



REDUnB

REVISTA DOS ESTUDANTES DE DIREITO DA UNB

21.^a EDIÇÃO



UnB

**Universidade de Brasília
Faculdade de Direito**

Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília

21.^a Edição

copyright © 2021 por RED | UnB

**Editoração e Revisão
Equipe Editorial**

**Diagramação: Marcelo Ishii
Capa: Geórgia de Souza Tenorio**

Apoio:



DIREITO



34(05)	<p>Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília / Universidade de Brasília. – n. 21 (2022) – Brasília: RED UnB, Semestral</p> <p>ISSN 1981-9684 (impresso) ISSN 2177-6458 (eletrônico)</p> <p>1. Direito – Periódicos. I. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília.</p>
--------	---

CONSELHO EDITORIAL

Gabriel Pedroza Martins Hernandez
Letícia de Amorim Santos
Diego Matos Alves
Matheus Lopes Dezan
Rafael Luís Müller Santos
Sandryelle Cristina Alves da Silva

EDITORES-ASSISTENTES¹

Ana Júlia dos Santos Brito	Kassia Luisi Nogueira
André Luis Diniz Souza da Silva	Leonardo Muhammad Luzente Paulo
Camila Cristina da Silva	Letícia Rejane Duda Moreira
Elma de Oliveira Araujo	Lorena de Castro dos Anjos
Fábio Ulisses Sousa	Luís Fernando Oliveira de Souza Costa
Felipe Vieira Pontes	Luís Paulo Cortez Lopes
Gabriel Almeida Cotrim do Nascimento	Luíza Gatto de Oliveira Baptista da Costa
Gabriel Santana Spillari	Maíza Viana de Gusmão Lins
Gabriel Ribeiro Mendes Assunção	Maria Clara Teixeira Leitão
Giulia Mariah Pereira Oliveiros Tavares	Maria Helena Fortaleza Vasconcelos Braga
Hemerson Pereira de Souza Alves	Matheus Garcia Antunes
Igor Marques Caldas Machado	Pedro Gualda Garrido Trajano
Isabella Maria Farias Carvalho	Pedro Henrique Ache Buturi
Jéssica da Luz Batista	Pedro Paulo Trindade Farias
João Pedro da Rocha Bessa	Rafaela Krauspenhar
João Pedro Rezende Tomé	Roney Olimpio Barbosa Junior
João Victor da Silva Amaral	Sâmella Ferreira Gonçalves
João Victor Figueiredo Soares	Sofia de Medeiros Vergara
Júlia Yanis Fidanza Araújo	Tiago Moreno Paranhos
Júlia Quintão Frade	Victória Lisboa do Nascimento

CONSELHO CONSULTIVO

PROFESSORES CONSELHEIROS

Profa. Dra. Claudia Rosane Roesler (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dr. Diego Herrera Moraes (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dr. Pedro Felipe de Oliveira Santos (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dr. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto (Universidade de Brasília, DF, Brasil)

¹ A Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília é composta por alunos de graduação da Faculdade de Direito/UnB.

PARECERISTAS

Prof. Me. Abhner Youssif Mota Arabi (Universidade de São Paulo, SP, Brasil)
Prof. Dra. Adriana Castelo Branco de Siqueira (Universidade Federal do Piauí, PI, Brasil)
Prof. Dr. Adriano Marteleto Godinho (Universidade Federal da Paraíba, PB, Brasil)
Prof. Dr. Airto Chaves Junior (Universidade do Vale do Itajaí, SC, Brasil)
Prof. Alberto Frederico Teixeira Soares Carbonar (Fundação Getulio Vargas, SP, Brasil)
Prof. Dr. Alex Lobato Potiguar (Universidade Federal do Pará, PA, Brasil)
Prof. Dra. Amanda Athayde Linhares Martins Rivera (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dra. Amanda Flávio de Oliveira (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Ma. Amanda Nunes Lopes Espiñeira Lemos (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Ma. Ana Carolina Trindade Soares Cohen (Centro Universitário Tiradentes, AL, Brasil)
Prof. Ma. Ana Cláudia Redecker (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, RS, Brasil)
Prof. Dra. Ana Paula Zavarize Carvalhal (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, DF, Brasil)
Prof. Dr. André Rocha Sampaio (Faculdade Integrada Tiradentes, SE, Brasil)
Prof. Dr. André Viana Custódio (Universidade de Santa Cruz do Sul, RS, Brasil)
Prof. Me. Ângelo Gamba Prata de Carvalho (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Ma. Anna Emanuella Nelson dos Santos Cavalcanti da Rocha (Universidade Federal do Rio Grande do Norte, RN, Brasil)
Prof. Dr. Antônio Sérgio Escrivão Filho (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dr. Bernardo Bissoto Queiroz de Moraes (Universidade de São Paulo, SP, Brasil)
Prof. Dra. Bistra Stefanova Apostolova (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dra. Bruna Feitosa Serra de Araújo (Universidade Federal do Maranhão, MA, Brasil)
Prof. Dra. Camilli Meira Santos Silva (Universidad Nacional Tres de Febrero, Argentina)
Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai (Universidade Federal do Maranhão, MA, Brasil)
Prof. Dra. Christiane Heloísa Kalb (Faculdade CESUSC, SC, Brasil)
Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa (Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PR, Brasil)
Prof. Dra. Claudia Paiva Carvalho (Universidade Federal do Rio de Janeiro, RJ, Brasil)
Prof. Dra. Cláudia Rosane Roesler (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dra. Clara Cardoso Machado Jaborandy (Universidade Tiradentes, SE, Brasil)
Prof. Dra. Clara Maria Roman Borges (Universidade Federal do Paraná, PR, Brasil)
Prof. Dr. Clarindo Epaminondas de Sá Neto (Universidade Federal de Santa Catarina, SC, Brasil)
Prof. Dr. Clayton de Albuquerque Maranhão (Universidade Federal do Paraná, PR, Brasil)
Prof. Me. Daniel Fonseca Fernandes da Silva (Universidade Católica do Salvador, BA, Brasil)
Prof. Dra. Danielle Cevallos Soares (Universidade do Estado de Mato Grosso, MT, Brasil)
Prof. Dr. Danilo Porfírio de Castro Vieira (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, DF, Brasil)
Prof. Dr. David Alves Moreira (Universidade Federal de Rondônia, RO, Brasil)
Prof. Dr. Diogo de Almeida Viana dos Santos (Universidade Federal do Maranhão, MA, Brasil)
Prof. Dr. Douglas Verbicaro Soares (Universidade Federal de Roraima, RR, Brasil)
Prof. Me. Eduardo André Carvalho Schiefler (Schiefler Advocacia, SC, Brasil)
Prof. Dra. Eliana Lima Melo Rodrigues (Universidade Federal do Maranhão, MA, Brasil)
Prof. Dr. Felipe da Veiga Dias (Faculdade Meridional, RS, Brasil)
Prof. Dr. Felipe de Melo Fonte (Fundação Getulio Vargas, RJ, Brasil)
Prof. Me. Felipe Fernandes de Carvalho (Universidade de São Paulo, SP, Brasil)
Prof. Dra. Fernanda Martins (UniRitter, RS, Brasil)
Prof. Me. Fernando Antônio Barbosa Maciel (Universidade Federal do Alagoas, AL, Brasil)
Prof. Dra. Flavia Portella Püschel (Fundação Getulio Vargas, SP, Brasil)

Prof. Dr. Francisco Pereira Costa (Universidade Federal do Acre, AC, Brasil)
Prof. Dr. Frederico Gonçalves Cezar (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Profa. Giovanna Máisa Gamba (Universidade de São Paulo, SP, Brasil)
Profa. Giovanna Milanez Tavares (Universidade de Lisboa, Portugal)
Prof. Me. Guilherme Gomes Vieira (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dr. Gustavo Henrique Carvalho Schiefler (Universidade de São Paulo, SP, Brasil)
Prof. Dr. Henrique Haruki Arake Cavalcante (Centro Universitário de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dr. Iaci Pelaes dos Reis (Universidade Federal do Amapá, AP, Brasil)
Profa. Ma. Ilda Elizabeth Acioly Lima (Universidade Estadual do Alagoas, AL, Brasil)
Profa. Isabela Maria Rosal Santos (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Profa. Dra. Jacyara Farias Souza Marques (Universidade Federal de Campina Grande, PB, Brasil)
Prof. Dr. João Aparecido Bazzoli (Universidade Federal do Tocantins, TO, Brasil)
Prof. Dr. Jorge Alberto Araújo de Araújo (Universidade Federal do Maranhão, MA, Brasil)
Profa. Dra. Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya (Universidade Federal do Rio Grande do Norte, RN, Brasil)
Profa. Ma. Laura Carneiro de Mello Senra (London School of Economics and Political Science, Reino Unido)
Prof. Dr. Leonardo Augusto Marinho Marques (Universidade Federal de Minas Gerais, MG, Brasil)
Prof. Dr. Leonio José Alves da Silva (Universidade Federal de Pernambuco, PE, Brasil)
Profa. Dra. Lilian Manoela Monteiro Cintra de Melo (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Me. Luiz Bruno Lisbôa de Bragança Ferro (Universidade Federal do Oeste da Bahia, BA, Brasil)
Prof. Dr. Luiz Felipe Silveira Difini (Universidade Federal do Rio Grande do Sul, RS, Brasil)
Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, RS, Brasil)
Prof. Dr. Marcelo Cama Proença Fernandes (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dr. Marcio Renan Hamel (Universidade de Passo Fundo, RS, Brasil)
Profa. Dra. Margareth Vetis Zaganelli (Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)
Profa. Dra. Maria Carolina Carvalho Motta (Universidade Federal de Goiás, GO, Brasil)
Profa. Ma. Maria Cristine Branco Lindoso (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Profa. Dra. Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino (Universidade Federal do Maranhão, MA, Brasil)
Profa. Ma. Maria Eduarda Andrade e Silva (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Profa. Ma. Mariana Albuquerque Rabelo (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Profa. Dra. Mariane Camargo D'Oliveira (Universidade Feevale, RS, Brasil)
Profa. Dra. Maricí Giannico (Universidade de São Paulo, SP, Brasil)
Profa. Ma. Mônica Tiemy Fujimoto (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, DF, Brasil)
Prof. Me. Nicolao Dino de Castro e Costa Neto (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dr. Otávio Souza e Rocha Dias Maciel (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Profa. Ma. Patrícia Soster Bortolotto (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Profa. Dra. Paulla Christianne da Costa Newton (Universidade Estadual da Paraíba, PB, Brasil)
Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Me. Rafael Breda Cremonini (Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)
Prof. Me. Rafael de Alencar Araripe Carneiro (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, DF, Brasil)
Profa. Ma. Raianne Liberal Coutinho (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Me. Raimundo Paulino Cavalcante Filho (Universidade Federal de Roraima, RR, Brasil)
Profa. Dra. Raquel Cavalcanti Ramos Machado (Universidade Federal do Ceará, CE, Brasil)
Profa. Ma. Renata Rothbarth (Universidade de São Paulo, SP, Brasil)

Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares (Universidade Federal da Bahia, BA, Brasil)
Profa. Dra. Riva Sobrado de Freitas (Universidade Federal de Santa Catarina e Universidade do Oeste de Santa Catarina, SC, Brasil)
Profa. Dra. Roberta Simões Nascimento (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dr. Rubens Beçak (Universidade de São Paulo, SP, Brasil)
Prof. Sandro Bortoluzzi Madeira Lamêgo Rodrigues (Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)
Prof. Dr. Sandro Lúcio Dezan (Centro Universitário de Brasília, DF, Brasil)
Profa. Dra. Silvana Beline Tavares (Universidade Federal de Goiás, GO, Brasil)
Profa. Dra. Talita Tatiana Dias Rampin (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Profa. Dra. Tanise Zago Thomasi (Universidade Federal de Sergipe, SE, Brasil)
Prof. Dr. Tárek Moysés Moussallem (Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)
Profa. Ma. Thayse Edith Coimbra Sampaio (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dr. Thiago Augusto Galeão de Azevedo (Universidade Federal do Amazonas, AM, Brasil)
Profa. Dra. Trícia Navarro Xavier Cabral (Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)
Prof. Dr. Vicente de Paula Ataíde Júnior (Universidade Federal do Paraná, PR, Brasil)
Prof. Me. Vinicius de Souza Assumpção (Centro Universitário Ruy Barbosa Wyden, BA, Brasil)
Prof. Dr. Walber de Moura Agra (Universidade Federal de Pernambuco, PE, Brasil)
Prof. Dr. Wilson Roberto Theodoro Filho (Universidade de Brasília, DF, Brasil)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	10
COMPARAÇÕES CONSTITUCIONAIS: CONVERGÊNCIA, RESISTÊNCIA, ENGAJAMENTO	12
<i>Vicki C. Jackson</i>	
PELO AMOR OU PELA DOR: APONTAMENTOS SOBRE O USO DA VIOLÊNCIA COMO RESISTÊNCIA AO GENOCÍDIO	37
<i>Ana Flauzina</i>	
A IMPLEMENTAÇÃO TARDIA DO QUESITO RAÇA/COR NOS SISTEMAS DE INFORMAÇÃO DO SUS: (NECRO)POLÍTICAS DE SAÚDE PARA A POPULAÇÃO NEGRA NO BRASIL DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19	56
<i>Alvaro Gustavo Marques Moraes, Alan Gabriel França Souza, Maria Luíza Leitão Ribeiro, Luíze Pereira Ribeiro</i>	
IMPACTOS DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: UM ESTUDO DE CASOS	71
<i>Anna Luisa Lotti Vasconcellos, Fernanda Cerqueira Nogueira, Isabel Souza de Carvalho, Isabella Akemi Nishio Graziadio, Luíza Martinho Resende</i>	
A CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA DISTRIBUTIVA PARA ARISTÓTELES E SUA APLICAÇÃO NA ATIVIDADE TRIBUTÁRIA DOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS DE DIREITO	96
<i>Beatriz Ribeiro Lopes Barbon</i>	
“QUEM ROUBA UM TOSTÃO, ROUBA UM MILHÃO”: O ESQUECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO TRATAMENTO DOS CRIMES DE BAGATELA	117
<i>Caroline Araujo Corni</i>	
O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO COMO CRITÉRIO NO CONTROLE POLÍTICO PRÉVIO DE CONSTITUCIONALIDADE	136
<i>Diana Melissa Ferreira Alves Diniz, Djamiro Ferreira Acipreste Sobrinho, Sebastião Casimiro de Sousa Neto</i>	

A DEMOCRACIA DELIBERATIVA DIGITAL ENQUANTO ELEMENTO TRANSFORMADOR DA ESFERA PÚBLICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	158
---	------------

Rogério Emiliano Guedes Alcoforado, Diego Damasceno de Melo

A BOA-FÉ OBJETIVA E A ASSIMETRIA INFORMACIONAL COMO LEGITIMADORAS DO DEVER DE INFORMAR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: O EXEMPLO DO CONSENTIMENTO INFORMADO ENTRE MÉDICO E PACIENTE.....	179
--	------------

Gabriel Alves Fonseca

30 ANOS DE ATUAÇÃO DO STF EM MATÉRIA ELEITORAL: APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS E TUTELA DA DEMOCRACIA	208
---	------------

Humberto José de Rezende Rocha

A VULNERABILIDADE DOS TITULARES DE DADOS DIANTE DE GRANDES PLATAFORMAS E BIG TECHS: UM PARALELO ENTRE AS VIOLAÇÕES AO GDPR E À LGPD NO QUE TANGE À BASE LEGAL DO CONSENTIMENTO	241
---	------------

Isabela de Araújo Santos

AS SANÇÕES SOCIAIS DE NORBERTO BOBBIO NO CONTEXTO DA PANDEMIA DO COVID-19: UMA ANÁLISE DO CENÁRIO ESPORTIVO MUNDIAL.....	263
---	------------

João Marcos de Carvalho Pedra

O TRATAMENTO DA COVID-19 E A AUTONOMIA DA VONTADE DO PACIENTE: ENTRE A LIBERDADE INDIVIDUAL E O INTERESSE COLETIVO	280
---	------------

Juliana de Oliveira Jota Dantas, Luciano Soares Silvestre

O PAPEL DAS LEIS NO COMBATE À GRIPE ESPANHOLA: NASCIMENTO DE UM CÓDIGO SANITÁRIO?	305
--	------------

Victor Frank Corso Semple

A LEI N. 13.964/2019 E O ALCANCE DA COISA JULGADA NA DECISÃO DE ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL	326
---	------------

Vinicius Schulz Nardes, Cassio Cecconello Filho

APRESENTAÇÃO

É com enorme satisfação que apresentamos à comunidade acadêmica a 21ª Edição da Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília (RED | UnB). Esta edição representa mais do que somente a consolidação de um projeto com quase três décadas de história. Ela é o encontro dos mais variados sujeitos que, unidos pela insaciável paixão pela disseminação do conhecimento acadêmico da mais alta qualidade, se doam para construir um espaço de estímulo contínuo à pesquisa científica, à divulgação acessível do saber para toda a comunidade e à possibilidade de publicação de artigos do mais alto rigor acadêmico independente da titulação de seu autor.

Além disso, a 21ª Edição marca o início de uma nova e remodelada gestão editorial da Revista. Inspirados por nossos antecessores, buscamos honrar o importante fardo de manter a qualidade incomparável e a essência independente da RED | UnB ao passo que horizontalizamos o processo de tomada de decisões e repensamos politicamente a realização de todas as atividades.

Afinal, como um periódico regido única e exclusivamente por estudantes de graduação, nosso mote foi continuar desenvolvendo projetos com alto impacto e destaque nacional e internacional, com ainda mais participação de nossos membros em prol do aperfeiçoamento acadêmico-profissional de cada um. Os resultados são fruto de trabalho árduo dos diversos discentes que integram e integraram o nosso Conselho Editorial e que provam o poder e a capacidade dos graduandos que se empenham na realização de projetos de pesquisa e extensão.

Nesse contexto, oferecemos à comunidade acadêmica os treze artigos aprovados pelo método do *double-blind peer review* para publicação nesta 21ª Edição da RED | UnB. Entre graduandos, bacharéis, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, nossos autores vêm dos mais diversos institutos de ensino nacionais e internacionais. São pesquisadores ligados à UFBA, UnB, UFAL, ABDConst, FGV-SP, UFRJ, UEL, IDP, UFERSA, URCA, UERN e UFSC, no Brasil, e à Universidade do País Basco, na Espanha. Pela confiança de sempre, expressamos nossa gratidão pelos autores, de todas as titulações, que continuam nos presenteando com trabalhos inspiradores.

Além dos textos submetidos à avaliação do convencional *double-blind peer review*, a RED | UnB tem a grande honra de receber para esta edição artigos de duas autoras de inconcebível referência e renome. O primeiro, uma tradução oficial e inédita que a RED | UnB tem a alegria de oferecer, traz à comunidade lusófona o texto “*Comparações Constitucionais: Convergência, Resistência, Engajamento*”, da Professora Vicki C. Jackson (Harvard University). Artigo singular, o trabalho aqui publicado propõe

debates essenciais para o Direito Constitucional contemporâneo e suas perspectivas. Com sua tradução para o português, esperamos exponencializar o acesso a um conhecimento tão importante perante a comunidade lusófona.

O segundo, de autoria da Professora Ana Flauzina, nos brinda com uma discussão latente sobre a limitação da politização do sofrimento negro e das práticas de resistência a ele conectadas. O brihante artigo “*Pelo amor ou pela dor: Apontamentos sobre o uso da violência como resistência ao genocídio*” é o epítome de um debate primordial para a contrução material do Estado Democrático de Direito, o qual a RED | UnB possui grande orgulho de oferecer à comunidade acadêmica.

A publicação de autoras convidadas com tamanha expertise em suas respectivas áreas do direito nos relembra da importância da representação feminina na academia. Não por outro motivo, emplacamos nesta edição o projeto *Elas Avaliam* para que pudéssemos ter uma maior presença feminina na avaliação de nossos artigos e temos a imensa felicidade de compartilhar que mais de 40 professoras participaram como pareceristas desta edição. Este é um resultado que, sem dúvidas, demonstra um pontapé inicial importante em direção à equidade de gênero.

Ainda, não seria possível finalizar esta apresentação sem enaltecer todo o trabalho daqueles que se esforçaram ao longo de todo o processo editorial para que esta publicação fosse possível. Homenageamos o esforço inigualável das pessoas que hoje compõem a nossa querida Revista e são os maiores responsáveis por manter vivo o propósito da RED | UnB.

Por isso, gostaríamos de agradecer os membros do Conselho Consultivo, formado pelos quatro professores conselheiros e mais de 90 pareceristas, por todo o auxílio e pelos diversos ensinamentos transmitidos.

Por todo o inominável, ainda, registramos nossos agradecimentos à nossa Equipe Editorial, formada por nossos 46 integrantes. A RED | UnB não é apenas o resultado do trabalho minucioso e incansável de cada um de vocês: ela é todos vocês!

Por fim, agradecemos você, leitor, que nos acompanha ano após ano e nos presta todo o apoio que necessitamos para que continuemos com o trabalho realizado no bojo de todo o complexo processo editorial. Esperamos que apreciem a nova edição e que possamos lhe saudar por muitos e muitos anos!

Com nossos votos de saúde e de uma boa e frutífera leitura,
Gabriel Pedroza Martins Hernandez
Leticia de Amorim Santos

COMPARAÇÕES CONSTITUCIONAIS: CONVERGÊNCIA, RESISTÊNCIA, ENGAJAMENTO¹

Vicki C. Jackson²

Referências em *Roper v. Simmons*³ ao direito estrangeiro e internacional - como fontes relevantes, mas não vinculantes⁴ - são, em aspectos importantes, um retorno aos métodos tradicionais de análise, que remontam às primeiras discussões da Corte sobre a Oitava Emenda. Em 1879, a Corte rejeitou um recurso interposto contra sentença de morte por fuzilamento no território de Utah em parte porque haveria “regras correspondentes [que] prevalecem em outros países” que apoiavam a prática⁵. Em muitos casos, posteriormente, o

1 Artigo traduzido, com aprovação da autora, por Matheus de Souza Depieri e Pedro Gonet Branco. O texto original foi publicado na Harvard Law Review, Vol. 119, No. 1 (Nov., 2005), pp. 109-128.

