício** de sua atividade **com apoio** em princípios teológicos, ou em razões de ordem confessional, ou, ainda, em artigos de fé, **sendo irrelevante** em face **da exigência constitucional** de laicidade do Estado **que se trate** de dogmas **consagrados** por determinada religião **considerada hegemonic**a no meio social, **sob pena** de concepções de certa denominação religiosa **transformarem-se, inconstitucionalmente, em critério definidor** das decisões estatais e da formulação e execução de políticas governamentais.

**O fato irrecusável** é que, **nesta** República laica, **fundada** em bases democráticas, **o Direito não se submete** à religião, e as autoridades incumbidas de aplicá-lo **devem despojar-se de pré-compreensões** em matéria confessional, **em ordem a não fazer repercutir**, sobre o processo de poder, **quando** no exercício de suas funções (**qualquer** que seja o domínio de sua incidência), **as suas próprias** convicções religiosas.

**Vale referir**, bem por isso, **o preciso magistério** de DANIEL SARMENTO (**Lega-lização do Aborto e Constituição**, in *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*, p. 03/51, p. 26/27, 2007, Lumen Juris):

***A Constituição de 88 não se limitou a proclamar**, como direito fundamental, a liberdade de religião (art. 5º, inciso VI). **Ela foi além, consagrando**, no seu art. 19, inciso I, o princípio da laicidade do Estado, que impõe aos poderes públicos uma posição de absoluta neutralidade em relação às diversas concepções religiosas. (...).*

***A laicidade do Estado**, levada a sério, não se esgota na vedação de adoção explícita pelo governo de determinada religião, nem tampouco na proibição de apoio ou privilégio público a qualquer confissão. **Ela vai além, e envolve a pretensão republicana de delimitar espaços próprios e inconfundíveis para o poder político e para a fé. No Estado laico, a fé é questão privada.** Já o poder político, exercido pelo Estado na esfera pública, deve basear-se em razões igualmente públicas ou seja, em razões cuja possibilidade de aceitação pelo público em geral independa de convicções religiosas ou*

*metafísicas particulares. A laicidade do Estado não se compadece com o exercício da autoridade pública com fundamento em dogmas de fé ainda que professados pela religião majoritária, pois ela impõe aos poderes estatais uma postura de imparcialidade e eqüidistância em relação às diferentes crenças religiosas, cosmovisões e concepções morais que lhes são subjacentes.*

*Com efeito, uma das características essenciais das sociedades contemporâneas é o pluralismo. Dentro de um mesmo Estado, existem pessoas que abraçam religiões diferentes ou que não adotam nenhuma; que professam ideologias distintas; que têm concepções morais filosóficas disparas ou até antagônicas. E, hoje, entende-se que o Estado deve respeitar estas escolhas e orientações de vida, não lhe sendo permitido usar do seu aparato repressivo, nem mesmo do seu poder simbólico, para coagir o cidadão a adequar sua conduta às concepções hegemônicas na sociedade, nem tampouco para estigmatizar os outsiders.*

*Como expressou a Corte Constitucional alemã, na decisão em que considerou inconstitucional a colocação de crucifixos em salas de aula de escolas públicas, um Estado no qual membros de várias ou até conflituosas convicções religiosas ou ideológicas devam viver juntos só pode garantir a coexistência pacífica se se manter neutro em matéria de crença religiosa (...). A força numérica ou importância social da comunidade religiosa não tem qualquer relevância.*

*(...) O princípio majoritário (...) não é outra coisa senão a transplantação para o cenário político-institucional da idéia de intrínseca igualdade entre os indivíduos. Mas as pessoas só são tratadas como iguais quando o Estado demonstra por elas o mesmo respeito e consideração. E não há respeito e consideração quando se busca impingir determinado comportamento ao cidadão não por razões públicas, que ele possa aceitar através de um juízo racional, mas por motivações ligadas a alguma doutrina religiosa ou filosófica com a qual ele não comungue nem tenha de comungar. (grifei)*

**Em matéria confessional**, portanto, o Estado brasileiro **há de manter-se em posição de estrita neutralidade axiológica, em ordem a preservar**, em favor dos cidadãos, **a integridade** do seu direito fundamental à liberdade religiosa.

## **8. O Estado laico não tem nem pode ter preferências de ordem confessional e não pode interferir na esfera das escolhas religiosas**

**Não podemos ignorar** que as liberdades públicas do pensamento **são** prerrogativas constitucionais essenciais, **cujo respeito efetivo**, por parte do Estado **e** de seus agentes, **qualifica-se** como pressuposto necessário à **própria** legitimação substancial do regime democrático. A **livre expressão e divulgação** de ideias **não deve** ser impedida pelo Estado, **especialmente** se se considerar que o pluralismo de ideias, **enquanto** fundamento **desta** República, **revela-se subjacente** à pró-

pria concepção do Estado democrático de direito, **consoante prescreve** o art. 1º da Constituição do Brasil.

**Na verdade**, a nossa Lei Fundamental **proclama**, em norma **plenamente** compatível com a natureza democrática do regime político **que hoje caracteriza** o Estado brasileiro, **a liberdade** de manifestação do pensamento, **assegurando, em consequência, a livre expressão e transmissão de ideias, inclusive** aquelas de caráter religioso **ou** as de índole não confessional, **sem a possibilidade** de qualquer interferência **prévia** do aparelho estatal, **seja** para favorecer, **seja** para coarctar o exercício da liberdade religiosa.

**O Estado não tem nem pode ter interesses confessionais.** Ao Estado **é indiferente** o conteúdo **das ideias religiosas** que eventualmente venham a circular e a ser pregadas por **qualquer** grupo confessional, **mesmo porque não é lícito** ao Poder Público interditá-las **ou** censurá-las, **sem incorrer**, caso assim venha a agir, **em inaceitável** interferência em domínio **naturalmente** estranho às atividades estatais.

**É por essa razão**, Senhora Presidente, **que cabe destacar a relevantíssima** circunstância de que, **no contexto** de uma sociedade **fundada** em bases democráticas, **torna-se imperioso reconhecer que temas de caráter teológico ou concepções de índole filosófica que busquem** atribuir densidade teórica a ideias propagadas pelos seguidores **de qualquer** fé religiosa **estão, necessariamente, fora do alcance** do poder censório do Estado, **sob pena** de gravíssima **frustração e aniquilação** da liberdade constitucional de crença **e** de disseminação (**sempre legítima**) das mensagens **inerentes** às doutrinas confessionais em geral.

**Relembro, neste ponto, o que disse logo no início** deste voto: **a separação constitucional** entre Estado e Igreja, **além de impedir** que o Poder Público **tenha preferência ou guarde hostilidade** em relação a qualquer denominação religiosa, **objetiva resguardar** 2 (duas) posições **que se revestem** de absoluta importância: **(1) assegurar**, *de um lado*, aos cidadãos, a liberdade religiosa **e** a prática de seu exercício, **e (2) obstar**, *de outro*, que grupos fundamentalistas **se apropriem** do aparelho de Estado, **para**, com apoio em convicções **ou** em razões de ordem confessional, **impõem aos demais cidadãos a observância** de princípios teológicos e de diretrizes religiosas.

**Daí por que** esta Suprema Corte **não pode** resolver **qualquer** controvérsia, **como** a que ora se examina, **sob uma perspectiva** de índole confessional, **tal como acertadamente assinalou** o eminente Relator da causa.

**O único critério** a ser utilizado, *portanto*, **na solução** da controvérsia ora em exame **é aquele que se fundamenta** no texto da Constituição **e** das leis da República **e que se revela informado** por razões de ordem **eminente** social **e** de natureza pública.

**Note-se**, *por necessário*, que **este** Supremo Tribunal Federal **deve sustentar** o seu julgamento em razões **eminente** **não religiosas**, **considerada** a realidade de que o Estado brasileiro, **fundado** no pluralismo de ideias **e apoiado** em bases democráticas, **qualifica-se** como uma República **essencialmente** laica **e não** confessional, **para que não se repita**, *uma vez mais*, **o gravíssimo** erro histórico **em que incidiu**, em 1633, o Tribunal do Santo Ofício, **que constrangeu** Galileu Galilei (*eppur si muove!*), **sob pena** de condenação à morte na fogueira, **a repudiar** as suas afirmações (cientificamente corretas) **a propósito** do sistema heliocêntrico, **repudadas incompatíveis** com a Bíblia pelas autoridades **e** teólogos da Igreja de Roma.

## **9. A não confessionalidade do ensino religioso na escola pública**

**É certo** que o ensino religioso nas escolas públicas, **tal como o demonstrou** o eminente Relator em seu magnífico voto, **não** pode **nem** deve ser confessional (ou interconfessional), **pois a não confessionalidade** do ensino público **traduz** consequência necessária do postulado, **inscrito em nossa vigente Constituição**, da laicidade do Estado republicano brasileiro.

PONTES DE MIRANDA, **ao comentar** a Constituição de 1934 (**Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, tomo II/410, Editora Guanabara), **não obstante** a possibilidade, *nela autorizada*, de ministração do ensino religioso **em conformidade** com os princípios da confissão religiosa de aluno, **observava**, contudo, que “*A escola leiga (...) constitui medida de neutralidade do Estado*”.

**Na verdade**, a não confessionalidade do ensino religioso na escola pública **traduz**, *sob perspectiva constitucional*, **fator obstativo** da ministração de aulas **em conformidade** com princípios doutrinários **de uma ou de algumas** instituições reli-

giosas, assim como proíbe que a escola pública atue como aparelho ideológico ou agente fomentador de determinada confissão religiosa, pois não compete ao Estado, que há de observar estrita neutralidade nesse domínio, exercer atividade de difusão de ideias ou de apoio a crenças religiosas, quaisquer que estas sejam.

A análise comparativa entre o que estabelece a vigente Constituição de 1988 (art. 210, § 1º) e o que prescrevia a Constituição de 1946 (art. 168, V) torna evidente o sentido de não confessionalidade acolhido pela Lei Fundamental que presentemente nos rege a vida político-institucional.

Com efeito, enquanto a Constituição Federal de 1946 autorizava que o ensino religioso, na escola pública, fosse ministrado de acordo com a confissão religiosa do aluno, manifestada por ele, se for capaz, ou pelo seu representante legal ou responsável (art. 168, V), reproduzindo, no ponto, o mesmo conteúdo constante da Carta Política de 1934 (art. 153), o presente estatuto constitucional, afastando a possibilidade de regência e direcionamento do ensino religioso segundo a preferência confessional do aluno, limita-se a dispor que o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental (art. 210, § 1º).

Em uma palavra, o postulado da separação formal entre Igreja e Estado não permite que o Poder Público, tratando-se de escolas oficiais, culmine por assumir, caso se revelasse lícito reconhecer a possibilidade de ensino confessional, a condição de instrumento de propagação de ideias religiosas ou de meio executivo no processo de formação religiosa dos alunos nas escolas públicas do ensino fundamental.

É por isso que o Conselheiro VITAL MOREIRA, em declaração de voto que profiou no Tribunal Constitucional português, em julgamento consubstanciado no Acórdão nº 423/87, de que foi Relator o Conselheiro MONTEIRO DINIS, advertiu, com inteira procedência, que o ensino de religião não constitui tarefa pública nem encargo da escola ou do Estado, concluindo (...) que os princípios da separação entre o Estado e as igrejas, da não confessionalidade do ensino público, da pluralidade e igualdade das igrejas e da liberdade religiosa individual formam um conjunto essencial do constitucionalismo democrático-republicano reafirmado na CRP de 1976 (...) (grifei).

**10. A Constituição da República **nada mais** é do que a sua própria interpretação: a questão do divórcio entre a mens legis e a mens legislatoris**

**Sustentou-se**, na tribuna desta Corte, *na palavra de um ilustre Advogado que compôs e participou* da Assembleia Nacional Constituinte, *de que emanou a vigente Lei Fundamental de nosso País, que a intenção dos constituintes, conforme por ele expressamente salientado, foi a de viabilizar* o ensino religioso de conteúdo confessional, **considerado** o fato de que a deliberação *que aprovou a referência a Deus no preâmbulo* da Constituição **resultou** da votação favorável de 487 votos a 13, **com** 07 abstenções.

**É preciso advertir**, neste ponto, que a *mens legislatoris* **representa fator secundário no processo hermenêutico, pois**, neste, **o que se mostra relevante** é a indagação **em torno** da *mens legis*, **vale dizer**, a definição exegética do sentido que resulta, *objetivamente*, do texto da lei (**ou** da Constituição).

Ninguém ignora que a lei **nada mais** é do que a sua própria interpretação, **consoante tem proclamado** a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

**A INTERPRETAÇÃO DO ORDENAMENTO POSITIVO NÃO SE CONFUNDE COM O PROCESSO DE PRODUÇÃO NORMATIVA.**

*O ordenamento normativo **nada mais** é senão a sua própria interpretação, notadamente quando a exegese das leis e da Constituição emanar do Poder Judiciário, cujos pronunciamentos qualificam-se pela nota da definitividade.*

*A interpretação, qualquer que seja o método hermenêutico utilizado, tem por objetivo definir o sentido e esclarecer o alcance de determinado preceito inscrito no ordenamento positivo do Estado, **não** se confundindo, por isso mesmo, com o ato estatal de produção normativa. Em uma palavra: o exercício de interpretação da Constituição e dos textos legais por caracterizar atividade típica dos Juízes e Tribunais **não importa** em usurpação das atribuições normativas dos demais Poderes da República. **Precedente.***

**(RE 258.088-AgR/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO)**

**Daí a procedente advertência** que GERALDO ATALIBA *faz em lapidar magistério (Revisão Constitucional, in Revista de Informação Legislativa, vol. 110/87-90, 87):*

*Em primeiro lugar, o jurista sabe que a eventual intenção do legislador **nada vale** (ou **não vale nada**) para a interpretação jurídica. A Constituição **não** é o que os constituintes quiseram fazer; é muito mais que isso: é o que eles fizeram. A lei é mais sábia que o legislador. Como pauta objetiva de comportamento, a lei é o que nela está escrito (e a Constituição é lei, a lei das leis, a lei máxima e suprema). Se um grupo maior ou menor de legisladores quis isto ou aquilo, é irrelevante, para fins de*

interpretação. Importa somente o que foi efetivamente feito pela maioria e que se traduziu na redação final do texto, entendido sistematicamente (no seu conjunto, como um todo solidário e incindível).

(...) *O que o jurista investiga é só a vontade da lei (...).* (grifei)

**Em suma:** a lei vale por aquilo que nela se contém e que decorre, **objetivamente**, do discurso normativo nela consubstanciado, e não pelo que, *no texto legal, pretendeu incluir* o legislador, pois, em havendo divórcio entre o que estabelece o diploma legislativo (*mens legis*) e o que neste buscava instituir o seu autor (*mens legislatoris*), deve prevalecer a vontade objetiva da lei, perdendo em relevo, *sob tal perspectiva, a indagação histórica* em torno da intenção pessoal do legislador.

Esse entendimento que proclama a prevalência da vontade objetiva da lei sobre a intenção do legislador reflete-se em preciso magistério doutrinário, como resulta claro das lições de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO (**O Direito Introdução e Teoria Geral**, p. 414, item n. 228, 2<sup>a</sup> ed., 2001, Renovar), de CARLOS MAXIMILIANO (**Hermenêutica e Aplicação do Direito**, p. 23/25, itens ns. 32, 33 e 35, 19<sup>a</sup> ed., Forense) e de PONTES DE MIRANDA (**Comentários à Constituição de 1946**, tomo VI/478-479, 3<sup>a</sup> ed., 1960, Borsoi), entre outros.

Em igual sentido, firmou-se a jurisprudência dos Tribunais, **como o evidenciam** as seguintes decisões:

(...) *o que vale verificar é a mens legis e não a vontade, a mente do legislador, de que a lei se desprende para adquirir conteúdo próprio.*

*Nenhuma dúvida, por outro lado, em que a lei reside na parte do mandamento do legislador e não na em que se expõem considerações e motivações.*

*Estas apenas valem, relativamente, para a inteligência da lei, do texto que encerra a ordem, a regra de conduta.*

*Valem apenas relativamente porque interpretar a lei não é indagar a vontade subjetiva do legislador, sendo o significado real e objetivo da norma (...).*

(RE 2.010/DF, Rel. Min. OROSIMBO NONATO – grifei)

*Na interpretação da lei prevalece a mens legis sobre a mens legislatoris.*

(RT 305/964, Rel. Min. AGUIAR DIAS – grifei)

**Se assim é, torna-se incensurável a exegese** veiculada no voto do eminente Relator, notadamente no ponto em que, afastada a intenção do legislador constituinte

(*mens legislatoris*), **pôs em relevo** o próprio discurso normativo **objetivamente consubstanciado** nos preceitos constitucionais **fundados** no art. 19, inciso I, e no art. 210, § 1º, de nossa Carta Política.

**11. A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no Estado democrático de direito: a proteção das minorias, inclusive das minorias religiosas, analisada na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional**

**Cabe também examinar**, Senhora Presidente, **tema** que, *intimamente associado* ao presente debate constitucional, **concerne** ao *relevantíssimo* papel **que incumbe** ao Supremo Tribunal Federal desempenhar **no plano** da *jurisdição das liberdades: o de órgão investido* do poder e da responsabilidade institucional **de proteger as minorias contra** eventuais excessos *da maioria ou, ainda, contra* omissões que, *imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face* da inércia do Estado, **aos direitos** daqueles **que sofrem os efeitos perversos** da intolerância, da discriminação **e** da exclusão jurídica.

**Põe-se em relevo**, portanto, neste ponto, **a função contramajoritária** do Poder Judiciário, *em particular a do Supremo Tribunal Federal*, no Estado Democrático de Direito.

**O fato** de o Catolicismo **constituir, hoje, a religião preponderante** no Estado brasileiro **não autoriza** que se produza, em nosso País, *um quadro de submissão* de grupos confessionais **minoritários** à vontade hegemônica da maioria religiosa, **o que comprometeria**, gravemente, **o postulado** da laicidade do Estado **e de todos** os seus demais consecutários, **pois, ninguém o ignora**, o regime democrático **não** tolera **nem** admite a opressão *de qualquer minoria, inclusive a religiosa*, por grupos confessionais **majoritários**.

**É evidente que o princípio majoritário desempenha** importante papel no processo decisório **que se desenvolve** no âmbito das instâncias governamentais, **mas não pode legitimar**, *na perspectiva de uma concepção material* de democracia constitucional, **a supressão, a frustração e a aniquilação** de direitos fundamentais, **como** o livre exercício da igualdade **e** da liberdade, **inclusive** da liberdade de consciência **e** de culto, **sob pena** de descaracterização **da própria essência** que qualifica o Estado democrático de direito.

**Se se entendesse possível** o ensino religioso de conteúdo confessional (ou inter-confessional), **notadamente** aquele fundado na doutrina das instituições religiosas

**preponderantes** em nosso País, **esta Suprema Corte marginalizaria e diminuiria** o papel social dos indivíduos **que professam** fé religiosa *diversa ou que simplesmente não professam religião alguma*, **retirando-lhes** a condição de igualdade **em face** dos que pertencem *aos grupos confessionais hegemônicos*.

**O Estado brasileiro** **não pode legitimar tratamentos diferenciados** que estabeleciam distinções entre pessoas **com base** em suas convicções religiosas, **pois, em face dos estatutos que regem esta República laica, mostram-se irrelevantes, sob estrita perspectiva de ordem constitucional, as opiniões religiosas** que sustentem **esta ou aquela preferência confessional ou, até mesmo, que se mostrem alheias a qualquer** tendência de índole religiosa.

**O pensamento religioso, ainda que ostente caráter hegemônico no seio da coletividade, não está acima** da Constituição e das leis da República, **pois** o Estado laico **não** privilegia **assim como não** persegue **nem** restringe **qualquer** manifestação de religiosidade **ou** qualquer expressão de fé religiosa.

**Daí o indiscutível relevo** da atuação do Supremo Tribunal Federal **quando, no desempenho de sua atividade jurisdicional, exerce função contramajoritária**, em sua inafastável condição institucional **de ser, por excelência, o garante** dos direitos e liberdades fundamentais em nosso País.

**Cabe enfatizar**, bem por isso, *presentes tais razões*, que o Supremo Tribunal Federal, **no desempenho** da jurisdição constitucional, **tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração** de que os julgamentos desta Corte Suprema, *quando assim proferidos, objetivavam preservar*, em gesto **de fiel** execução dos mandamentos constitucionais, **a intangibilidade** de direitos, interesses e valores **que identificam os grupos minoritários** expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política **e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto** de intolerância, de perseguição, de discriminação **e** de injusta exclusão.

**Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento** dos direitos das minorias, *inclusive das minorias em matéria confessional, deve compor*, por tratar-se de questão **impregnada** do mais alto relevo, *a agenda* desta Corte Suprema, **incumbida, por efeito** de sua destinação institucional, **de velar pela supremacia** da Constituição **e de zelar pelo respeito** aos direitos, *inclusive de grupos minoritários* de ordem confessional, que encontram fundamento legitimador **no próprio** estatuto constitucional.

Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito, havendo merecido tutela efetiva, por parte desta Suprema Corte, quando grupos majoritários, por exemplo, atuando no âmbito do Congresso Nacional, ensaiaram medidas arbitrárias destinadas a frustrar o exercício, por organizações minoritárias, de direitos assegurados pela ordem constitucional (MS 24.831/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO MS 24.849/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO MS 26.441/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Lapidar, sob a perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a lúcida advertência do saudoso e eminente Professor GERALDO ATALIBA (Judiciário e Minorias, in Revista de Informação Legislativa, vol. 96/194):

*A Constituição verdadeiramente democrática há de garantir todos os direitos das minorias e impedir toda prepotência, todo arbítrio, toda opressão contra elas. Mais que isso por mecanismos que assegurem representação proporcional, deve atribuir um relevante papel institucional às correntes minoritárias mais expressivas.*

*Na democracia, governa a maioria, mas em virtude do postulado constitucional fundamental da igualdade de todos os cidadãos ao fazê-lo, não pode oprimir a minoria. Esta exerce também função política importante, decisiva mesmo: a de oposição institucional, a que cabe relevante papel no funcionamento das instituições republicanas.*

*O principal papel da oposição é o de formular propostas alternativas às idéias e ações do governo da maioria que o sustenta. Correlatamente, critica, fiscaliza, aponta falhas e censura a maioria, propondo-se, à opinião pública, como alternativa. Se a maioria governa, entretanto, não é dona do poder, mas age sob os princípios da relação de administração.*

*Dai a necessidade de garantias amplas, no próprio texto constitucional, de existência, sobrevivência, liberdade de ação e influência da minoria, para que se tenha verdadeira república.*

*Pela proteção e resguardo das minorias e sua necessária participação no processo político, a república faz da oposição instrumento institucional de governo.*

*É imperioso que a Constituição não só garanta a minoria (a oposição), como ainda lhe reconheça direitos e até funções.*

*Se a maioria souber que por obstáculo constitucional não pode prevalecer-se da força, nem ser arbitrária nem prepotente, mas deve respeitar a minoria, então os compromissos passam a ser meios de convivência política. (...). (grifei)*

**Isso significa**, portanto, *numa perspectiva pluralística, em tudo compatível com os fundamentos estruturantes* da própria ordem democrática (CF, art. 1º, V), **que se impõe** a organização de um sistema **de efetiva proteção, especialmente** no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias fundamentais *em favor das minorias, quaisquer* que sejam, para que tais prerrogativas essenciais **não se convertam** em fórmula **destituída** de significação, **o que subtrairia, consoante adverte a doutrina** (SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, **Fundamentos de Direito Constitucional**, p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva), **o necessário** coeficiente de legitimidade jurídico-democrática ao regime político vigente em nosso País.