2 Professora de Direito na Harvard Law School. Agradeço a Alex Aleinikoff, Sue Bloch, Sarah Cleveland, David Fontana, Neal Katyal, Marty Lederman, Dan Meltzer, Carrie Menkel-Meadow, John Mikhail, Judith Resnik, Mark Spindelman, Dan Tarullo, Bob Taylor, Mark Tushnet, Carlos Vázquez, Pete Wales e meus colegas do Workshop de verão da Georgetown Law.

3 125 S. Ct. 1183 (2005).

4 Embora existam muitas formas de direito internacional, esse artigo considerará o uso de fontes do direito internacional apenas como autoridade comparativa não vinculante (como o direito estrangeiro), como ocorrido em *Roper* – Cf. Karen Knop, Here and There: International Law in Domestic Courts, 32 N.Y.U. J. INT’L L. & POL. 501, 525 (2000) (enxergando “o direito internacional por meio das lentes do direito comparado”) – e não se abordará questões como quando o direito internacional é obrigatório ou quando seu efeito o é. O termo “direito transnacional” refere-se tanto ao direito estrangeiro quanto ao internacional.

5 *Wilkerson v. Utah*, 99 U.S. 130, 134 (1879). Pelo menos uma decisão anterior referiu-se à lei estrangeira para decidir se uma lei estadual impôs uma “punição” em violação ao Artigo I, Seção 10, proibição de leis *ex post facto* ou *bills of attainder*. Veja *Cummings v. Missouri*, 71 U.S. (4 Wall.) 277, 318, 320-21 (1867) (considerando o código francês contemporâneo e a lei inglesa mais antiga). As reivindicações de violação à Oitava Emenda levantadas antes de *Wilkerson* foram negadas porque a Oitava Emenda não era na época, nem por muitos anos depois, entendida como aplicável aos estados. Cf., por exemplo, *Pervear v. Massachusetts*, 72 U.S. (5 Wall.) 475, 479-80 (1867) (comentando a título de *obiter dictum* que a punição não foi “cruel ou incomum”); *O’Neil v. Vermont*, 144 U.S. 323, 332 (1892).

Tribunal também considerou práticas estrangeiras na resolução de questões sobre punições “cruéis e incomuns”⁶.

6 Em *Wilkinson*, a Corte se referiu positivamente ao direito estrangeiro, enquanto em casos posteriores os Magistrados se referiram às práticas ou opiniões estrangeiras tanto negativa quanto positivamente. Ver, por exemplo, *Weems v. United States*, 217 U.S. 349, 377 (1910) (observando a “fonte estrangeira” de uma punição, “de um governo de forma e gênio diferente do nosso”, ao sustentar que a sentença violou a cláusula de punição cruel e incomum da Constituição das Filipinas (tratada como idêntica à Oitava Emenda)); *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 102 (1958) (opinião pluralista) (argumentando que a imposição da apatridia como punição foi condenada “praticamente por unanimidade” entre as “nações civilizadas do mundo”); *McGautha v. California*, 402 U.S. 183, 204-05 (1971) (discutindo a experiência britânica contemporânea em sentenças de pena de morte); *Idem* em 280-82 (Brennan, J., voto divergente) (respondendo ao argumento da experiência britânica); *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 255-56 (1972) (Douglas, J., voto concorrente) (sugerindo que a pena de morte estava sendo aplicada como na Índia antiga, ofendendo os compromissos anticastas da Constituição dos EUA); *Idem* em 275 n. 18, 278-79, 296 (Brennan, J., voto concorrente) (referindo-se às práticas de outros países “ocidentais”); *Idem* em 351, 371 (Marshall, J., voto concorrente) (afirmando que a experiência nos EUA e no exterior sugere que a abolição da pena de morte não afeta as taxas de criminalidade e destacando “as aproximadamente 70 outras jurisdições no mundo que celebram sua estima pela civilização e humanidade rejeitando a pena capital”); *Idem* em 404 (Burger, C.J., voto divergente) (argumentando que a tendência mundial de abolição legislativa da pena capital não é argumento para a abolição judicial); *Idem* em 438 & n. 23-24, 453-54, 462 (Powell, J., voto divergente) (comentando a experiência do Canadá e da Grã-Bretanha na abolição legislativa da pena de morte); *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153, 184 n.30, 193 n.43 (1976) (voto de Stewart, Powell e Stevens, JJ.) (referindo-se ao Relatório da Comissão Real Britânica sobre a Pena Capital); *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584, 592 n.4, 596 n. 10 (1977) (argumentando que a morte não pode ser uma pena “indispensável” para estupro à luz das práticas de outros países e observando o “clima da opinião internacional” por considerá-la inconstitucional); *Enmund v. Florida*, 458 U.S. 782, 788, 796 n.22 (1982) (observando o direito estrangeiro e internacional ao considerar inconstitucional a pena de morte por homicídio qualificado); *Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815, 830-31 (1988) (opinião pluralista) (referindo-se aos pontos de vista de “outras nações que compartilham nossa herança anglo-americana” e dos “principais membros da comunidade da Europa Ocidental” ao concluir que a pena de morte não poderia ser imposta a quem fosse menor de dezesseis anos no momento do crime); *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304, 316-17 n. 21 (2002) (observando a desaprovação mundial da pena de morte para pessoas com retardo mental); ver também *Robinson v. California*, 370 U.S. 660, 672-73 (1962) (Douglas, J., voto convergente) (observando o tratamento britânico do vício em drogas como uma doença ao invés de um crime); *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277, 292 (1983) (observando a referência anterior da Corte à prática estrangeira); Cf. *Kennedy v. Mendoza-Martinez*, 372 U.S. 144, 161 n. 16 (1963) (referindo-se às consequências drásticas da apatridia [que] levaram à reafirmação na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, Artigo 15, do direito de todo indivíduo de manter uma nacionalidade”); *Rudolph v. Alabama*, 375 U.S. 889, 889 n. 1 (1963) (Goldberg, J., discordando de negar o certiorari) (observando a tendência em todo o mundo,

Em 1989, o *Justice* Scalia buscou superar essa tradição interpretativa, afirmando que apenas a prática dos EUA deveria ser considerada ao se delimitar o que seria “cruel e incomum”⁷. Mas, conforme sugere a jurisprudência anterior, é a visão do *Justice* Scalia - que as práticas de outros países são irrelevantes para a compreensão das “concepções americanas de decência”⁸ - que é anômala e devidamente rejeitada em *Roper*.

Fora dos casos relacionados à Oitava Emenda, as referências a fontes estrangeiras e internacionais ocorrem periodicamente em decisões constitucionais ao longo da história da Corte⁹. Embora o Tribunal não discuta direito estrangeiro ou internacional tanto quanto alguns outros tribunais nacionais, as referências em

exceto em cinco dos sessenta e cinco países declarantes, que exclui a pena de morte para estupro). Incluo referências positivas e negativas ao direito estrangeiro, pois ambas são consistentes com o modelo que apresento abaixo.

7 Cf. *Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361, 369 n. 1 (1989) (afirmando que as práticas de outras nações não podem “estabelecer o primeiro pré-requisito da Oitava Emenda, o de que a prática seja aceita entre nosso povo”, embora possa ser relevante para decidir se uma “prática uniforme entre nosso povo” é exigida pela Constituição (citando *Thompson*, 487 U.S. em 868 n.4 (Scalia, J., voto divergente))).

8 *Idem*.

9 Os Magistrados se referiram à experiência estrangeira nos votos majoritários, bem como em importantes votos concorrentes e divergentes. Ver, por exemplo, *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11, 31-33 & n. 1, 35 (1905) (discutindo leis estrangeiras sobre vacinação); *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412, 419 n. 1 (1908) (referindo-se a normas na Grã-Bretanha, Suíça, Áustria, Holanda, Itália e Alemanha); *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111, 125-26 & n. 27 (1942) (discutindo poderes nacionais em outros sistemas federais); *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 710 n. 8, 718 n. 16, 734 (1997) (observando visões normativas e experiências empíricas de outros países sobre suicídio assistido); *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 651-52 (1952) (Jackson, J., em voto concorrente) (analisando diferentes abordagens estrangeiras ao poder executivo em situações de emergência); *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 71 (1905) (Harlan, J., voto divergente) (comparando a média de dias de trabalho nos EUA e em outros países e descrevendo as horas de trabalho como “um assunto de séria consideração entre os povos civilizados”). Para casos anteriores a 1850 que utilizaram o “direito das nações” na interpretação constitucional, cf. Vicki C. Jackson, *Transnational Discourse, Relational Authority and the U.S. Court: Gender Equality*, 37 LOY.L.A. L. REV. 271, 335-37 e n. 227-28 (2003). Para uma discussão mais aprofundada sobre casos constitucionais relativos ao direito transnacional, cf., por exemplo, Steven G. Calabresi & Stephanie Dotson Zimdahl, *The Supreme Court and Foreign Sources of Law: Two Hundred Yearsof Practice and the Juvenile Death Penalty Decision*, 47WM. & MARY L. REV. (2005); Sarah H. Cleveland, *Our International Constitution*, 31 YALE J. INT’L L. (2005) (disponível na biblioteca da Harvard Law School); e David Fontana, *Refined Comparativism in Constitutional Law*, 49 UCLA L. REV. 539, 545-49, 552-56 (2001).

*Lawrence v. Texas*¹⁰ e *Grutter v. Bollinger*¹¹ também podem ser vistas como um retorno à prática anterior: por exemplo, entre 1949 e 1970, votos de *Justices* da Suprema Corte se referiram à Declaração Universal dos Direitos Humanos em várias ocasiões¹².

Como sugerido acima, a história interpretativa da Oitava Emenda apoia o uso da maioria do direito estrangeiro e internacional ao decidir o que é “cruel e incomum”. A prática passada, no entanto, é apenas uma resposta parcial aos debates sobre se o direito transnacional deve ser considerado na resolução de questões do direito constitucional dos EUA, debates ligados a um conjunto mais amplo de desacordos sobre a interpretação constitucional. A Parte I abaixo argumenta de forma mais geral que considerar o direito estrangeiro e internacional dentro de uma estrutura de aprendizado pelo engajamento - assumindo nem convergência nem desacordo - é uma ferramenta interpretativa legítima que oferece benefícios modestos (e menos riscos do que o debate atual sugere) para os processos de adjudicação constitucional. A Parte II faz sugestões preliminares para padrões de investigação no uso do direito comparado na adjudicação constitucional e alerta sobre as dificuldades de se desenvolver entendimentos contextualmente precisos do direito estrangeiro.

I. AS CONSTITUIÇÕES E O TRANSNACIONAL: TRÊS MODELOS

Embora as referências ao direito estrangeiro remontem à história constitucional dos EUA, há muito mais a que se referir agora. Antes da Segunda Guerra Mundial, outros países ofereciam experiência em governança, mas muito menos experiência em matéria de direito constitucional judicial. Uma era de constitucionalismo baseado em direitos humanos nasceu no momento constitucional global após a derrota do nazismo, produzindo leis internacionais de direitos humanos e com mais tribunais emitindo decisões constitucionais fundamentadas. Fontes de direito que vão além das fronteiras dos EUA continuam a crescer. Enquanto algumas fontes são vinculantes (como tratados ratificados), outras claramente não o são, incluindo o direito constitucional de países estrangeiros, que, no entanto, alguns tribunais nacionais consideram relevante como autoridade “persuasiva” ou “relacional”¹³. A Suprema Corte dos EUA deixou de ser uma das únicas para se tornar uma das muitas cortes constitucionais do mundo, uma mudança que cria tanto

10 123 S. Ct. 2472, 2481, 2483 (2003)

11 123 S. Ct. 2325, 2347 (2003) (Ginsburg, J., voto concorrente).

12 Cf. Jackson, nota supra 9, em 307 n. 127 (também observando referências à Carta das Nações Unidas).

13 Cf. *Idem* em 290-306, 315-18; Anne-Marie Slaughter, *A Global Community of Courts*, 44 HARV. INT'L. L. J. 191, 194-204 (2003).

oportunidades de aprendizado mútuo quanto ocasiões de ansiedade. Como o *Chief Justice* Rehnquist comentou extrajudicialmente, “agora que o direito constitucional está solidamente fundamentado em tantos países... é hora de os tribunais dos EUA começarem a olhar para as decisões de outros tribunais constitucionais para ajudar em seu próprio processo deliberativo”¹⁴. A questão não é se, mas como a adjudicação constitucional responde a esse *corpus* crescente.

A. OS MODELOS

Pelo menos três modelos podem descrever amplamente as relações entre constituições domésticas e leis de fontes transnacionais. O *Justice* Scalia acusou o Tribunal que julgou o caso de *Roper* de assumir a conveniência da convergência com as leis de outras nações - o Modelo de Convergência. Em vez disso, ele propôs uma abordagem que apreciase a resistência das constituições nacionais à influência externa - o Modelo de Resistência. Nenhum desses modelos, isoladamente, se ajusta bem às nossas práticas constitucionais. Em vez disso, a Constituição pode ser melhor vista como um local de engajamento com o transnacional, informado, mas não controlado, pela consideração das normas jurídicas de outras nações e pelas perguntas que eles colocam aos intérpretes de nossa constituição especificamente nacional - o Modo de Engajamento.¹⁵

O Modelo de Convergência vê as constituições nacionais como locais para a implementação do direito internacional ou para o desenvolvimento de normas transnacionais. Refletido em estudos que exploram o direito constitucional “genéri-

14 William H. Rehnquist, Prefácio de *Defining the field of Comparative Constitutional Law*, vii, viii (Vicki C. Jackson & Mark Tushnet eds., 2002) (reimpressão das observações feitas em 1999); veja também Sandra Day O'Connor, *Broadening Our Horizons: Why American Judges and Lawyers Must Learn About Foreign Law*, INT'L JUD. OBSERVER, June 1997, 2, 2 (prevendo que os juízes recorrerão a tribunais constitucionais estrangeiros, por exemplo, da Alemanha, Itália e África do Sul, porque “[eles] lutaram com as mesmas questões constitucionais básicas que temos: proteção igualitária, devido processo, o Estado de Direito em democracias constitucionais” e todos “têm algo a nos ensinar sobre a função civilizadora do direito constitucional”).

15 Esta breve apresentação é necessariamente simplificada. Por exemplo, a “convergência”, um processo descentralizado de desenvolvimento de normas por juízes nacionais que leva a métodos comuns de raciocínio e resultados semelhantes, é agrupado com a “implementação”, em que as constituições e os tribunais domésticos são vistos como locais para impor um corpo uniforme do direito internacional dos direitos humanos. Além disso, os modelos podem se sobrepor, e esses três podem não capturar alguns fenômenos, incluindo os papéis das constituições nacionais no desenvolvimento de princípios de escolha de leis em disputas multinacionais.

co” ou abordagens interpretativas¹⁶, esse modelo também pode ser visto nas constituições pós-Segunda Guerra Mundial que incorporam explicitamente o direito internacional como norma jurídica controladora.¹⁷ A Constituição sul-africana exige explicitamente que o direito internacional seja levado em consideração na interpretação dos direitos constitucionais e autoriza especificamente seus tribunais a considerar o direito estrangeiro¹⁸, manifestando uma visão da constituição como um local para possível convergência com normas constitucionais transnacionais ou internacionais. Mesmo sem um mandato tão explícito, os tribunais em vários outros países recorrem ao direito estrangeiro ou internacional para orientação na resolução de questões constitucionais domésticas¹⁹.

16 Cf., e.g., David M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law* (2004); David S. Law, *Generic Constitutional Law*, 89 MINN. L. REV. 652 (2005). Para uma discussão sobre o argumento de David Beatty, cf. Vicki C. Jackson, *Being Proportional About Proportionality*, 21 CONST. COMMENT. (2005).

17 Cf., e.g., Grundgesetz [GG] [Lei Básica] art. 25 (F.R.G.), traduzido em Press & Info. Office (F.R.G.), *Basic Law For The Federal Republic of Germany* (Christian Tomuschat & David P. Curry, trad., 1998) (tornando “as regras gerais do direito internacional... uma parte integrante do direito federal”, tendo “precedência sobre as leis e criando diretamente direitos e deveres” para os habitantes da Alemanha); ver também Kay Hailbronner, *Fifty Years of the Basic Law - Migration, Citizenship, and Asylum*, 53 SMU L. REV. 519, 521-22 (2000). Para uma descrição das constituições nacionais, incluindo as da Argentina e da Áustria, que conferem status constitucional específico aos tratados de direitos humanos, cf. Gerald L. Neuman, *Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance*, 55 STAN. L. REV. 1863, 1891-95 (2003). Cf. Grondwet Ned. [Constituição] art. 91.3 (Neth.) (autorizando tratados inconsistentes com a constituição se aprovados por dois terços dos votos de ambas as câmaras dos Estados Gerais).

18 Constituição da África do Sul, 1996, art. 39(1)

19 Cf. Jackson, nota 7, em 292-302 & n. 108 (discutindo casos na Índia, Botsuana e Canadá referentes ao direito internacional ou estrangeiro na interpretação dos direitos constitucionais); cf. também: idem, 310 n.136 (observando os Princípios de Bangalore, que incentivam a interpretação, inclusive do direito constitucional, nos países da Commonwealth, à luz dos direitos humanos internacionais). A Carta de Direitos e Liberdades do Canadá só permite limitações de direitos se “demonstravelmente justificadas em uma sociedade livre e democrática”, *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, §1º, Parte I, do *Constitution Act*, 1982 (Schedule B do Canada Act de 1982, c. II (U.K.)), e pode ser visto como autoridade implícita para considerar práticas constitucionais comparadas. Para outras análises, por juízes canadenses, da abordagem do Canadá como implementadora de obrigações internacionais de direitos humanos, cf. Knop, nota 2, em 514, 518. Até mesmo os Estados Unidos têm uma posição padrão para interpretar normas domésticas de acordo com o direito internacional. Cf. *Murray v. Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64, 118 (1804); cf. também *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677, 700 (1900).

As constituições também podem fornecer uma base para resistência ou diferenciação de leis ou práticas estrangeiras.²⁰ Fora dos Estados Unidos, as disposições das constituições domésticas sobre a propriedade nacional ou o controle de recursos têm funcionado como base para resistir às pressões econômicas da globalização.²¹ Dentro deste país, o federalismo tem sido apresentado como uma forma de resistir à constitucionalização das normas de direitos humanos derivadas de fontes transnacionais.²² A posição do *Justice Scalia* é mais agressiva, por vezes demonstrando uma espécie de indiferença deliberada ao direito estrangeiro na interpretação²³ constitucional e insistindo que “a análise comparativa [é] inadequada à tarefa de interpretar uma constituição”.²⁴

20 Cf., por exemplo, Sujit Choudhry, *The Lochner Era and Comparative Constitutionalism*, 2 INT’L J. CONST. L. I (2004) (discutindo *Lochner* como um precedente negativo significativo no desenvolvimento constitucional canadense); Kim Lane Scheppele, *Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross-Constitutional Influence Through Negative Models*, 1 INT’L J. CONST. L. 296, 313-20 (2003) (argumentando que modelos estrangeiros “aversivos” influenciaram o direito constitucional dos EUA).

21 Por exemplo, em 1996, a Corte Constitucional colombiana considerou inconstitucionais dois tratados bilaterais de investimento. Cf. David Schneiderman, *Constitutional Approaches to Privatization: An Inquiry into the Magnitude of Neo-Liberal Constitutionalism*, in REGULATION 501, 524-26 (Colin Scott ed., 2003) (observando também a emenda constitucional de 1999 como resposta parcial); cf. também *La Bugal-B’laan Tribal Ass’n v. Ramos*, G.R. n. 127.882, 421 S.C.R.A. 148 (27 de janeiro de 2004) (Phil.), disponível em <<http://www.supremecourt.gov.ph>> (invalidando uma lei que autorizava certos contratos de serviços com empresas estrangeiras sob uma disposição constitucional que proíbe o controle estrangeiro da produção de mineração), *rev’d on motion for reconsideration*, G.R. n. 127.882 (S.C. Dec. I, 2004) (Phil.), disponível em <<http://www.supremecourt.gov.ph>>. As tensões entre regimes econômicos transnacionais e constituições domésticas são evidentes em outros lugares, de maneiras relacionadas, mas distintas. Cf., e.g., Kim Lane Scheppele, *A Realpolitik Defense of Social Rights*, 82 TEX. L. REV. 1921, 1941-49 (2004) (descrevendo a rejeição do Tribunal Constitucional Húngaro de mudanças nas leis de bem-estar exigidas pelo Fundo Monetário Internacional); J.H.H. Weiler, *Federalism Without Constitutionalism: Europe’s Sonderweg*, in *The Federal Vision: Legitimacy and Nives of Governance in the United States and the European Union* 54, 63 (Kalypso Nicolaidis & Robert Howse eds., 2001) (descrevendo como os tribunais nacionais “ficaram à porta e defenderam as constituições nacionais contra a invasão ilícita de Bruxelas”).

22 Cf., e.g., *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304, 322 (2002) (Rehnquist, C.J., voto divergente); Nelson Lund & John O. McGinnis, *Lawrence v. Texas and Judicial Hubris*, 102 MICH. L. REV. 1555, 1599-1605 (2004).

23 Cf., e.g., *Atkins*, 536 U.S. at 347-48 (Scalia, J., voto divergente) (“Igualmente irrelevantes são as práticas da ‘comunidade mundial’, cujas noções de justiça são (felizmente) nem sempre as de nosso povo.”)

24 *Printz v. United States*, 521 U.S. 898, 921 n. 11 (1997).