## **12. Conclusão**

**Disso tudo resulta**, segundo penso, **que, em matéria confessional, o princípio** da laicidade do Estado **matriz de que emana**, entre outras prerrogativas essenciais, **a liberdade religiosa** será efetivamente respeitado **se, tratando-se de ensino religioso**, este **não tiver** conteúdo confessional, interconfessional **ou** ecumênico, **pois**, nesse específico domínio, **o aparelho estatal, para manter posição de estrita neutralidade axiológica, não poderá viabilizar, na escola pública, a ministração** de aulas que se refiram **a uma ou a algumas** denominações religiosas.



## **A MAGNA CHARTA LIBERTATUM: A GRANDE CARTA DA LIBERDADE<sup>1</sup>**

**CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO<sup>2</sup>**

**Sumário:** I. Introdução. II. A Magna Carta limitadora dos poderes do Estado e os princípios nella consagrados. III. A Magna Carta e os Ingleses. IV. As revoluções liberais inglesas. V. A Magna Carta inspiradora dos direitos fundamentais. VI. Um rápido passeio na doutrina dos direitos fundamentais. VII. Conclusão.

### **I. Introdução**

Escrever a respeito da *Magna Charta Libertatum* – a Grande Carta da Liberdade – é escrever sobre a liberdade, quer no campo das liberdades públicas, quer no campo dos direitos civis. Realmente, não é possível falar de liberdade sem que se invoque a *Magna Charta Libertatum*. No ano de 2015, exatamente no dia 15 de junho, os países civilizados celebraram os 800 anos desse importante documento histórico, marco da luta das liberdades contra o Estado arbitrário, “*considerado o mais importante documento inglês de todos os tempos, e um dos textos mais citados nos debates constitucionais legislativos e judiciais*”<sup>3</sup>, cuja relevância, lembra Thiago Rodovalho, forte no magistério de Daniel B. Magraw,<sup>4</sup> “*não se cinge ao direito constitucional inglês, bastando observar que a Suprema Corte estadunidense a usa com certa frequência, havendo mais de 170 decisões em que ela foi citada*”.

<sup>1</sup> Artigo escrito a partir de palestras proferidas no Tribunal Superior do Trabalho, no “Seminário Internacional: trabalho e seguro”, em 21.10.2015, na Universidade Federal de Uberlândia, MG, em 20.11.2015, e na PUC/Londrina, PR, em 17.10.2016.

<sup>2</sup> Ministro aposentado, ex-presidente do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral. Professor emérito da Universidade de Brasília (UnB) e da PUC/MG, em cujas Faculdades de Direito foi professor titular de Direito Constitucional e Teoria Geral do Direito Público. Advogado, é membro da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da OAB.

<sup>3</sup> RODOVALHO, Thiago. Magna Carta ainda continua a inspirar liberdades contra o Estado arbitrário. *Consultor Jurídico*, [s.l.], 15 jun. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-15/thiago-rodovalho-magna-carta-continua-inspirar-liberdades>. Acesso em: 24 ago. 2023.

<sup>4</sup> RODOVALHO, *loc.cit.* MAGRAW, Daniel B.; MARTINEZ, Andrea; BROWNELL, Roy E. (eds.). *Magna Carta and the rule of law*. Chicago: American Bar Association, 2014. p.10 -11. *Apud* RODOVALHO, *op. cit.*

Naquele ano de 2015, proferi palestras a respeito do tema. Ressaltei que, segundo o testemunho de Igor Judge, magistrado britânico, que foi chefe do Judiciário da Inglaterra e do País de Gales, entre 2008 e 2013, anota Sylvia Colombo, “*a Carta deixa de ser uma peça de museu e se transforma em um documento vivo, ainda muito influente, a partir do momento em que a consideramos como símbolo de uma liberdade ameaçada e de um conjunto de valores que acreditamos que deve ser mantido*”<sup>5</sup>.

A Magna Carta é o momento maior do constitucionalismo, “*o maior texto constitucional de todos os tempos, a fundação da liberdade do indivíduo contra a autoridade arbitrária do governante*”<sup>6</sup>.

“*Na primavera de 1940*”, relata Sylvia Colombo, “*enquanto a Alemanha bombardeava Londres e outras grandes cidades britânicas, milhões de norte-americanos enfrentaram filas, em Nova York e em Washington, para ver de perto um dos quatro exemplares sobreviventes da Magna Carta britânica, documento escrito em 1215, em latim medieval, restrito a uma única folha com 54 linhas de texto em letras pequenas, protegido por um vidro*”. Continua Sylvia: “*No ano seguinte, após o ataque a Pearl Harbor, os EUA decidiram entrar na Segunda Guerra, ao lado do Reino Unido e contra os nazistas. Antes de iniciar os ataques, a pedido dos britânicos, os norte-americanos embalaram cuidadosamente a Magna Carta e a levaram, com a Declaração de Independência e a Constituição dos EUA, à base militar de Fort Knox, no Estado de Kentucky, onde ficariam mais bem protegidas. De lá, o documento só voltaria ao Reino Unido após a derrota nazista e o fim do conflito*”<sup>7</sup>.

Isso é representativo da crença de um povo na Constituição, que Pablo Lucas Verdú chama de sentimento constitucional, sem o qual a Constituição não prospera como o brevíário de um povo livre.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> COLOMBO, Sylvia. A gênese do império da lei – 800 anos da Magna Carta. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 14. jun. 2015. Caderno Ilustríssima. Disponível em: <https://m.folha.uol.com.br/ilustrissima/2015/06/1641271-a-genese-do-imperio-da-lei---800-anos-da-magna-carta.shtml>. Acesso em: 24 ago. 2023.

<sup>6</sup> Lord Denning, “*The greatest constitutional document of all times – the foundation of the freedom of the individual against the arbitrary authority of the despot*”. LEE, Simon. Lord Denning, “*Magna Carta and magnanity*”, *Dennig Law Journal*, v.27, p. 106-129, 2015. Disponível em: <https://oro.open.ac.uk/61685/1/61685.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2023.

<sup>7</sup> COLOMBO, *loc. cit.*

<sup>8</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo. *El sentimiento constitucional: aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política*. Madri: Reus, 1985.

## II. A Magna Carta limitadora de poderes do Estado e os princípios nela consagrados

A Magna Carta foi um pacto entre os barões, bispos e o Rei João, cognominado o Sem Terra, o mais jovem dos oito filhos de Henrique II. Em 63 cláusulas, representou limitação ao poder do monarca. Marco histórico do constitucionalismo, constitui um antecedente da ideia de Constituição que veio no bojo das revoluções liberais do Século XVIII: a Revolução Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789.

A ideia de Constituição, limitadora de poderes do Estado, é contemporânea das Declarações de Direito: a Declaração de Direitos da Virgínia, de 16.06.1776, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, de 26.08.1789, e o Bill of Rights à Constituição americana de 1787, dez emendas aprovadas em 25.09.1789 e ratificadas em 15.12.1791.

A Magna Carta consagrou regras e princípios que foram absorvidos em Constituições liberais, inclusive pelas Constituições brasileiras. Vejamos algumas dessas regras e princípios.

- a) No *taxation without representation* está consagrado o princípio da reserva legal: não há tributo sem consentimento do representante; ou o princípio da legalidade: não há tributo sem lei. Nesse princípio está, também, o princípio da anterioridade, ou seja, o tributo não pode surpreender o contribuinte: Magna Carta, Cláusula 12.
- b) Separação entre a justiça e o governo: Cláusula 40.
- c) Julgamento por seus pares – tribunal do júri: Cláusula 39.
- d) Juiz natural: Cláusula 39.
- e) Devido processo legal. *Law of the Land*: Cláusula 39. Essa cláusula merece ser transcrita: “*Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra*”.
- f) Proporcionalidade das penas: Cláusulas 20 e 21.
- g) Princípio da legalidade penal: “*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*”: não há crime e não há pena sem lei que os estabeleçam: Cláusula 39.
- h) Liberdade de locomoção: Cláusulas 41 e 42.
- i) *Habeas corpus*: Cláusula 39.
- j) Inafastabilidade da prestação judicial ou do controle judicial: Cláusulas 40, 45 e 61.
- k) Liberdade de culto: Cláusula 1<sup>a</sup>.
- l) A igualdade do homem e da mulher. Anota Sylvia Colombo, em abono dessa ideia, que “*interpretações contemporâneas, de fato, veem na Carta prelúdios do feminismo*”. É que

lá está escrito que “*uma mulher deve receber a sua herança, após a morte do marido, sem dificuldades*”, porque “*era comum, na época, que o rei confiscasse os bens do morto e entregasse apenas uma parcela à viúva*”. E a Carta avança um pouco mais: “*nenhuma viúva deve ser forçada a casar se ela preferir viver sem um marido*”<sup>9</sup>.

Outros Estatutos e Pactos vieram depois, no rumo da Magna Carta:

- a) Estatuto de Eduardo III, 1354: *Law of the Land* foi substituída por *Due Process of Law*.
- b) A *Petition of Rights* – Petição de Direitos, 1628.
- c) O *Habeas Corpus Act*, 1688.
- d) O *Act of Settlement*, ou Ato de Sucessão no Trono, 1701.
- e) O *Bill of Rights*, 1689, que será referido mais adiante.

O devido processo legal é dos mais importantes princípios inscritos na Magna Carta. Está consagrado na Constituição brasileira de 1988, em suas duas formas: o devido processo legal substantivo e o devido processo legal processual (CF, art. 5º, LIV e LV). Merece breve anotação.

O devido processo legal passou por três fases.

A primeira marca o seu surgimento na Magna Carta como garantia processual penal, como “*law of the land*”, julgamento por um tribunal formado entre os seus pares e segundo as leis da terra – onde se desenham dois princípios, o do juiz natural e o da legalidade (fato definido em lei como crime, pena previamente cominada).

Na segunda fase, no Estatuto de Eduardo III, de 1354, *law of the land* foi substituída por *due process of law*, passando a ser garantia processual geral, constituindo, o processo regularmente ordenado, requisito de validade de atividade jurisdicional. Expressamente ficou consignado no Estatuto: “*nenhum homem, de qualquer estado ou condição que seja, será expulso de suas terras ou posses, nem detido, nem preso, nem indiciado, nem levado à morte sem que seja chamado para responder (a uma acusação) sob o devido processo legal*”.

A terceira fase do *due process of law* é a mais rica. Mediante a interpretação das Emendas V e XIV, pela Suprema Corte americana, *due process of law* adquire postura substantiva ao lado do seu caráter processual, passando a limitar o mérito das ações

<sup>9</sup> COLOMBO, *loc. cit.*

estatais, o que se tornou marcante a partir da Corte Warren, nos anos 1950/1960, em que se tornou realidade a defesa das minorias étnicas e econômicas, anota Leda Boechat Rodrigues.<sup>10</sup>

*Due process of law* com conteúdo substantivo – *substantive due process* – constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*) e devem guardar, segundo Holmes, um real e substancial nexo com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, *due process of law*, com caráter processual – *procedural due process* –, garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa.