Terceiro, o direito constitucional pode ser entendido como um local de engajamento entre o direito interno e as fontes e práticas jurídicas internacionais ou estrangeiras. Nesta visão, os intérpretes da constituição não tratam o material estrangeiro ou internacional como vinculante, ou como presumivelmente a ser seguido. Entretanto, também não colocam antolhos que excluem as fontes e experiências jurídicas estrangeiras. As fontes transnacionais são vistas como interlocutoras, oferecendo uma forma de testar a compreensão das próprias tradições e possibilidades, examinando-as na reflexão dos outros.²⁵ O caso fundacional sobre a *judicial review* é ilustrativo: em *Marbury v. Madison*²⁶, o caráter escrito da Constituição foi usado para diferenciar o governo dos EUA do da Grã-Bretanha e justificar a legitimidade da revisão judicial, a Corte também se baseou afirmativamente nas tradições britânicas de processar o Rei para definir a “essência da liberdade civil”.²⁷ Exemplos também podem ser vistos na legislação de outros países, incluindo casos canadenses que consideram cuidadosamente os casos da Primeira Emenda dos EUA, às vezes para distinguir e às vezes para concordar com suas conclusões.²⁸

É esse terceiro modelo de comparação como engajamento ou interlocução que *Roper* ilustra. Tanto a maioria quanto o *Justice O'Connor* estavam dispostos a olhar para as leis e as práticas externas para questionar seu julgamento sobre se a punição é constitucionalmente desproporcional nos Estados Unidos, mas somente depois de considerar fatores mais importantes, incluindo a lei e a prática estaduais. Para o *Justice Kennedy*, a lei, a prática e o raciocínio jurídicos estrangeiros - embora

25 Para discussões úteis sobre o engajamento por meio da interpretação “dialógica”, cf. Sujit Choudhry, *Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, 74 IND. L. J. 819, 835-38, 855-65 (1999); e Sarah K. Harding, *Comparative Reasoning and Judicial Review*, 28 YALE J. INT’L. L. 409, 424-27, 437-39 (2003).

26 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

27 Cf. *idem* em 163, 176-78. Não obstante os relatos “genealógicos” ou “originalistas”, a invocação de *Marbury* da lei britânica - enfatizando a distinção entre governo limitado e ilimitado e a disponibilidade de alívio judicial contra o monarca - se assemelha mais a uma comparação contemporânea esclarecedora.

28 Compare *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, 743-44 (Can.) (concluindo que mesmo que as leis de discurso de ódio fossem inconstitucionais nos Estados Unidos, as leis do Canadá são permitidas em parte à luz do compromisso do Canadá com o multiculturalismo), com *United Food & Commercial Workers Local 1518 v. Kmart Can. Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083, 1118-21 (Can.) (concordando com a distinção feita na lei da Primeira Emenda entre panfletagem e piquete). Para um caso sul-africano lidando com autoridades estrangeiras bastante divergentes, cf. *S v. Makwanyane* 1995 (6) BCLR 665 (CC) em 685-703 (S. Afr.) (considerando abordagens de jurisdições abolicionistas e retencionistas ao decidir sobre a constitucionalidade da pena de morte na África do Sul).

não “controladores”²⁹ - ajudaram a confirmar o julgamento da Corte baseado no peso das práticas estatais e em sua visão das capacidades morais dos adolescentes. O *Justice* O’Connor resistiu a qualquer divisão categórica entre a lei dos EUA e as correntes globais: “A compreensão em evolução desta nação sobre a dignidade humana certamente não está totalmente isolada nem inerentemente em desacordo com os valores prevalecentes em outros países”³⁰. A lei estrangeira, no entanto, não afetou sua visão de que ainda não existia um consenso doméstico contra a pena de morte juvenil, nem a convenceu de que a pena de morte seria moralmente desproporcional para todos os jovens de dezessete anos.³¹ Cada um desses *Justices* preservou uma metodologia da Oitava Emenda, na qual a lei e as práticas dos estados ocupavam o primeiro lugar na análise – não uma postura conducente a um compromisso de convergência com normas internacionais ou transnacionais.³²

29 Roper, 125 S. Ct. em 1198.

30 Idem em 1215-16 (O’Connor, J., voto divergente); cf. também idem em 1216 (“[Um] consenso internacional... pode servir para confirmar a razoabilidade de um consenso americano consonante e genuíno.”).

31 Idem em 1214. A decisão dela de votar pela manutenção da lei estadual refletiu sua confiança na capacidade de determinação de culpabilidade da “sentença individualizada”. Idem.

32 Mas cf. Ernest A. Young, *The Supreme Court, 2004 Term-Comment: Foreign Law and the Denominator Problem*, 119 HARV. L. REV. 148, 153-56 (2005) (argumentando que a Corte utilizou jurisdições estrangeiras para “expandir [...] o denominador” pelo qual um consenso foi determinado). Um modelo matemático simples não captura o processo de julgamento da Corte. A Corte primeiro analisou como o peso da lei estadual se comparava com aquele em *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002), como o peso da autoridade tinha mudado desde *Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361 (1989), e as práticas reais dos Estados na imposição da pena de morte a delinquentes juvenis. Cf. Roper, 125 S. Ct. em 1192-94, A, em 1200-02 (análise de cinquenta estados). Em seguida, discutiu o status moral dos jovens, observando a capacidade mais limitada dos adolescentes de controlar seus impulsos e de resistir às más influências, bem como a fase ainda formativa de seu desenvolvimento pessoal, para concluir que é improvável que estejam entre os “piores infratores”, com “extrema culpa”, para quem a pena de morte é proporcional. Cf. idem em 1194-98. Análises adicionais das leis dos cinquenta estados sobre o casamento, o voto e a idade para prestar serviço ao júri, idem, B-D, em 1202-05, apoiaram os dezoito anos como uma idade apropriada de maturidade legal. Reconhecendo que um jovem excepcional pode ter a maturidade necessária para ser classificado entre os piores infratores, a Corte considerou que a avaliação individualizada representava um risco muito grande de que a hediondez do crime sobrecarregasse erroneamente a consideração da juventude na mitigação. Idem em 1197. Somente após discutir esses fatores, a Corte abordou o direito estrangeiro e internacional. Embora o peso do direito estrangeiro pudesse ter levado alguns a um novo pensamento, a estrutura do argumento da Corte apoiou sua descrição do uso do direito estrangeiro como confirmatório, em vez de parte integrante de sua análise.

B. EM DEFESA DO ENGAJAMENTO

O compromisso com o direito estrangeiro e internacional, em um espírito de investigação e de abertura para melhores entendimentos³³, é consistente com o que David Strauss descreveu como o método de interpretação constitucional do *common law*, restringido pelos limites do texto constitucional e das práticas interpretativas anteriores³⁴ e por uma hesitação, mais importante em casos constitucionais, para interferir na tomada de decisões democráticas. O engajamento com fontes jurídicas transnacionais pode questionar a compreensão de nossa própria Constituição de várias maneiras, três das quais discuto aqui.³⁵

Em primeiro lugar, na medida em que os sistemas constitucionais desempenham funções semelhantes, podem surgir preocupações similares sobre as consequências das escolhas interpretativas.³⁶ Se mais de uma interpretação da Constituição for plausível a partir de fontes legais domésticas³⁷, as abordagens adotadas em outros países podem fornecer informações empíricas úteis para decidir qual interpretação funcionará melhor nessa situação.³⁸ Certamente, há questões difíceis

33 Cf. H. Patrick Glenn, *Persuasive Authority*, 32 MCGILL L. J. 261, 263, 287-88 (1987) (conectando a abertura à autoridade persuasiva com a ideia do direito como inquérito).

34 Cf. David A. Strauss, *Common Law Constitutional Interpretation*, 63 U. CHI. L. REV. 877 (1996) (argumentando que a interpretação legítima não deve ser vista como uma busca por uma única fonte autorizada, mas como fundamentada em entendimentos que evoluem, por meio de decisões racionais no método do *common law*, ao longo do tempo). A batalha sobre referências estrangeiras é em parte sobre a teoria interpretativa, cf., e.g., Roger P. Alford, *In Search of a Theory for Constitutional Comparativism*, 52 UCLA L. REV. 639 (2005), um tópico extenso que não pode ser totalmente abordado neste espaço.

35 Para discussões adicionais, cf. Jackson, nota 7, em 320-24, 347-51.

36 Cf. Mark Tushnet, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, 108 YALE L. J. 1225, 1238-65 (1999).

37 Cf. também Jeremy Waldron, *The Supreme Court, 2004 Term-Comment: Foreign Law and the Modern *Ius Gentium**, 119 HARV. L. REV. 129, 140 (ênfatisando a importância de uma questão ser “aberta”). Diferenças textuais e históricas entre as constituições podem excluir certas abordagens. Um grande júri pode não representar a “melhor” abordagem para a investigação criminal preliminar, mas é exigido pelo texto constitucional em certos casos federais.

38 Cf. *Printz v. United States*, 521 U.S. 898, 977 (1997) (Breyer, J., voto divergente); cf. também, e.g., *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111, 125-26 & n.27 (1942) (observando que outras três grandes nações exportadoras de trigo - Canadá, Austrália e Argentina - eram sistemas federais, e em cada uma delas o governo nacional controlava a regulamentação do trigo); *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398, 440 (1964) (White, J., voto divergente) (“Nenhum outro país civilizado considerou necessária uma regra tão rígida... [e] o executivo de nenhum outro governo parece exigir tal isolamento das decisões do direito internacional em seus tribunais...”).

de comparabilidade ao tirar conclusões sobre os efeitos nos Estados Unidos de uma regra aplicada em outro lugar.³⁹ Por exemplo, a sugestão do *Justice* Breyer em *Printz v. Estados Unidos*⁴⁰ de que a experiência federal europeia apoiava a constitucionalidade do *federal commandeering* [nos Estados Unidos, o termo se refere às ações do governo federal que poderiam forçar um governo estadual a tomar alguma ação que não tomaria de forma voluntária] não discutiu as diferenças significativas entre o federalismo americano e o alemão, tornando as comparações diretas muito mais complexas.⁴¹ No entanto, a experiência de países comparáveis oferece informações potencialmente úteis.

Em segundo lugar, as comparações podem esclarecer o funcionamento específico do sistema de cada um. Tribunais constitucionais estrangeiros às vezes consideram a jurisprudência dos EUA, mas se recusam a segui-la,⁴² demonstrando que o engajamento com a lei estrangeira não precisa levar à sua adoção. Nossa Corte, não menos que outras, pode fazer tais distinções.⁴³ Considerar as questões que outros sistemas colocam pode aguçar a compreensão de como somos diferentes.⁴⁴ O Canadá, por exemplo, manteve seu estatuto de discurso de ódio usando um ra-

39 Sobre os limites do funcionalismo comparado, incluindo o problema das “variáveis omitidas”, cf. Tushnet, nota 34, em 1265-69.

40 5211 U.S. 898, 976-77 (Breyer, J., voto divergente).

41 Cf. Vicki C. Jackson, *Narratives of Federalism Of Continuities and Comparative Constitutional Experience*, 51 DUKE L. J. 223, 269-70 (2001) (destacando que a câmara alta da legislatura alemã é composta por membros dos governos subnacionais); cf. também Daniel Halberstam, *Of Power and Responsibility: The Political Morality of Federal Systems*, 90 VA. L. REV. 731, 819-20 (2004).

42 Cf., e.g., *Lavigne v. Ont. Pub. Serv. Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, 256-58 (Can.) (voto de Wilson, J.); *Amalgamated Soc’y of Eng’rs v. Adelaide S.S. Co.* (1920) 28 C.L.R. 129, 146-48 (Austl.).