*Substantive due process* viu-se incluído na Constituição brasileira de 1988, em razão do trabalho desenvolvido, no âmbito da Assembleia Constituinte, pelo professor Carlos Roberto de Siqueira Castro, conforme dá notícia José Afonso da Silva, no prefácio do livro de Siqueira Castro.<sup>11</sup>

*Due process of law* substantivo realiza-se, sobretudo, através dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Caio Tácito, em precioso artigo de doutrina, leciona que, em sentido equivalente ao princípio da razoabilidade, “*o direito alemão adotou o princípio da proporcionalidade, ou o princípio da proibição de excesso, conferindo-lhe a natureza de norma constitucional não escrita, que permite ao intérprete aferir a compatibilidade entre meios e fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais*”. Na Espanha, “*domina igual princípio, que se transmite ao direito comunitário*”<sup>12</sup>.

A ministra Cármem Lúcia também dissertou sobre o tema, distingindo o princípio da proporcionalidade do princípio da razoabilidade, podendo aquele ser visualizado sob dois aspectos: pelo primeiro, enfocando-se “*a proporcionalidade dos valores protegidos pelos princípios constitucionais*”, e, pelo segundo, examinando-se o “*aspecto da proporção entre o quanto contido no princípio e a sua aplicação, proibindo-se qualquer excesso na prática do princípio, donde ser ele também chamado de princípio da vedação de excessos*”, segundo o magistério de Gomes Canotilho. Já o prin-

<sup>10</sup> RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte de Warren, 1953-1969: revolução constitucional*. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 1991.

<sup>11</sup> CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

<sup>12</sup> BARNES, Javier. Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario. *Revista de Administración Pública*, nº 35, p. 495-535, sept. / dic. 1994 TÁCITO, Caio. A razoabilidade das leis. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 204, p. 1-7, abr./jun. 1996.

cípio da razoabilidade assenta-se em que “*cada norma tem uma razão de ser*”, tem uma razão. “*Enquanto a proporcionalidade impede excessos, a razoabilidade faz com que se conheça o espírito dos princípios constitucionais a serem aplicados*”<sup>13</sup>.

### III. A Magna Carta e os ingleses

No dia 15 de junho de 2015, a Rainha Elizabeth II presidiu, em Runnymede, cerimônia de comemoração dos 800 anos da Magna Carta. Sylvia Colombo, no excelente trabalho que escreveu a respeito, ressalta “*o gesto de britânicos e de norte-americanos de defenderem*” os papéis que contêm os originais da Magna Carta, “*durante a Segunda Guerra, diante da ameaça do totalitarismo nazista, mostra que nossa liberdade não pode ser considerada como algo gratuito e eterno se não tivermos claro no que ela está baseada*”, frisa Judge, que foi chefe do Judiciário da Inglaterra e do País de Gales”. Ela é, portanto, o símbolo de uma liberdade ameaçada e de um conjunto de valores que devem ser mantidos.<sup>14</sup>

Nicholas Vincent, autor de “*Magna Carta – Origins and Legacy*”, anota que historiadores britânicos fazem ressalvas quanto ao que chamam de *totemização* do documento. E acrescenta: “*A Magna Carta não inaugurou a democracia. Não criou o julgamento feito por um júri, nem a presunção de inocência, nem o habeas corpus [...] nem as liberdades individuais, nem muitas outras coisas que são associadas a ela por pessoas que jamais leram de fato o documento. Ainda assim, ela realmente merece ser celebrada, por ter estabelecido, pela primeira vez, o princípio de que ninguém está acima da lei, nem mesmo o rei. Estabelece que todos os acusados de terem agido mal devem ser julgados de maneira apropriada de acordo com a lei, a ideia de que a Justiça deve atuar de forma livre e, ainda, que a gravidade da punição deve refletir a gravidade do crime*”<sup>15</sup>.

A Magna Carta, acentuou Igor Judge, tornou dogma a supremacia da lei, a lei acima de todos. Até então, os monarcas prestavam contas a Deus, com base no conceito de “*direito divino*”. A Magna Carta, ainda no Século XIII, acabou com essa crença, estabelecendo que os reis se sujeitam à lei.

---

<sup>13</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 52-54.

<sup>14</sup> COLOMBO, *loc. cit.*

<sup>15</sup> VINCENT, Nicholas. *Magna Carta: origins and legacy*. London: The Bodleian Library, 2015, apud COLOMBO, *loc.cit.*

Está na Carta, Cláusula 61: “*se o rei agisse de forma arbitrária e desrespeitasse o texto, um conselho de 25 barões o notificaria e estaria autorizado a rebelar-se contra o monarca, podendo até mesmo assumir o controle do rei temporariamente*”<sup>16</sup>.

Tem-se aí o antecedente do *impeachment*, criado pela Constituição norte-americana de 1787.

#### IV. As revoluções liberais inglesas

Antônio Carlos Olivieri, em excelente trabalho histórico sobre a Magna Carta, escreveu que, no Século XVII, a Magna Carta ganha relevância e impulsiona as revoluções inglesas: a Revolução Puritana, 1640, e a Gloriosa Revolução, 1688.<sup>17</sup>

Elizabeth I, da dinastia Tudor, não deixou descendentes. Em 1603, assume o trono Jaime I, da dinastia Stuart, que pretendia governar sem o Parlamento, assim com ofensa à Magna Carta. Jaime I pretendia exercer o poder absoluto com base na teoria da origem divina do poder real.

Em 1625, Jaime I foi sucedido por seu filho, Carlos I. Ocorrem choques com o Parlamento, que acabou dissolvido por Carlos I.

Em 1640, irrompe a Revolução Puritana. A Inglaterra em crise forçou o rei Carlos I a convocar o Parlamento, que se rebelou contra o rei, ocorrendo, em 1642 até 1645, a guerra civil, o exército do Parlamento contra o exército de Carlos I. Oliver Cromwell organizou e comandou o exército do Parlamento. Em 1645, Carlos I é preso e decapitado por ordem do Parlamento chefiado por Cromwell. É proclamada a República.

Em 1653, Cromwell, com o título de Lorde Protetor, transformou-se em ditador vitalício e hereditário. Com a morte de Cromwell, em 1658, seu filho não consegue manter-se na chefia do governo. Em 1660, o Parlamento restaura a monarquia, coroando Carlos II, filho de Carlos I, que fora decapitado. Seu reinado dura 15 anos.

<sup>16</sup> COLOMBO, *loc.cit.*

<sup>17</sup> OLIVIERI, Antônio Carlos. *Revolução inglesa: Cromwell, revolução puritana e revolução gloriosa*. Uol, [s.l.], [s.d.]. Disponível em: <http://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia/revolucao-inglesa-cromwell-revolucao-puritana-e-revolucao-gloriosa.htm>

Em 1685, Carlos II é sucedido por seu irmão, Jaime II, que pretendia restabelecer o catolicismo e o absolutismo na Inglaterra. Por ser católico, passou a sofrer a oposição dos liberais pró-Parlamento (*whigs*) e dos conservadores pró-Rei (*tories*).

Sobreveio, em 1688, a Gloriosa Revolução – 1688-1689. O Parlamento depõe Jaime II e convoca para o trono a sua filha Maria, casada com Guilherme de Orange, rei dos Países Baixos, que desembarcou com suas tropas na Inglaterra, em 1688. O Parlamento proclamou Guilherme rei e Maria rainha, que aceitaram, expressamente, o *Bill of Rights* (1689). Instaurou-se, a partir daí, a monarquia parlamentar inglesa.<sup>18</sup>

O Parlamento legislaria, o monarca governaria, sob a lei, e os juízes seriam independentes.

Eis aí a consagração, em termos práticos, da separação dos poderes em nome da liberdade. Inspirando-se nesse *Bill of Rights*, que Montesquieu denominou de Constituição inglesa, escreveu ele o “*Espírito da Lei*”, formulando a teoria da separação dos poderes.

A Revolução Puritana (1640) e a Gloriosa Revolução (1688) são partes de um mesmo processo de conflito entre o absolutismo e o liberalismo, entre o poder do rei e o do Parlamento, no que resultou na monarquia parlamentar.<sup>19</sup>

As revoluções liberais que se seguiram, a Revolução Americana (1776) e a Revolução Francesa (1789) inspiraram-se na Revolução Puritana (1640) e na Gloriosa Revolução (1688). Nestas, o Parlamento teve como diretriz a Magna Carta, para conter o poder do rei. Segundo Modesto Florenzano, “*com a vitória do Parlamento, a Magna Carta passou a ser vista como uma pedra fundacional do mito da continuidade da liberdade inglesa*”.

## V. A Magna Carta inspiradora dos direitos fundamentais

A Magna Carta é um documento limitador de poderes do monarca, assim limitador dos poderes do Estado. É o primeiro documento inspirador das Declarações de Direitos dos séculos XVIII e XIX, nas quais, lembra Manoel Gonçalves, “*avulta a preocupação: armar os indivíduos de meios de resistência contra o Estado. Seja por meio delas estabelecendo zona interdita à sua ingerência – liberdades-limites – seja por meio*

---

<sup>18</sup> OLIVIERI, *loc. cit.*

<sup>19</sup> *Ibid.*

*delas armando o indivíduo contra o poder no próprio domínio deste – liberdades oposição*<sup>20</sup>. “Se essa Carta, por um lado”, aduz Manoel Gonçalves, “não se preocupa com os direitos do Homem, mas sim com os direitos dos ingleses, decorrentes da imemorial law of the land, por outro, ela consiste na enumeração de prerrogativas garantidas a todos os súditos da monarquia. Tal reconhecimento de direitos importa numa clara limitação do poder, inclusive com a definição de garantias específicas em caso de violação dos mesmos”. E mais: “Note-se que na Magna Carta [...] está a garantia de outros direitos fundamentais: a liberdade de ir e vir (nº 41), a propriedade privada (nº 31), a graduação da pena à importância do delito (nºs 20 e 21). Ela também enuncia a regra “no taxation without representation” (nºs 12 e 14). Ora, isto não só provocou mais tarde a institucionalização do Parlamento, como lhe serviu de arma para assumir o papel de legislador e de controlador da atividade governamental”<sup>21</sup>.

## VI. Um passeio na doutrina dos direitos fundamentais

Franklin Delano Roosevelt envolveu os direitos fundamentais no que chamou de quatro liberdades: a) a liberdade de expressão do pensamento; b) a liberdade de crença; c) a liberdade de viver sem medo, isto é, sem medo do desamparo na velhice e na doença; d) a liberdade de viver sem necessidade, no caso de desemprego, de inexistência de moradia.

Ambas essas liberdades – sem medo e sem necessidade – se interligam e têm na seguidade social a sua satisfação.

Em 1944, Roosevelt sustentou, perante o Congresso norte-americano, que os direitos civis e políticos seriam insuficientes para garantir isonomia ao povo na busca pelo direito à felicidade.

Enunciou, então, oito novos direitos, o que os historiadores denominaram de *2º Bill of Rights* norte-americano. Esses novos oito direitos enunciados por Roosevelt são os seguintes: 1º) direito ao emprego, salário mínimo adequado; 2º) direito à alimentação, roupas e lazer; 3º) direito dos agricultores a um rendimento justo; 4º) liberdade contra a concorrência desleal e de posições dominantes; 5º) direito à habitação; 6º) direito à assistência médica; 7º) direito à seguridade social; 8º) direito à educação.

<sup>20</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 289.

<sup>21</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

O 2º *Bill of Rights* norte-americano consagra, está-se a ver, direitos sociais, direitos fundamentais de 2ª geração, que vieram para efetiva eficácia dos direitos individuais de 1ª geração.

No Século XXI, o constitucionalismo declara e quer garantir direitos não apenas de 1ª (direitos civis e políticos) e de 2ª geração (direitos sociais e econômicos), mas também direitos de 3ª geração (direitos de titularidade coletiva: (i) no plano internacional – direito ao desenvolvimento, direito à paz, por exemplo; (ii) no plano interno, (interesses coletivos e difusos); e de 4ª geração (direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo).<sup>22</sup>

## VII. Conclusão

Foi longo o caminho percorrido pelos homens na conquista da liberdade. Longo e cheio de percalços, de dificuldades, de sacrifícios suportados por muitos; poucos, entretanto, em proporção ao extenso número dos beneficiados.

A liberdade não foi obtida de graça. Representou notável conquista.

Da *Magna Charta Libertatum*, a Grande Carta da Liberdade de 1215, e, no rumo desta, das revoluções liberais – Revolução Puritana, 1640, Gloriosa Revolução e o *Bill of Rights* britânico, 1688, das Revoluções Americana, 1776, e Francesa, 1789, do *Bill of Rights* à Constituição americana, 1791, o 2º *Bill of Rights* norte-americano, de Roosevelt, 1944, das Constituições mexicana, 1917, e Weimar, 1919 –, chegamos ao Século XXI proclamando direitos de quatro gerações. Vivemos, segundo Bobbio, a era dos direitos declarados e garantidos.

Cumpre a nós, homens e mulheres do direito, fazer cada vez mais eficazes os direitos fundamentais, os direitos humanos, a liberdade em todas as suas expressões legítimas. No ponto, sobe de importância o Supremo Tribunal Federal como guardião maior da Constituição brasileira, assim guardião maior dos direitos e das garantias constitucionais.

Interpretar a lei no rumo desses direitos, no rumo da Constituição, no rumo do princípio que constitui o coração dos direitos fundamentais, o princípio da dignidade do ser humano, fundamento da República e do Estado Democrático de Direito, é tarefa da qual não podemos nos afastar. Já no Digesto Romano ficara expresso: “*hominum causa omne constitutum est*”: é por causa do homem que se constituiu todo o direito.

---

<sup>22</sup> LAFER, Celso. Direitos humanos e democracia: no plano interno e internacional . In: LAFER, Celso. *Desafios: ética e política*. São Paulo: Siciliano, 1995. ps. 201 e s.; BONAVIDES, Paulo. Um novo conceito de democracia. In: BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 425 e ss.

## O PAPEL DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

MARCO AURÉLIO MENDES DE FARIAS MELLO<sup>1</sup>

Faço prognóstico institucional, estrito, mas de relevância: qual é o futuro da dogmática jurídica tendo em conta a atuação do Supremo, guardião da Constituição Federal? Como pode o Tribunal contribuir para a efetividade dos direitos fundamentais, presente o princípio democrático? Eis o desafio.

O Estado Democrático de Direito estendeu-se por toda a Europa após a Segunda Guerra Mundial, alcançando a América Latina ante o declínio dos regimes ditatoriais.

O movimento distinguiu-se pela presença de constituições rígidas cujo fundamento axiológico e jurídico reside em normas de aplicação imediata a encerrarem sistema de direitos fundamentais, o qual se consolidou como estrutura de sustentação do Estado de Direito.

Eis os elementos essenciais da engenharia revelada na Constituição de 1988: (i) previsão, mediante princípios e regras, de amplo catálogo de direitos fundamentais; (ii) distribuição de poderes considerados os diferentes níveis da Federação; e (iii) separação de poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário –, com mecanismos de controle judicial e amplo acesso dos atores políticos e da sociedade civil organizada.

Os preceitos são normativamente densos, fixadas balizas a orientarem decisões políticas. São direitos positivos e negativos, de matrizes liberal e social, individuais e coletivos, a exigirem do Estado compromisso com o desenvolvimento, em bases livres e igualitárias, da pessoa humana.

A interpretação dos textos fundamentais tem sido tarefa desafiadora aos juízes constitucionais, reunidos em colegiados. A empreitada impõe novas fronteiras às sociedades – no caso brasileiro, afiançadas em princípios humanísticos.

---

<sup>1</sup> Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal. Presidente do Instituto UniCeub de Cidadania.

Os tribunais constitucionais representam avanço importante no progresso institucional e civilizatório pelo qual passam as democracias. Mediante a prestação jurisdicional, os direitos são interpretados e a Justiça é concretizada.

A decisão da maioria, na lição de Ronald Dworkin<sup>2</sup>, não é justa nem valiosa, em si, pois não há nada que possua valor inerente num processo em que permitido a grande número de pessoas impor, a um número menor, a própria vontade. Só se tem valor e Justiça se algumas circunstâncias e limites são observados, a exemplo da igualdade entre os participantes na esfera política e o respeito aos direitos fundamentais. A um Supremo Tribunal cabe assegurar esse perímetro.

Para Ulpiano, jurista da Roma Antiga, fazer Justiça implica dar a cada um o que lhe pertence. O conceito, apesar da simplicidade, não é unívoco. Aplicá-lo nunca foi tarefa livre de questionamentos, a exigirem dedicação, e o trabalho não se torna mais simples com a crescente complexidade das sociedades modernas – a brasileira é vívido exemplo disso.

Nos dizeres do professor português José Gomes Canotilho, é “na supremacia normativa da lei constitucional que o ‘primado do direito’ do Estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão”<sup>3</sup>.

O epicentro do sistema constitucional reside na prioridade dos direitos fundamentais, especialmente no princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse campo, o Supremo proferiu decisões paradigmáticas, como as relativas a pesquisas com células-tronco e à equiparação jurídica da união estável homoafetiva à heteroafetiva.

Na seara do direito penal, a história conta que a jurisprudência é garantista. Sob minha relatoria, o Tribunal concluiu pela atipicidade da interrupção da gravidez de fetos anencefálicos – arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54, acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico de 30 de abril de 2013. No voto, consignei estarem em jogo direitos de gestantes de natimorto cerebral – “a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres”.

---

<sup>2</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

<sup>3</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 245.

Ao apreciar a ação declaratória de nº 19, igualmente de minha relatoria, com acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico de 29 de abril de 2014, o Colegiado julgou constitucional a Lei Maria da Penha, a prever penas mais duras para aqueles que cometem violência doméstica contra mulheres, implementando ajustes a fim de as ações penais serem incondicionadas à representação da agredida. Levou-se em conta revelar, em regra, a dependência da manifestação de vontade desta última, proteção insuficiente ante o quadro de desigualdade e vulnerabilidade perante o homem.

Foi assim também quando assegurada a progressão de regime prisional aos condenados por crimes hediondos e por ocasião da declaração de inconstitucionalidade da prisão do depositário infiel. A linha do tempo sinaliza evolução do Tribunal: nesses dois últimos exemplos, fui voto vencido na década de 1990, mas a corrente mudou na virada do século.

No julgamento das ações declaratórias de nº 43, 44 e 54, das quais fui Relator, acórdão publicado em 12 de novembro de 2020, o Colegiado assentou a higidez constitucional do artigo 283 do Código de Processo Penal, visando condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença condenatória, tendo em vista o alcance da garantia do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que direciona a apurar para, selada a culpa, em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em verdadeira execução da pena, a qual não admite forma provisória.

O direito ao meio ambiente equilibrado, versado no artigo 225 da Carta da República, indica preocupação maior com a manutenção, em prol dos cidadãos de hoje e de amanhã, das condições ecologicamente equilibradas para uma vida saudável e segura.

Cuida-se de direito de terceira geração, a partir do valor solidariedade, de índole coletiva ou difusa, dotado de teor humanista e universal, que a todos pertence e obriga, daí encerrar autêntico direito-dever fundamental.

E assim o é justamente por ter a Constituição o centro que tem. A lógica é rica. O legislador dela fez verdadeiro livro de direitos, e o Supremo vem desempenhando papel de verdadeiro guardião.

Ainda há muito a realizar. Inscritas nessa engenharia, existem promessas, sobretudo no campo social, a serem aperfeiçoadas. Nada disso leva ao descrédito da Lei Maior, sendo a realização de um projeto constitucional movimento, trajetória, construção.

Nenhuma Constituição é obra acabada. A legitimidade depende não só da qualidade do texto e do arranjo político-institucional estabelecido, mas também do envolvimento da sociedade.

O Supremo é um dos protagonistas, ao interpretar o texto aprovado pelos representantes do povo, e evidencia a relevância da Justiça no avanço social. Quando se pensa haver emitido juízo sobre todos os embates imagináveis, surge questão nova, a desafiar, sob o ângulo técnico e humanístico, os integrantes.

A atuação repercute na dinâmica dos Poderes e instituições republicanas, alcançando a identidade da Nação. Consolidou-se como responsável a assegurar à Constituição de 1988 contemporaneidade. O Tribunal está inserido na sociedade. A ela responde e com ela evolui – assim deve ser –, mantendo equilibradas independência e representatividade. No lugar de entronizar pronunciamentos paradigma ou casos difíceis, mostrou-se aberto e moderno.

E não mais apenas interpreta a Carta da República por último. O faz por todos os juízes e tribunais do País, exigidas clareza, coerência e integridade na fixação de teses, premissas e fundamentos, de modo a orientar a máquina judiciária.

A transmissão dos julgamentos pela TV Justiça, inaugurada sob a minha Presidência, gera expectativa e amplifica o diálogo com a sociedade.

A influência do Judiciário na institucionalização das liberdades individuais e na preservação da estabilidade do ordenamento jurídico provoca ampla discussão e engajamento públicos. As decisões passaram a ser analisadas também em função do contexto, verificando-se o impacto em concretas condições sociais, econômicas, políticas e culturais.

Daí a necessidade de centrar-se em exemplo positivista. Se o Supremo é hoje tão visto, não pode implementar, a toda hora, nova jurisprudência. Precisa ensinar pelo exemplo, dizendo o direito de forma clara e constante.

Tem-se um só documento básico. É possível evoluir em pensamentos e ópticas, mas não há como extrair dele, a cada julgado, sentido distinto. É preciso ser técnico na leitura.

O sentido das palavras que emanam do legislador é apenas um, e essa é uma lição importante para a sociedade brasileira. É preciso repeti-la a mais não poder. A rigidez dogmática pode, nesse ponto, auxiliar nas percepções de realização da Justiça, garantindo ao cidadão sentimento de estabilidade na prestação jurisdicional e de menos espaço para subjetividade.

Em lugar de proferir decisões distantes da realidade, um tribunal constitucional precisa investir em padrões mais afeitos à comunicação com a sociedade. A linguagem tem papel fundamental.

Não se nega que a Constituição sugere questionamentos filosóficos, mas é necessário racionalizá-los para que o jurisdicionado compreenda os direitos que possui. O Supremo é fundamental para o sucesso da relação, com a identidade cultural brasileira, dos mecanismos constitucionais.

A dogmática jurídica consiste no método de observar e atuar segundo premissas e princípios revelados nos ditames maiores. Os dogmas devem ater-se às balizas fixadas pelas normas jurídicas.

Cumpre adotar postura visando a solução de controvérsias de forma a causar a menor perturbação possível. Pretende-se instaurar sociedade juridicamente segura, observados os parâmetros encerrados na legislação.

Não significa fazer interpretações estáticas da conduta social, tornando o Direito uma ciência cega. Há que garantir a atualização.

O Professor leciona que o sistema construído pela ciência dogmática, técnica jurídica na aparência, só adquire sentido autêntico se referido à questão da justiça. Carrega, por trás de análise quase lógica, elementos axiológicos ou valorativos.

O Supremo tem feito o que lhe cabe. Não fossem os pronunciamentos por si formalizados, a Constituição poderia ter falhado no propósito de materializar a democracia e assegurar direitos fundamentais. Não menosprezo a participação dos Poderes Executivo e Legislativo. A revisão do texto constitucional por órgãos políticos é condição à existência do projeto como um processo democrático.