43 Cf., e.g., *Raines v. Byrd*, 521 U.S. 811, 828 (1997) (observando que os tribunais constitucionais europeus podem ouvir casos apresentados por legisladores para contestar leis, enquanto sustentam que os membros do Congresso não têm legitimidade para contestar a *Line Item Veto Act*).

44 Cf., e.g., *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 593-94, 597-610, 613-14 (1952) (Frankfurter, J., voto concorrente) (implicitamente distinguindo a Constituição, com sua insistência na separação de poderes e na criação de leis pelo legislativo, das ditaduras fascistas). Como observa Kim Scheppele, “a Alemanha nazista e a União Soviética tornaram-se pontos de referência irresistíveis para a Suprema Corte... em muitos contextos doutrinários”. Scheppele, nota 18, em 313; cf. também, e.g., Richard A. Primus, *The American Language of Rights 177-247* (1999).

ciocínio altamente contextualizado;⁴⁵ uma comparação ponderada pode considerar-se uma política mais ampla e com uma justiça criminal mais descentralizada, como a dos Estados Unidos, beneficiaria-se de uma doutrina mais formalista para proteger o discurso.⁴⁶

Terceiro, fontes jurídicas estrangeiras ou internacionais podem esclarecer dimensões “suprapositivas” dos direitos constitucionais,⁴⁷ como quando o texto ou a doutrina constitucional exige julgamentos contemporâneos sobre uma qualidade de ação ou a liberdade - a “razoabilidade” de uma busca, a “crueldade” de uma punição. Muitas constituições modernas incluem direitos individuais que protegem valores semelhantes em um nível abstrato, muitas vezes inspirados em textos de direitos humanos.⁴⁸ Tais direitos, embora incorporados em constituições nacionais específicas, têm aspectos “universais”, refletindo “a inescapável ubiquidade dos seres humanos como uma preocupação central” para qualquer sistema jurídico e as-

45 Cf. Kent Greenawalt, *Free Speech in the United States and Canada*, LAW & CONTEMP. PROBS., Winter 1992, em 5, 15-25 (contrastando a análise de proporcionalidade “nuançada, contextualizada” do Canadá em casos de liberdade de expressão com normas mais categóricas dos EUA, como aquelas que proíbem a regulação baseada em conteúdo [contente-based regulation]).

46 Para uma explicação sobre por que regras formais e categóricas podem resultar em decisões mais corretas, uma vez que os riscos de erro de padrões mais sutis implementados por tomadores de decisão descentralizados são levados em consideração, cf. Frederick Schauer, Formalism, 97 YALE L. J. 509, 538-44 (1988). Cf. também Mark Tushnet, *Transnational/Domestic Constitutional Law*, 37 LOY. L. A. L. REV. 239, 259 (2003) (sugerindo que a descentralização da acusação torna a regulação do discurso de ódio mais perigosa nos Estados Unidos do que no Canadá).

47 Neuman, nota 15, em 1866-72 (descrevendo como os direitos constitucionais têm aspectos “suprapositivos”, “consensuais” e “institucionais”). A controvérsia sobre os usos “normativos” do direito estrangeiro pode refletir uma crítica mais geral da normatividade judicial, mas as considerações de justiça, operando dentro de outras restrições interpretativas, fazem parte do desenvolvimento constitucional do *common law*. Cf. Strauss, nota 32, em 900-02.

48 Ao contrário de algumas constituições do pós-Segunda Guerra Mundial, a dos EUA não se “alinha” explicitamente com os textos modernos de direitos humanos, cf. Gerald L. Neuman, *The Uses of International Law in Constitutional Interpretation*, 98 AM. J. INT’L L. 82, 86 (2004), e a profundidade da jurisprudência norte-americana existente também pode diminuir o benefício relativo de recorrer ao direito transnacional, cf. Christopher McCrudden, *A Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*, 20 OXFORD J. LEGAL STUD. 499, 523-24 (2000). No entanto, dada a influência dos EUA nos textos de direitos humanos e no direito constitucional estrangeiro, há entendimentos sobrepostos de “conceitos como liberdade, igualdade e privacidade” que fornecem alguma base para iluminação comparativa. Cf. Harold Hongju Koh, *International Law as Part of Our Law*, 98 AM. J. INT’L L. 43, 54 (2004).

pirações generalizadas (embora não universais) de que a lei restrinja o tratamento governamental dos indivíduos.⁴⁹

C. COMPROMISSOS ÉTICOS, JULGAMENTOS TRANSPARENTES

Olhar para a lei estrangeira também pode melhorar a tomada de decisões judiciais, expandindo as oportunidades de engajamento ético com os pontos de vista daqueles que têm responsabilidades equivalentes e aspiram a uma imparcialidade semelhante.⁵⁰ Juízes dos EUA são eticamente obrigados a evitar discutir casos pendentes de julgamento com pessoas externas⁵¹, um isolamento que é particularmente importante para juízes em um tribunal de última instância. Tais regras éticas refletem aspirações por decisões baseadas em visões imparciais e fundamentadas dos juízes sobre a melhor compreensão do direito. Alcançar esse entendimento pode exigir que um juiz se distancie de suas primeiras reações, testando-as quanto ao preconceito e submetendo-as a um interrogatório fundamentado.⁵² Olhar para decisões de tribunais

49 Jackson, nota 39, em 272 n. 2007; cf. também Donald P. Kommers, *The Value of Comparative Constitutional Law*, 9 J. MARSHALL J. PRAC. & PROC. 685, 691-94 (1976) (argumentando que alguns dispositivos constitucionais refletem valores “universais” passíveis de serem iluminados pelos pontos de vista de outros tribunais); cf. *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11, 29 (1905) (observando as limitações sobre “a autoridade de qualquer governo humano, especialmente de qualquer governo livre existente sob uma constituição escrita, para interferir” na autonomia individual).

50 Cf. Neuman, nota 46, em 88 (observando que “um argumento que já se provou persuasivo para um órgão imparcial responsável por encontrar um equilíbrio entre as reivindicações de ordem e liberdade” pode ser mais persuasivo para os tribunais do que a “advocacia interesseira” ou a “especulação normativa”).

51 Cf., e.g., ABA Model Code of Judicial Conduct Canon 3(B)(7) & cmt. (2003) (proibindo: comunicações ex parte, inclusive com professores de direito ou outros especialistas, ausência de aviso às partes e oportunidade de manifestação).

52 Ler as petições das partes e as decisões dos tribunais de instâncias inferiores e discutir questões com os próprios assessores são partes importantes desse processo. Mas eles não equivalem a se envolver em igualdade com outros que carregam um peso semelhante de decisão. Vinculadas como são pelas decisões passadas da Corte, as cortes supremas estaduais podem ser mais limitadas para explorar novas questões constitucionais difíceis do que as cortes constitucionais de países estrangeiros. Cf. Gil Carlos Rodriguez Iglesias, *The Judge Confronts Himself as Judge*, em *Judges In Contemporary Democracy: An International Conversation* 275, 277 (Robert Badinter & Stephen Breyer eds., 2004) (“A questão essencial é ... o grau em que um magistrado tem liberdade de escolha. Nesse aspecto, a posição de um juiz dentro de uma hierarquia, na qual as partes podem obter revisões por meio de recursos, difere da de um juiz de uma corte suprema.” (grifos omitidos)). E as oportunidades de intercâmbio dentro da Corte são limitadas, entre outras razões, pelo pequeno número de Magistrados.

constitucionais estrangeiros pode ser um substituto intelectual parcial para a conversa, um teste externo que pode ser particularmente útil nas escolhas mais controversas e aparentemente carregadas de valor. A comparação reflexiva, então, pode oferecer a esperança de mais imparcialidade, em vez de menos, visto que os juízes usam decisões estrangeiras como forma de se distanciar e verificar suas próprias reações iniciais.⁵³

A comparação hoje é inevitável. É quase impossível ser um juiz ou advogado bem-informado atualmente sem ter impressões sobre as leis e a governança de outros países que não o seu.⁵⁴ Essas impressões, que podem influenciar as visões do constitucionalismo norte-americano, podem estar incorretas ou sujeitas às contestações interpretativas. Referências abertas ao que os juízes acreditam sobre outros países frequentemente oferecem uma transparência útil.⁵⁵ Uma sequência recente de decisões fornece um exemplo. O voto concordante do *Chief Justice* Burger em *Bowers v. Hardwick*⁵⁶ inferiu que a sodomia homossexual era universalmente condenada na civilização ocidental.⁵⁷ Lawrence respondeu observando que, antes de *Bowers*, a Corte Europeia de Direitos Humanos havia considerado que tal proibição

53 As comparações reflexivas podem “desafiar as suposições de que as formas existentes de proceder são ‘necessárias’ ou ‘naturais’”. Jackson, nota 7, p. 347; cf Jennifer Nedelsky, *Communities of Judgment and Human Rights* 25 (2 de fevereiro de 2004) (manuscrito não publicado, disponível na Biblioteca da Faculdade de Direito de Harvard) (observando que as comunidades de julgamento ajudam a “mitigar o efeito das próprias idiossincrasias [de um juiz]”).

54 Cf. Michael Kirby, Magistrado, Suprema Corte da Austrália, *Grotius Lecture no Annual Meeting of the American Society of International Law: International Law - The Impact on National Constitutions* 40 (29 de março de 2005) (transcrição disponível em <<http://www.asil.org/pdfs/kirbygrotiuso5o4oI.pdf>>) (observando que “a questão real não é se as fontes [internacionais e estrangeiras] vão orientar” as decisões, já que é inevitável, mas se os “juízes devem revelar - e estar prontos para debater” suas opiniões).

55 A prudência pode aconselhar moderação na discussão de materiais estrangeiros, mesmo que sejam levados em consideração. Cf. Judith Resnik, *Law's Migration: From Shelley v. Kraemer to CEDAW and Kyoto-American Exceptionalism, Silent Dialogue, and Federalism's Multiple Ports of Entry*, 115 YALE L. J. (2005) (disponível na biblioteca da Harvard Law School) (observando o diálogo silencioso com a transnacional em face da reação política); cf. também Jackson, nota 7, em 324 & n.193; cf. Carlos F. Rosenkrantz, *Against Borrowings and Other Nonauthoritative Uses of Foreign Law*, 1 INT'L J. CONST. L. 269, 292-94 (2003) (argumentando que o uso da lei estrangeira deve ser evitado, pois prejudica a acessibilidade e dificulta o desenvolvimento da cultura constitucional do Estado de Direito). No entanto, se estiverem ausentes circunstâncias especiais, a franqueza deve ser preferida, porque dar razões, submetendo assim a análise ao escrutínio racional, é uma das restrições mais importantes ao julgar. Cf., por exemplo, David L. Shapiro, *In Defense of Judicial Candor*, 100 HARV. L. REV. 731, 736-38, 750 (1987).

56 478 U.S. 186 (1986).

57 Cf. *idem* em 196-97 (Burger, C.J., voto concorrente).

violava a Convenção Europeia.⁵⁸ Essa sequência sugere que as comparações com o que os juízes acham que sabem sobre outros sistemas são inevitáveis e ilustra que referências abertas podem ser uma forma de responsabilização, permitindo a correção de erros.