A importância do Judiciário é cada vez maior. As condutas são pautadas pela jurisprudência. O comportamento de pessoas e instituições sofre progressiva influência dos pronunciamentos judiciais. Não há como deixar de reconhecer este fenômeno atual: juízes e tribunais têm papel-chave no moderno Estado Democrático de Direito, voltado à consagração de padrões éticos e de integridade.

O Tribunal Constitucional possui a atribuição de proteger e garantir a efetividade do conteúdo normativo da Lei Maior, em especial a centralidade dos direitos fundamentais. Atento aos limites de atuação impostos, deve buscar a coerência e estabilidade da ordem jurídica, prestigiando valores caros aos cidadãos: democracia, liberdade, igualdade e segurança.

A interpretação não se realiza de modo mecanicista, com passividade ante o sentido literal do texto constitucional. Como ensina Ricardo Guastini, pode-se falar em criatividade judicial na medida em que “a interpretação dos textos normativos (atividade típica dos juízes) não é uma operação cognitiva de normas (pré-existentes), mas produtiva de normas (novas)”, de forma que o direito nasce “da colaboração entre legislador e intérpretes”.<sup>4</sup>

Conforme exteriorizado no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 3.937, da minha relatoria, a versar o uso controlado do amianto, presente política pública, de alta complexidade, com elevada repercussão social e econômica, o Supremo deve adotar postura minimalista, de deferência à solução jurídica encontrada pelos formuladores. Cumpre observar o predicado da autocontenção, de modo a evitar a consumação de resultado ainda mais danoso.

Em situações pontuais, há possibilidade de abandonar-se essa postura. Se um grupo populacional for alcançado de modo desproporcional e injusto em razão de uma política majoritária, ao Poder Judiciário é permitido socorrer e remediar a situação. Nos casos de intervenção gravíssima em direitos fundamentais, é admissível exigir do legislador grau maior de certeza quanto às premissas empíricas adotadas.

Essa foi a decisão do Supremo ao apreciar a medida acauteladora na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347, da minha relatoria, na qual apontado o estado de coisas inconstitucional relativamente ao sistema penitenciário. Na

---

<sup>4</sup> GUASTINI, Riccardo. *Giurisdizione e interpretazione*. In: BESSONE, Mario (org.). *Diritto giurisprudenziale*. Torino: Giappichelli, 1996. p. 32.

ocasião, consignei que a sistemática violação de direitos fundamentais, alcançando a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial, justifica atuação mais assertiva do Tribunal.

Repita-se: a intervenção judicial mostra-se legítima presente padrão elevado de omissão estatal em face de situação de violação generalizada de direitos fundamentais. Verificada a paralisia dos poderes políticos, argumentos idealizados do princípio democrático fazem pouco sentido prático.

Nesse cenário de bloqueios políticos insuperáveis, fracasso de representação, pontos cegos legislativos e temores de custos políticos, a intervenção do Supremo, na medida correta e suficiente, não pode sofrer nenhuma objeção de natureza democrática.

Cabe-lhe atuar incentivando a formulação e a implementação de políticas públicas. Permanece reservado ao Legislativo e ao Executivo o campo democrático e técnico das escolhas, inclusive orçamentárias, sobre a forma mais adequada à superação da crise, colocando a máquina estatal em movimento e cuidando da harmonia dessas ações.

Segundo destacado na doutrina colombiana<sup>5</sup>, o Tribunal não chega a ser um elaborador de políticas públicas, e sim um coordenador institucional, produzindo efeito desbloqueador.

Eis o que se espera do Tribunal Constitucional, visando suplantar o quadro de violação aos direitos fundamentais à vida e à saúde: assentar omissão das autoridades, incentivar a saída do estado de letargia, determinar formulação de ações e provocar a deliberação política e social, assegurando a efetividade das normas constitucionais e a integração institucional.

Foi o que assentei no julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 822 e das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão nº 65 e 66, por meio das quais impugnada a atuação do Governo Federal na condução das medidas sanitárias considerada a pandemia da covid-19.

Tem-se questão constitucional de alta complexidade técnica, não jurídica, a afetar milhões de pessoas, cuja decisão a ser tomada desaguará em resultados imprevisíveis.

<sup>5</sup> GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia, 2010. P. 39.

A crise da saúde está na ordem do dia do Tribunal. Ao apreciar, em 17 de dezembro de 2020, as ações diretas de constitucionalidade nº 6.586 e 6.587, relator ministro Ricardo Lewandowski, e o recurso extraordinário com agravo nº 1.267.879, relator ministro Luís Roberto Barroso, o Tribunal fez ver a tradição em vacinação, serviço que sempre funcionou. Assentou a imunização compulsória, a ser implementada por União, Estados, Distrito Federal e Municípios, adotadas providências, inclusive indiretas, voltadas a restringir atividades e frequência a certos lugares, observado o princípio da legalidade.

O tema insere-se no campo da solidariedade, porque vacinar-se é ato visando a coletividade, considerados os concidadãos. Foram determinadas a observância da dignidade da pessoa humana e das garantias individuais, a ampla informação sobre segurança, eficácia e contraindicações e a distribuição universal e gratuita.

Deve o Supremo realizar interpretação harmonizante. Não pode, como Tribunal da Federação, potencializar conceitos e critérios de rateio de atribuições normativas de modo a ampliar as possíveis áreas de sobreposição e conflito legislativo e material, presentes os três níveis de governo. A interpretação há de ser estrita, única forma de assegurar, linearmente, os espaços de autonomia política de cada ente a ser exercida, de maneira coordenada, tendo em conta os interesses predominantes.

O Tribunal tem reiteradamente proclamado o papel central da União no planejamento e coordenação das iniciativas na área da saúde pública, observada a atuação, ante interesse local, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, objetivando a redução do contágio, por meio da imposição de distanciamento ou isolamento social, inclusive com restrição à circulação de pessoas e às atividades de ensino, culturais e comerciais.

Ao longo de mais de quarenta e dois anos de judicatura em colegiado julgador, fiz ver, em diversas oportunidades, que se impõe, sobretudo em tempos de crise, o dever de guardar princípios e regras, garantir o respeito à Constituição Federal, à Lei das leis. O preço pago por se viver em uma democracia não chega a ser exorbitante, estando ao alcance de todos: o respeito irrestrito ao que previsto nas normas legais.

Ao lado das leis em sentido lato, as decisões do Órgão de cúpula do Judiciário constituem fonte formal do arcabouço jurídico, passando não só a legitimar, mas também a estruturar a ordem normativa.

Ao Supremo incumbe zelar pela unidade do sistema ao mesmo tempo que contribui para edificá-lo. Os pronunciamentos – compreendidos como atos construtivos – geram expectativas e provocam mudanças no comportamento dos cidadãos e na realidade que os orienta e vincula.

O desenvolvimento das normas jurídicas ante a solução dos conflitos não pode prescindir da referência aos precedentes, surgindo imprescindível jurisprudência uniforme e sólida para fins de se gerar um ambiente de confiança.

“Nada é permanente, exceto a mudança.” A frase de Heráclito, o “pai da Dialética”, nunca foi tão atual. O filósofo pré-socrático falava do mundo “em movimento perpétuo”, em constante alternância de contrários. Como disseram seus seguidores: “Tudo flui como um rio”.

Reunidos em Estados, nações ou no mundo globalizado, como enfrentar os desafios à democracia, à separação de poderes, ao exercício da cidadania e aos direitos humanos? É possível conviver sempre entre extremos, como falava o filósofo? Melhor: é possível viver entre o medo e a esperança?

A transição do século 20 para o 21 ainda não se consolidou. O mundo está mergulhado em dúvidas. A “certeza” prometida pelos primeiros iluministas nunca esteve tão distante. Vive-se hoje choques culturais, com a quebra de paradigmas que se acreditava permanentes.

Essas rupturas afetam a economia, a política, a cultura, a integração. O que se vê agora, vencidas as duas décadas inaugurais do terceiro milênio? Fenômenos recentes, aliados à descrença de cidadãos nos valores democráticos, sinalizam futuro pouco alvissareiro.

Crises assumem contornos dramáticos: imigração e xenofobia, levante do populismo com políticas de intolerância, desequilíbrios financeiros a aprofundarem as desigualdades, o meio ambiente em risco.

Assiste-se ao ressurgimento de nacionalismos, ao implemento de medidas de protecionismo econômico, à ascensão de populismos. O encurtamento da distância que separa os povos é substituído pela intolerância. Organizações fundamentalistas impõem o terror e ameaçam a liberdade. As ações sinalizam a negação dos direitos

humanos. Tudo isso em período marcado pelo descrédito da instituição representativa por excelência: o Parlamento.

O paradoxo é evidente e inadmissível. Nada obstante a ampliação de oportunidades para a expressão, tem-se aumento da perseguição e ameaça às garantias individuais, às instituições e à imprensa.

Sob o ângulo da Era da Informação, que é a Era Digital, a quadra caracteriza-se pelo imediatismo da conexão, a dinamizar as relações e expandir o horizonte do conhecimento humano. Mudam a sociedade, os comportamentos e as instituições. Os processos político-eleitorais são fortemente impactados. As redes sociais tornaram-se canal de diálogo entre eleitores e entre estes e os candidatos. Mais pessoas passaram a ser ouvidas. Somos uma “sociedade digital” organizada em uma “democracia digital”. A internet é a nova Ágora Ateniense.

Impera a intransigência com opiniões antagônicas. São tempos de impessoalidade, *fake news* e ameaças virtuais. A tecnologia tem implicações nas formas como pessoas e grupos se relacionam.

A “sociedade digital” não se comunica por meio do abraço, do aperto de mãos, dos olhos nos olhos. Nela, “as verdades são menos verdadeiras”. Normaliza-se a mentira, a calúnia pela calúnia, sem medir consequências. “Compartilhamento de notícias falsas” é corriqueiro. Abandonou-se o cuidado de checar a fonte. Ante a avalanche de informações, há o perigo de perder-se o senso qualitativo.

O tráfego de dados define o ponto de vista e modifica o que se pensa. Alguns sentem-se perdidos diante de tantos e tão velozes acontecimentos. Incerteza e insegurança em vez de conhecimento.

Globalização pressupõe tolerância, solidariedade, convivência pacífica de povos cultural, religiosa e linguisticamente diferentes. Esse foi o cenário em que surgiram movimentos de integração a exemplo da União Europeia e do Mercosul.

O historiador Eric Hobsbawm falou em Era das Revoluções – de 1789 a 1848 –, Era do Capital – de 1848 a 1875 –, Era do Imperialismo – de 1875 a 1914 – e Era dos Extremos – século 20, a partir de 1914. Será, então, o século 21 a Era das Incertezas?

Essas inquietudes são caras não só aos filósofos, sociólogos e economistas, mas também aos juristas. Devem refletir sobre o papel do Direito em minimizar instabilidades, no que tem como objetivo a certeza quanto a acontecimentos e consequências.

No Brasil, o constituinte de 1988 preocupou-se com a inteligibilidade do Direito, a clareza das regras jurídicas, a estabilidade das normas no tempo, a proibição da retroatividade, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Consagrou o princípio da confiança, da não surpresa, da boa-fé.

A segurança jurídica é pilar do Estado Democrático, espinha dorsal da sociedade. Sem ela, há sobressaltos, solavancos, intranquilidade. A paz social respalda-se na confiança mútua e, mais do que isso – em proveito de todos, do bem comum –, no respeito a direitos e obrigações, não se mostrando consentâneo com a vida gregária, com o convívio civilizado, ignorar o pacto social, fazendo-o a partir do critério de plantão.

Essa é a quadra vivida. O que a dogmática jurídica pode oferecer?

A primazia dos direitos fundamentais a nortear a interpretação constitucional. É tarefa tanto objetiva quanto complexa, tão fiel ao texto como criativa, tão apegada aos elementos tradicionais quanto sensível à relevância político-social das matérias julgadas, que tem se mostrado especialmente necessária para o sucesso dos propósitos basilares da Constituição Federal.

Os direitos individuais reclamam proteção diária. É preciso estar de prontidão para reconhecê-los, invocá-los e identificar quando são afrontados.

Eis a única via de salvação ante as perplexidades contemporâneas: o exercício da cidadania, revelado na afirmação dos direitos humanos e da justiça. Cidadania é pertencimento à comunidade, mas pertencimento ao mesmo tempo ético e jurídico, e não apenas decorrente de laços com as cidades. Assegura, nos planos nacional, internacional e supranacional, direitos e deveres fundamentais, a integração dos povos em torno dos valores justiça, liberdade e solidariedade. Somente assim será alcançada a correção de rumos, com a vinda de melhores dias.

A premissa é verdadeira tanto para a ideia tradicional de democracia representativa como para a noção contemporânea de democracia deliberativa. Na primeira, o poder é exercido indiretamente pelos membros da sociedade e diretamente pelos repre-

sentantes políticos eleitos. A soberania popular não é, necessariamente, autora das decisões fundamentais, mas legitimadora do papel desempenhado por aqueles que foram escolhidos mediante voto.

A igual participação política também está no cerne do desenvolvimento da chamada democracia deliberativa. Sem negar a importância do processo de eleição, os partidários dessa corrente sustentam não poder o sistema democrático ser reduzido à representação política, devendo envolver também a possibilidade efetiva de se deliberar publicamente sobre as questões a serem decididas.

A deliberação pública rationaliza e legitima o que decidido no âmbito dos processos políticos e de gestão, evitando amesquinhamento e manipulação. Para alcançar legitimidade, há de ocorrer em contexto aberto, livre e igualitário. Todos devem participar sem sofrer coerção física ou moral, presentes condições equitativas em termos de possibilidade e capacidade de influenciar e persuadir.

Revela-se princípio de governo a homenagear a autonomia do cidadão para decidir o melhor, considerada a comunidade que integra.

A participação política não se resume à eleitoral. Vai além do ato de votar, alcançando o controle das decisões tomadas.

A fiscalização é modo fundamental de participação, essencial para a vitalidade da democracia. Povo que não exerce controle não se autogoverna. No âmbito do Poder Judiciário, este pode ser realizado por meio de ação popular, denúncia ao Ministério Público, representação perante Tribunal de Contas. Na esfera do Legislativo, há o referendo, o plebiscito, a iniciativa e o veto popular.

Os cidadãos, além de motivados a tomar parte nas decisões fundamentais, devem estar informados. Conforme destacou o professor Daniel Sarmento, “não é exagero afirmar que o controle do poder tem no direito à informação o seu instrumento mais poderoso. A transparência proporcionada pelo acesso à informação é o melhor antídoto para a corrupção, para as violações de direitos humanos, para a ineficiência governamental”.

Ao direito, máxime o constitucional, cumpre fomentar o controle social, prescrevendo a difusão das informações sobre as ações públicas.<sup>6</sup> Deve promover a transparência dos dados.

Os instrumentos digitais proporcionam facilidades que reduzem custos do engajamento político. Possuem vantagens de tempo e espaço, derrubando limitações. Oferecem comodidade e interatividade, desaguando em maior conveniência à mobilização popular. A democracia participativa na Era Digital é, assim, alargada, estando em vias de consolidação uma “democracia digital”.

## Conclusão

O Supremo tem concorrido para a máxima realização do sistema constitucional. É inegável o desafio, considerados institutos, expressões e vocábulos de natureza polisêmica e contornos imprecisos.

Compete-lhe catalisar os debates, sem deixar de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais políticos se apresentem obstruídos, sob pena de chegar-se a um somatório de inéncias injustificadas.

Mostra-se capaz de superar os bloqueios que vêm impedindo o avanço civilizatório. Ausente mediação dos intérpretes, em especial das cortes constitucionais, não se pode concretizar a liberdade, a justiça e a segurança.

O Direito sofre influência da realidade, devendo a ela se ajustar e, a um só tempo, conformá-la, em relação de reciprocidade, apesar de assimétrica, a depender da matéria e dos valores versados. Há de minimizar os riscos das incertezas, prestigiando valores caros aos cidadãos.

Cumpre buscar a paz kantiana, a “paz perpétua”, cosmopolita, de caráter universal, de feição agregativa, de solidariedade, que se dá no plano harmonizador de todas as etnias, culturas e crenças. A paz ditada pela dignidade de homens livres e iguais.

<sup>6</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Acesso à informação: os princípios da lei nº 12527/2011. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v.8, n.3, p. 1747: “caso as informações sejam de fácil acesso e compreensão para o público, o custo de se informar e exercer alguma forma de controle social diminuirá sensivelmente.” DOI: 10.12957/rqi.2015.18818

Cada cidadão é guardião da ordem democrática. Mostra-se um trabalho de Sísifo fazer valer a democracia e os direitos humanos, como se fosse bloco de mármore empurrado, todos os dias, montanha acima. Pode parecer difícil, mas não é tarefa impossível. O que nos torna cidadãos ativos e construtores de sociedade justa, livre e solidária é o exemplo e a compreensão de que a democracia e o regime de leis exigem cuidados permanentes.

Gosto de interpretar o mito de Sísifo segundo a acepção esperançosa de Cora Coralina, que se apresentava como aquela pessoa a fazer a escalada da vida removendo pedras e plantando flores. Que sejam tais flores a esperança de justiça.

Certo de a Constituição Federal não poder ser tomada como documento lírico, cujo conteúdo venha a ser metamorfoseado ao sabor dos acontecimentos e da vontade das maiorias reinantes, espero que o Supremo, última trincheira da cidadania, não falte à Nação em momento tão crucial da história de nossa jovem República.

## A CONSTITUIÇÃO DE 1988 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

NELSON AZEVEDO JOBIM<sup>1</sup>

Constituinte de 1988 tem peculiaridade.

### CONVOCAÇÃO

O Presidente José Sarney, nos termos do art. 49 da Emenda Constitucional n. 1, de 1969, enviou a Mensagem 33, de 11.08.1985, com o Projeto de Emenda Constitucional (PEC) n. 43, de 1985, pelo qual “*convoca a Assembleia Nacional Constituinte e dá outras providências*”.

O Congresso Nacional, após 6 sessões de discussão, em votação conjunta, promulgou a Emenda Constitucional n. 26, de 28.11.1985.

Todo o procedimento foi realizado sob a regras da Constituição então vigente – Emenda Constitucional n. 1, de 1969.

A eleição para a Presidência da República foi realizada nos moldes da mesma Emenda n. 1/1969.

Em 15.11.1986, também vigentes tais regras, elegeram-se 487 Deputados Federais (DF) e 49 Senadores (2/3 da composição do Senado).

Os demais Senadores, 23 (1/3), haviam sido eleitos em 1982.

Em 01º.02.1987, instalou-se a Assembleia Nacional Constituinte (ANC), com 559 membros.

A Academia distingue o Poder Constituinte Originário (ANC) e o Poder Constituinte Derivado (Câmara dos Deputados e Senado Federal).

---

<sup>1</sup> Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal.

No caso brasileiro, o Poder Constituinte Originário (ANC) foi convocado pelo Poder Constituinte Derivado, eleito este este parte em 1986 e parte em 1982 (1/3 do Senado Federal)!

Como fica a distinção acadêmica?

[Lembro que a Comissão de Justiça rejeitou o substitutivo do Deputado Flávio Bierrenbach, que propunha uma Assembleia Constituinte Originária, nos termos então defendidos pela Ordem dos Advogados do Brasil.]

Sei que alguns juristas procuraram uma ruptura que afastasse o paradoxo: Poder Originário ser convocado pelo Poder Derivado.

Inútil.

A história política não se comporta sob categorias forjadas pela Academia.

A política tem suas próprias formas de atuação.

## AS TRANSIÇÕES

A história política do Brasil comprova que o país é de conciliações, de acordos de transições, de superação de suas dissidências e conflitos.

A Independência resultou de uma solução forjada pela “*Casa de Bragança*”.

O filho do rei de Portugal proclama a independência, torna-se Pedro I do Brasil e, após, Pedro IV de Portugal e Algarve.

A situação política do Brasil conduziu D. Pedro I à abdicação em 07 de abril de 1831.

Solução montada pela política foi a Regência, com a menoridade de Pedro II.

Depois veio a antecipação da maioridade de Pedro II, em face dos problemas então ocorrentes.

A República começa com um golpe militar.

O Marechal Deodoro da Fonseca, em decorrência de problemas orçamentários, na manhã do dia 15.11.1889, derruba o gabinete liberal do Visconde de Ouro Preto.

Pretendia que o Imperador D. Pedro II nomeasse, como chefe do Gabinete Imperial, o Conselheiro Saraiva, simpático ao Exército.

Deodoro é informado, por manobra do Capitão Benjamin Constant Botelho de Magalhães (republicano e professor da escola militar), de que D. Pedro II desceria de Petrópolis no dia 16 e indicaria o Senador Gaspar Martins, do Rio Grande do Sul.

Deodoro tinha problemas com Gaspar.

Então o golpe, que era a derrubada do Gabinete Imperial, transforma-se em derrubada do regime.

Proclama-se a República, e a família imperial parte para a Europa.

Os políticos imperiais transitaram para a República.

Rui Barbosa era apoiador do regime imperial.

Afirmou que passava a ser republicano, porque era o único sistema que poderia ser federalista.

A maioria esqueceu o velho regime e assumiu o novo.

Veio a Revolução de 1930, que se transformou no Estado Novo, com a ditadura de Getúlio Vargas em 10.11.1937.

Esse intervalo teve sua transição.

Em fevereiro de 1945, Getúlio convocou eleições gerais.

Os militares, sob a liderança do Gen. Gois Monteiro, derrubaram Getúlio.

O Presidente do Supremo Tribunal Federal – José Linhares – assumiu a presidência.

Chegamos a outra transição.

As eleições convocadas por Getúlio realizaram-se em 02 de dezembro do mesmo ano.

O Ministro da Guerra de Getúlio – Gen. Eurico Gaspar Dutra – é eleito presidente e assume em 01º de janeiro de 1946.

Grande parte dos interventores do Estado Novo foram eleitos governadores.

Por fim, Getúlio foi eleito senador pelo Rio Grande do Sul.

Os personagens do anterior regime autoritário sobreviveram no novo regime democrático.

O segundo intervalo começou com o regime militar de 1964.

O regime teve sua transição negociada com a eleição de 1985, realizada sob as regras eleitorais do regime.

### **CONSTITUIÇÃO DE 1988**

A Constituinte de 1988 não utilizou qualquer uma das experiências históricas brasileiras sobre o procedimento de elaboração de uma Constituição.

A experiência brasileira forjou duas soluções:

1. Em 1824, após dissolver a Assembleia, o Imperador Pedro I outorgou a primeira Constituição;
2. Em 1891, o Poder Executivo transitório editou Decreto contendo o projeto de Constituição, que possuía algumas regras que entraram em vigor desde logo, mas sujeitas a modificação pelo Congresso.
3. Em 1934, o Poder Executivo elaborou um projeto que havia sido redigido por uma Comissão, constituída de Juristas escolhidos pelo próprio Executivo (Comissão Afrânia de Melo Franco).
4. Em 1937, a “Polaca” foi outorgada por Getúlio Vargas, então Ditador.