D. REJEITANDO A RESISTÊNCIA

O Modelo de Resistência, por outro lado, oferece menos espaço para revelar ou corrigir erros. Embora seus proponentes levantem importantes preocupações sobre a legitimidade democrática e a discricionariedade judicial, essas envolvem questões maiores sobre interpretação constitucional e não devem impedir o uso cauteloso do material comparativo.

Os usos empíricos ou funcionais do direito estrangeiro, embora levantem questões difíceis de comparabilidade, não apresentam sérias questões de legitimidade. Embora o *Justice* Scalia se opusesse às referências dos votos dissidentes de *Printz* aos federalismos estrangeiros, três anos antes o *Justice* Scalia, de forma muito similar, invocou informações empíricas sobre o funcionamento de outras democracias - como um argumento funcional para apoiar a constitucionalidade de uma lei contestada.⁵⁹ Se a experiência jurídica comparada é relevante para apoiar a constitucionalidade de uma lei contestada, ela não pode logicamente ser excluída da consideração em casos que vão em sentido contrário⁶⁰ - mas razões relacionadas ao papel de um juiz em uma democracia constitucional podem exigir maior certeza de todas as fontes antes de declarar uma lei inconstitucional.

Alguns autores argumentam que a referência ao direito estrangeiro para uma visão substantiva sobre questões constitucionais contestadas é inconsistente com o caráter democraticamente “autoconcedido” de nossa Constituição.⁶¹ Este argumen-

58 *Lawrence v. Texas*, 123 S. Ct. 2472, 2481 (2003).

59 Cf. *McIntyre v. Ohio Elections Comm’n*, 514 U.S. 334, 381 (1995) (Scalia, J., voto divergente) (observando práticas de outras democracias como suporte para reconhecer a constitucionalidade de uma lei estadual que proíbe a cobrança anônima); cf. *Schriro v. Summerlin*, 124 S. Ct. 2519, 2525 (2004) (Scalia, J.) (baseando-se em parte na “recepção mista” do julgamento por júri em outros países para decidir que o habeas corpus não estava disponível por violação anterior de uma “nova regra”).

60 Mas cf. Mary Ann Glendon, Op-Ed., *Judicial Tourism*, WALLST. J., 16 de setembro de 2005, em A14 (distinguindo as referências ao direito estrangeiro nas decisões que confirmam a constitucionalidade de normas a partir dessas referências em decisões que invalidam uma lei).

61 Cf., por exemplo, Kenneth Anderson, *Foreign Law and the U.S. Constitution*, POL’Y REV., Junho-Julho 2005, em 33,48; cf. também Jed Rubenfeld, *Unilateralism and Constitutionalism*, 79 N.Y.U. L. REV. 1971, 2006 (2004) (“[A] Constituição dos EUA deveria refletir nossos próprios

to desvirtua a origem da legitimidade da Constituição e as tradições interpretativas em que se baseia. A Constituição é nossa porque muitas gerações assim a tornaram, através de um processo complexo que começa com a adoção do texto original e das emendas, mas envolve camadas de contestação e interpretação - incluindo interações prévias com ideias e práticas compartilhadas por comunidades transnacionais - que moldam seu significado ao longo do tempo.⁶² A Constituição não veio para proteger a igualdade para mulheres e minorias raciais simplesmente porque foi “autoconcedida” em 1789, 1868 ou 1920, mas por causa de disputas continuadas sobre seu significado.⁶³

Uma vertente importante de nossa identidade constitucional nacional é a crença de que os Estados Unidos deveriam liderar a proteção dos direitos individuais que possuem raízes na Constituição norte-americana. *Miranda v. Arizona*⁶⁴ articulou claramente essa visão. Depois de discutir as regras para interrogar suspeitos na Inglaterra, Escócia, Índia e Ceilão, o Tribunal escreveu:

compromissos jurídicos e políticos fundamentais – e não um conjunto de compromissos que todas as nações civilizadas devem compartilhar. É a autoadoção da Constituição, não a sua universalidade, que lhe confere autoridade como lei.”); cf. Paul W. Kahn, *Comparative Constitutionalism in a New Key*, 101 MICH. L. REV. 2677, 2699-2700 (2003) (sugerindo que a cultura constitucional dos EUA está mais preocupada com a “vontade” e a “legitimidade” do que com a “razão” ou a “justiça”).

62 Cf. Jackson, nota 7, em 337 n. 231-33 (descrevendo o caráter transnacional do movimento das mulheres que levou à adoção da Décima Nona Emenda); cf. também Roper, 125 S. Ct. em 1215-16 (O'Connor, J., voto divergente). A estrutura constitucional, incluindo as provisões de maioria absoluta para emendas do Artigo V, não foi produto de um processo que atendessem aos padrões contemporâneos de igualdade e democracia. Cf. Jackson, nota 7, em 330-41. Portanto, não é surpreendente que as minorias raciais e as mulheres tenham utilizado recursos tanto transnacionais quanto domésticos em suas lutas constitucionais pela igualdade. Cf. Resnik, nota 53 (manuscrito em 15, 19) (argumentando que tanto os direitos civis quanto os movimentos das mulheres devem ser entendidos como “parte de um esforço global” e que não há como “conter as correntes de pensamento que produzem direitos que... não respeitam as linhas que as pessoas traçam pelos territórios”).

63 Cf. Resnik, nota 53; cf. também Mary L. Dudziak, *Cold War Civil Rights* 79-114 (2000); John Fabian Witt, *Crystal Eastman and the Internationalist Beginnings of American Civil Liberties*, 54 DUKE L. J. 705, 709-11, 731-42, 746-50 (2004). Para uma discussão sobre como a linguagem da “dignidade humana” entrou no discurso constitucional dos EUA como parte de uma reação jurídica transnacional ao nazismo e ao stalinismo, cf. Judith Resnik & Julie Chi-hye Suk, *Adding Insult to Injury: Questioning the Role of Dignity in Conceptions of Sovereignty*, 55 STAN. L. REV. 1921, 1934-39 (2003).

64 384 U.S. 436 (1966).

As condições de aplicação da lei em nosso país são suficientemente semelhantes para permitir referência a essa experiência como garantia de que a ilegalidade não resultará de alertar um indivíduo sobre os seus direitos ou de permitir que ele os exerça. *Além disso, é consistente com o nosso sistema legal que concedamos a esses direitos pelo menos a mesma proteção dada nas jurisdições descritas.* Lidamos em nosso país com direitos fundamentados em uma exigência específica da Quinta Emenda da Constituição, enquanto outras jurisdições chegaram a suas conclusões com base em princípios de justiça não tão especificamente definidos.⁶⁵

Quando um juiz considera útil a prática ou o raciocínio estrangeiro em uma questão constitucional e se refere a ela, ele age como um juiz dos EUA, tentando dar a melhor interpretação à Constituição norte-americana.⁶⁶ Certamente, como Gerald Neuman elegantemente observou, mesmo direitos com significados aparentemente “suprapositivos” também podem ter aspectos especificamente nacionais, em seus mecanismos de aplicação e em seus textos particulares.⁶⁷ Aprender com as decisões de outros lugares, portanto, é sempre limitado pela necessidade de estar atento às diferenças institucionais e outras diferenças contextuais. Entretanto, a resistência absoluta em considerar o direito estrangeiro na definição daquelas proteções constitucionais destinadas a proteger aspectos da liberdade e dignidade humana que transcendem as fronteiras nacionais não pode ser justificada à luz da história complexa e dos componentes universalistas de nossa Constituição.

Os críticos também argumentam que recorrer ao direito estrangeiro ou internacional, especialmente para esclarecer aspectos substantivos dos direitos, expande

65 Idem em 489-90 (grifos acrescentados); cf *New York v. Quarles*, 467 U.S. 649, 672-74 (1984) (O'Connor, J., voto parcialmente concorrente e parcialmente divergente)(discutindo o uso da lei estrangeira por *Miranda*). Não obstante a excepcionalidade da declaração acima citada, ela é uma que questiona os entendimentos da lei norte-americana ao se referir às práticas de regimes estrangeiros, uma postura que contrasta com a análise de Rubinfeld, nota 59, em 2006. Cf. também *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 562 (1896) (Harlan, J., voto divergente) (“Nós nos orgulhamos da liberdade desfrutada pelo nosso povo acima de todos os outros povos.”).

66 Cf. Tushnet, nota 44, em 257-67. A distinção entre autoridade vinculante e persuasiva se baseia em objeções da legitimidade democrática: qualquer que seja seu valor persuasivo, a lei estrangeira não é vinculante e não tem a mesma autoridade que os próprios precedentes da Corte.

67 Neuman, nota 15, em 1876-77. A regra de exclusão, por exemplo, pode ser vista como um remédio específico para violações de direito. Mas (1979) (Rehnquist, J., em voto que diverge quanto ao *denial of stay*) (pedindo reconsideração da regra de exclusão e observando que nenhum outro país exclui “mecanicamente” evidências confiáveis).

ilegitimamente a discricionariedade judicial.⁶⁸ Porém, a interpretação constitucional em nossa tradição de *commom law* já envolve considerações de múltiplas fontes interpretativas, incluindo texto, intenção, precedente, história, estrutura, valores e consequências pragmáticas.⁶⁹ Quando as fontes interpretativas domésticas se alinham, a lei estrangeira ou internacional não levará os juízes dos EUA a um resultado diferente. Quando as fontes internas são mais ambíguas ou contestadas, a reflexão disciplinada dos juízes sobre o direito estrangeiro não expande a discricionariedade, mas sim fornece uma perspectiva sobre a melhor resolução dentro do que é plausível no constitucionalismo norte-americano.⁷⁰

68 Cf., e.g., Joan L. Larson, *Importing Constitutional Norms from a "Wider Civilization": Lawrence and the Rehnquist Court's Use of Foreign and International Law in Domestic Constitutional Interpretation*, 65 OHIO ST. L. J. 1283, 1303-26 (2004) (não encontrando justificativa para o uso de lei estrangeira na "apuração de fatos morais" e argumentando que tal uso amplia a discricionariedade judicial contramajoritária); Cf. também *Lawrence v. Texas*, 123 S. Ct. 2472, 2495 (2003) (Scalia, J., voto divergente) (condenando o Tribunal por "impor mentalidade, modismos ou modas estrangeiras" (citando *Foster v. Florida*, 537 U.S. 990, 990 (2002) (Thomas, J., em voto que concorre em negar o certiorari))). Os casos mais "moralmente" controversos geralmente são genuinamente "difíceis". Não é de se surpreender que os magistrados leiam de forma particularmente ampla sobre tais questões; de fato, isso pode ser especialmente útil. Cf. Jackson, nota 7, em 320-21. Nesses casos, no entanto, a tensão entre o silêncio prudente e a discussão fundamentada também pode ser especialmente aguda. Cf. nota 53.