5. Em 1946, o Projeto foi elaborado internamente. A Assembleia constituiu uma comissão composta de membros da própria Assembleia (Comissão Nereu Ramos). O projeto foi submetido ao plenário da Assembleia;
6. Em 1967, o Poder Executivo enviou um projeto com prazo para ser votado. O Congresso votou o texto, tendo ocorrido o famoso caso *“da paralisação do relógio do Plenário”*.
7. Em 1969, o Governo editou a Emenda Constitucional n. 1.
8. Em 1988, não houve projeto. O Governo enviou, como sugestão, o texto elaborado pela Comissão Affonso Arinos.

Governos politicamente fortes elaboraram e enviaram projeto – 1891, 1934 e 1967.

Governos fracos não enviaram projeto – 1946 e 1988.

Para 1988, havia a pretensão de Tancredo Neves de enviar Projeto, mas, com o Presidente Sarney, não houve condições para tanto.

O Presidente Sarney criou a Comissão “dos Notáveis”, que produziu um texto que foi enviado pelo Governo como “sugestão”.

### **MOMENTOS INICIAIS**

Quando da eleição da Mesa da Câmara (02.02.1987), houve disputa para sua presidência.

O Deputado Ulysses Guimarães candidatou-se para a presidência da Câmara dos Deputados (CD).

O Deputado Fernando Lira (PMDB/PE) concorreu, também, para presidente.

Dr. Ulysses, que seria eleito presidente da ANC, em 02.02.1987, sustentava que, para o funcionamento da ANC, precisava ser presidente da Câmara.

A Câmara supriria todas as necessidades da ANC, daí um só presidente.

Antes da instalação da Constituinte, Dr. Ulysses havia obtido uma minuta de anteprojeto para o Regimento Interno.

Fora elaborado pela assessoria da CD e tivera como base o Regimento da Assembleia da Constituição de 1946.

Haveria uma Comissão constituinte que elaboraria o projeto, que, após, seria submetido ao plenário.

O Deputado Fernando Lira usou esse anteprojeto na disputa na CD.

Passou a afirmar que o Dr. Ulysses, com tal comissão, criaria dois tipos de parlamentares: os membros da Comissão, Parlamentares de primeira categoria, e todos os demais como de segunda categoria.

Lira não obteve sucesso.

Dr. Ulysses se elegeu.

Dr. Ulysses designou o Senador Fernando Henrique Cardoso (FHC) como relator para o Regimento Interno da ANC.

FHC apresentou um anteprojeto que reproduzia a fórmula de 1946.

Houve uma forte reação dos Constituintes.

Foi nesse momento que percebemos o efeito da campanha do Deputado Fernando Lira para presidente da CD.

Uma circunstância alheia ao processo constituinte – eleição do presidente da CD – invalidizou a solução de 1946 – criação de uma Comissão extraída da própria Assembleia.

Criou-se um impasse.

Não foi admitido anteprojeto de Constituição enviado pelo Governo, nem criação de uma Comissão no modelo de 1946 para a elaboração do anteprojeto.

O Senador Fernando Henrique reiniciou todo o trabalho para superar o impasse.

O Senador, sua equipe e os técnicos do Congresso Nacional discutiram as eventuais fórmulas para o Regimento Interno.

Finalmente, por sugestão minha e de Eduardo Jorge Caldas Pereira – assessor do Senador –, esboçaram-se as linhas gerais do modelo que, ao fim, veio a se consubstanciar no anteprojeto.

Foi uma solução inédita, que trabalhou em cima dos fatos políticos então ocorrentes.

Pensou-se, inicialmente, na criação de várias comissões que produziriam os textos respectivos, os quais seriam reunidos por uma Comissão que formularia o projeto.

A primeira questão a ser resolvida era o número de comissões e suas competências, ou seja, os temas que cada uma deveria tratar.

Essa questão envolvia problema teoricamente simples para uma visão meramente acadêmica do processo constitucional: quais as matérias que são constitucionais e quais as que não são?

Esta resposta, tipicamente essencialista, não produziria uma solução aceitável.

Optamos, então, por uma solução empírica.

Levantamos os nomes de títulos, capítulos, seções e subseções de 32 Constituições ocidentais e orientais.

Observamos o seguinte:

1. alguns temas se repetiam em todas as Constituições examinadas, e os nominamos “temas absolutamente constitucionais”;
2. outros se repetiam em algumas Constituições, e os chamamos de “temas relativamente constitucionais”; e

3. aqueles que eram exclusivos de algumas Constituições, eram os “temas constitucionais idiossincrásicos”.

Acoplamos, após, à pesquisa os dados da mesma natureza das Constituições brasileiras.

Concluímos com um elenco de questões que eram constitucionais não tanto por razões teóricas, mas principalmente por razões políticas e históricas.

Mas enfrentamos, ainda, outro problema.

Decidiram-se quais temas, dos diversos elencados na pesquisa empírica e nas constantes conversas com os Constituintes, seriam tratados pelo anteprojeto.

Após, procedemos a uma partilha desses temas em Títulos do anteprojeto.

A cada Título atribuímos Capítulos e Seções, com subtemas adequados a cada Título.

Pensamos em 24 Comissões que trabalhariam nos diversos temas.

Assim, ao todo teríamos 24 hipóteses de superposição, contradições, nos textos produzidos pelas 24 comissões.

Uma comissão tratando de tema convizinho de outra daria solução diversa ao dado por esta.

Essa hipótese real levou-nos a agrupar as 24 Comissões, que passaram a ser Subcomissões, em 8 Comissões que corresponderiam aos títulos do anteprojeto de Constituição.

Não será aqui e agora que poderemos narrar todos os percalços e meios utilizados para a formulação do anteprojeto de regimento interno.

No entanto, podemos afirmar que, dentre outras premissas que condicionaram nosso trabalho:

a) era necessário, por exigência política, produzir um mecanismo que fizesse o texto germinar da participação global da Assembleia e, com isso, impedir controles externos à própria produção;

b) era necessário abrir o processo à participação da sociedade.

A política impunha evitar a forma clássica de controle de um processo de criação: a existência de minuta anterior, que, evidentemente, condiciona todo o processo de criação, uma vez que sua estrutura está posta e é inalterável.

Restaria ao plenário de uma Assembleia somente alterações *“ad hoc”*, ou seja, alterações que a imutável estrutura de um projeto tolera e aceita.

Assim, cada uma das 24 Subcomissões deveria trabalhar com os temas a elas atribuídos, que seriam consolidados pelas 8 Comissões.

Propusemos, então, uma Comissão que sistematizaria os textos enviados pelas 8 Comissões.

Tínhamos, por fim, a tarefa de propor a distribuição de cada Constituinte nesse emaranhado.

Eram 559 Constituintes.

Não integrariam nenhuma das Comissões os membros da Mesa da ANC (6) e mais os membros que somente integrariam a Comissão de Sistematização (49) e seriam escolhidos pelas lideranças.

Com isso, os restantes 504 Constituintes foram alocados nas 8 Comissões (63 Constituintes em cada uma). Esses seriam distribuídos em 24 subcomissões (21 Constituintes em cada uma).

Por fim, a Comissão de Sistematização seria composta pelos:

1. 49 membros iniciais, que não integravam as Comissões;
2. 8 Presidentes das Comissões;
3. 8 Relatores das Comissões;
4. 21 Relatores da Subcomissões.

Tudo isso foi feito a acomodar todos os membros da ANC.

Outro problema político influiu na indicação dos Sub-relatores e Presidentes das 24 Subcomissões, dos Relatores e Presidentes das Comissões.

O Senador Mario Covas (PMDB/SP) disputou com o Deputado Luiz Henrique da Silveira (PMDB/SC) a liderança do PMDB na ANC.

O grupo do PMDB, ligado ao Presidente Sarney, decidiu apoiar o Senador Mário Covas.

O Grupo liderado pelo Dep. Carlos Santana (PMDB/BA) considerava que a proximidade do Dep. Luiz Henrique com o Dr. Ulysses importava que este conduziria a bancada do PMDB.

Todo o Grupo votou no Senador e garantiu sua vitória.

A imprensa noticiou que o Senador Mário Covas havia sido eleito por manobra do Pres. Sarney.

Esse fato condicionou as decisões de Mário Covas na indicação dos sub-relatores e Presidentes das 24 Subcomissões, dos Relatores e Presidentes das Comissões.

Ao PMDB, partido majoritário, correspondiam esses cargos.

O Senador indicou membros da “esquerda” do PMDB.

Com isso, a composição dessa fase do processo constituinte passou a ser controlada pela “esquerda”.

A Comissão de Sistematização (CS), de 86 membros, ficou à “esquerda” do plenário da ANC, pois todos esses personagens passaram a ser integrantes de comissão.

Ao fim dessa fase, o texto resultante da Comissão de Sistematização ficou, também, à “esquerda” do plenário.

Acabou produzindo um anteprojeto com as posições da “esquerda”.

Ocorreu, então, o que se chamou a “crise do regimento”.

O Centrão de então, que nada tem do Centrão de hoje, passou a exigir uma alteração no Regimento Interno.

Exigiram a permissão, em plenário, de Emendas Globais Substitutivas dos 8 títulos que compunham o projeto resultante da CS.

Exigiram, mais, a introdução do “Destaque para votar em separado” (DVS), que não estava previsto no Regimento.

O fundamento desse exigência consistia no seguinte:

1. O Deputado X apresentara na Subcomissão Y um texto Z;
2. O texto fora aprovado pela maioria absoluta da Subcomissão (11 votos em 21 votantes);
3. O Texto final da Subcomissão Y, com o Artigo ou parágrafo Z (originário da emenda Z apresentada pelo Deputado) é enviado para a Comissão correspondente;
4. Lá, o Grupo do Centrão, para retirar tal Artigo ou parágrafo Z, dispunha unicamente de um “Destaque Supressivo” (DS);
5. Tal DS teria que ser aprovado por maioria absoluta dos membros da Comissão, ou seja, 31 votos de 60 votantes;
6. Se 30 Membros da Comissão votassem a favor do DS, este não seria aprovado;
7. Assim, em termos práticos, os 30 votos na Comissão não conseguiam suprimir o texto que fora aprovado por 11 votos na Subcomissão – assim 11 votos eram superiores a 30 votos;
8. Tal situação se repetia na Comissão de Sistematização. Para aprovar a supressão de tal texto, era necessário maioria absoluta (44 votos de 86 votantes).

A introdução do DVS resolia o problema, pois o artigo ou parágrafo Z não era submetido à votação inicial, em que se ressalvam os destaques, pois seria votado em separado.

E, sendo votado em separado, o artigo ou parágrafo Z precisava ser aprovado pela maioria absoluta do plenário (280 votos de 559 votantes). Antes, para a supressão, é o DS que teria que ser aprovado.

Em síntese, invertia-se o quórum, pois o que se votava era o próprio artigo ou parágrafo Z, e não a sua supressão.

O Centrão tinha razão.

Alterou-se o regimento e foram acolhidas as exigências do Centrão.

E, antão, iniciaram-se a discussão e a votação no Plenário da ANC.

O Centrão apresentou 8 emendas substitutivas globais dos 8 títulos do projeto, que foram aprovadas na sua votação inicial, ressalvados os destaques oferecidos pelos membros da ANC.

O texto da CS caiu inteiramente nesse primeiro momento.

Mas destacamos vários textos do projeto da CS para incluir no texto do Centrão.

Foi um trabalho imenso e uma disputa pontual e de guerrilha parlamentar.

Não há mais espaço para narrar o que veio depois.

Mas fiquem certos de que foram decisões condicionadas pelo embate de posições políticas, que ora eram maioria e ora eram minoria.