69 Cf. Richard H. Fallon, Jr., *A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation*, 100 HARV. L. REV. 1189 (1987); Strauss, nota 32; cf. *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516, 531 (1884) (sugerindo que a interpretação da cláusula do devido processo legal não deve "excluir as melhores ideias de todos os sistemas e de todas as épocas"). As possibilidades interpretativas são limitadas pela necessidade do magistrado de testar as percepções da lei estrangeira dentro do contexto da lei dos EUA e as fontes mais confiáveis.

70 Cf. Jackson, nota 7, em 342-43; supra p. 118-19 (sobre a capacidade do comparativismo de verificar instintos acrícos). Uma estratégia para desacreditar referências a leis estrangeiras é associar o seu uso a resultados infames ou divisivos, como em *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857). Cf., por exemplo, Roger P. Alford, *Misusing International Sources To Interpret the Constitution*, 98 AM. J. INT'L L. 57, 69 e n. 94 (2004). O que o voto do *Chief-Justice* Taney em *Dred Scott* ilustra é, entre outras coisas, o perigo do originalismo rígido e não da confiança na lei estrangeira. Cf. *Dred Scott*, 60 U.S. (19 How.) em 407-12, 424, 426 (argumentando que os "olhos e pensamentos" originais daqueles que escreveram a Declaração de Independência e a Constituição, como em outros países "civilizados" à época da Promulgação da Constituição, excluíram os "afrodescendentes" da política; e descartando a ideia de que "qualquer mudança na opinião pública ... nas nações civilizadas da Europa ou neste país" deveria levar a uma mudança no entendimento da Constituição). Os dois votos divergentes fizeram uso da autoridade estrangeira contemporânea para contestar as conclusões de Taney. Cf., por exemplo, idem em 534-35 (McLean, J., voto divergente) ("Nenhuma nação na Europa ... considera a obrigação de

E. CONVERGÊNCIA E “NOSSA CONSTITUIÇÃO”

Ao mesmo tempo, uma importante fonte de legitimidade da Constituição e, portanto, da *judicial review*, é nossa experiência dela como nossa. Para manter a legitimidade, as decisões judiciais que interpretam a Constituição devem ser, e ser vistas como, baseadas nas tradições interpretativas dos EUA. O direito estrangeiro não pode, por si só, representar o que está “profundamente enraizado na história e na tradição desta Nação”,⁷¹ embora possa colocar questões ou fornecer informações que ajudem os juízes a determinar o que de fato está. Na ausência de um claro compromisso constitucional com a convergência (como pode existir em outros lugares), proceder como se a Constituição fosse simplesmente um local para a implementação de normas transnacionais, seria difícil de se justificar. A presunção de que a lei estatutária seja interpretada de acordo com o direito internacional⁷², por exemplo, tem um respaldo considerável: a própria Constituição foi concebida em parte para permitir um melhor cumprimento de nossas obrigações internacionais. Mas, como ferramenta de interpretação constitucional, uma presunção generalizada de convergência com o direito estrangeiro e internacional não vinculativo é inconsistente com a gama de propósitos constitucionais e com as práticas interpretativas existentes.⁷³

As constituições funcionam tanto interna como externamente. Elas empoderam e restringem os governos; facilitam o autogoverno democrático; expressam valores nacionais e autocompreensão; e incorporam compromissos e acordos historicamente específicos. Elas também estabelecem a identidade e o status da nação em uma comunidade de nações. Os benefícios de se interpretar o direito interno de acordo com nossos tratados e com o direito internacional consuetudinário incluem promover o respeito pelo direito internacional e influenciar o conteúdo das normas

devolver ao seu mestre um escravo fugitivo, sob a lei civil ou a lei das nações.”); idem em 591-92 (Curtis, J., voto divergente) (discutindo diferentes leis estrangeiras sobre escravidão, incluindo a lei britânica, francesa e prussiana).

71 *Moore v. City of E. Cleveland*, 431 U.S. 494, 503 (1977) (opinião pluralista), citado por Lawrence, 123 S. Ct. em 2489 (Scalia, J., voto divergente). Ao contrário do uso posterior da frase pelo *Justice* Scalia, a referência do *Justice* Powell em *Moore* coexistiu com pontos de referência mais amplos, incluindo “civilização ocidental”. Cf. idem em 503 n. 10-12.

72 Cf. *Murray v. Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64, 118 (1804).

73 A convergência, mesmo com respeito ao direito internacional, pode ser impraticável em qualquer caso. Cf. Knop, nota 2, em 507, 525-31 (argumentando que o direito internacional é “multivocal” e será interpretado de forma distinta em diferentes países).

consuetudinárias do direito internacional.⁷⁴ E quando a Constituição dos EUA se compromete com uma norma específica – como a proibição de punições cruéis e incomuns – nosso entendimento dessa norma doméstica pode se beneficiar ao considerar materiais transnacionais.⁷⁵ Porém, alguns propósitos constitucionais, incluindo a implementação de compromissos históricos específicos, são incompatíveis com um Modelo de Convergência generalizado.

Atualmente, o Modelo de Engajamento apresenta a maior promessa de ser uma abordagem utilizável para o direito transnacional na interpretação constitucional dos EUA. Ele permite convergências e divergências, mas, diferentemente de outros modelos, faz isso de forma imparcial, permitindo influências mais diferenciadas do direito estrangeiro e internacional em um quadro essencialmente interlocutório.⁷⁶ Ele concentra a atenção onde ela pertence, no significado da Constituição dos EUA, mas não pretende exigir cegueira intelectual para o mundo jurídico transnacional em que nossa Constituição funciona.⁷⁷

74 Cf. Jackson, nota 7, em 313-14. Pelo menos alguns desses benefícios podem resultar da consideração de leis estrangeiras e internacionais não vinculantes no Modelo de Engajamento.

75 Cf. Koh, nota 46, em 45-46 (observando os usos do direito internacional na interpretação constitucional em situações envolvendo “regras paralelas” ou “normas comunitárias”). O termo “incomum” na Oitava Emenda pode fornecer suporte textual para uma abordagem de “convergência” - mas a Corte, em *Roper*, não argumentou isso. De maneira mais geral, o debate nos EUA tem sido “menos sobre se os tribunais devem considerar uma autoridade transnacional não vinculante do que se é permitido fazê-lo”. Jackson, nota 7, em 324-25.

76 Consulte se *Lawrence* exemplifica uma abordagem de convergência ou engajamento. Cf. Anderson, nota 59, p. 41 (argumentando que o comparativismo constitucional, embora defendido “apenas como um meio de adquirir informação racionalmente”, é “algo mais passionalmente normativo”); Michael D. Ramsey, *International Materials and Domestic Rights: Reflections on Atkins and Lawrence*, 98 AM. J. INT’L L. 69, 73-74 (2004) (criticando *Lawrence* por não notar distinções entre o contexto jurídico europeu e o norte-americano). O principal uso do direito estrangeiro por *Lawrence* era para desafiar suposições anteriores sobre o direito europeu, mas a Corte também escreveu de forma mais normativa. Cf. *Lawrence*, 123 S. Ct. em 2483. Se *Lawrence* fosse lido para sugerir que decisões estrangeiras poderiam estabelecer uma presunção contra a constitucionalidade das leis dos Estados Unidos, ele se moveria em direção à convergência; eu não vejo *Lawrence* como estabelecendo tal padrão, mas sim como achando a lei europeia útil para confirmar a análise da Corte sobre referida questão na lei dos EUA. Cf. Neuman, nota 46, em 900.

77 Cf. Neuman, nota 46, em 87 (observando que na economia moderna “o gozo efetivo das liberdades depende muitas vezes da sobreposição das leis de vários países”).

II. ENGAJAMENTO, PADRÕES DE INQUÉRITO E ROPER

Ver as constituições como locais de engajamento com o direito estrangeiro e internacional contempla o desenvolvimento de padrões de inquérito. Embora uma análise minuciosa esteja além do escopo deste artigo, o que se segue são alguns pensamentos preliminares sobre esses padrões e sua aplicação em *Roper*.

Primeiro, a legitimidade de recorrer à experiência estrangeira varia de acordo com a questão, dependendo da especificidade e da história de nosso texto constitucional, do grau em que a questão é genuinamente não resolvida, e da força de outras fontes interpretativas. Qualquer que seja a prática estrangeira, a Constituição dos EUA exige um *grand jury* para processos federais; em contraste, o texto da Oitava Emenda convida à comparação com outros países, como sugere sua jurisprudência mais antiga, e alguns termos constitucionais, como “tratado” ou “guerra”, podem exigir consideração da prática internacional.

Segundo, o valor persuasivo de uma fonte estrangeira dependerá de uma combinação de seu raciocínio, da comparabilidade dos contextos e de sua origem institucional. Pode ser importante se a fonte é uma decisão judicial sobre uma questão constitucional, uma norma internacional, ou uma lei ordinária ou prática governamental.⁷⁸ Algumas normas internacionais são de caráter mais aspiracional do que executável, mas o Tribunal deve proferir sentenças aplicáveis (*enforceable judgments*).⁷⁹ Tribunais nacionais tomam decisões para um governo em vigor do

78 O fato de um país estrangeiro democrático ter uma lei específica pode sugerir sua relação empírica com uma democracia em bom funcionamento, mas não fala diretamente se um tribunal, interpretando sua constituição nacional específica, deve sustentar ou invalidar uma lei semelhante. Cf. *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 437-38, 461-65 (1972) (Powell, J., voto divergente) (argumentando que a prática estrangeira de abolição legislativa da pena de morte não fundamentou a abolição judicial sob a Constituição).

79 Cf. também *Harding*, nota 23, em 439-52. Fontes internacionais e domésticas, no entanto, podem se sobrepôr. Por exemplo, quando os países implementam convênios internacionais de direitos humanos por meio de suas constituições, a compreensão da constituição requer conhecimento do direito internacional. Além disso, algumas leis internacionais são vinculantes, embora possam surgir dúvidas sobre os seus efeitos internos. Cf., por exemplo, *Medellín v. Dretke*, 125 S. Ct. 2088 (2005). Os tratados ratificados pelo Senado podem incidir sobre questões constitucionais, indicando os pontos de vista dos poderes políticos ou ampliando a autoridade legislativa. Cf. *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416 (1920); cf. também *Cleveland*, nota 7 (manuscrito em 58-62) (discutindo a relevância para a interpretação constitucional da aceitação ou rejeição por ramos políticos). Sarah Cleveland também sugere que o uso do direito estrangeiro, distinto do direito internacional, na interpretação constitucional apresenta desafios específicos, incluindo “a má interpretação judicial de uma prática estrangeira culturalmente contingente”. *Idem* (manuscrito em 7 n. 49).

qual fazem parte; suas decisões que impõem limites constitucionais enquanto sustentam um governo nacional eficaz podem ser consideradas pela Suprema Corte como mais graves ou pesadas.⁸⁰ E as práticas de países com compromissos com os direitos humanos, a democracia e o estado de direito razoavelmente comparável as nossas provavelmente terão um valor persuasivo mais positivo quanto às consequências empíricas das regras doutrinárias, às justificativas legítimas para a ação do governo ou às implicações de compromissos constitucionais básicos.⁸¹

Determinar a comparabilidade, no entanto, é um desafio sério, que demanda uma abordagem lenta e incremental para considerar o direito estrangeiro. Advogados e juízes treinados nos EUA podem não ter a experiência para avaliar os materiais jurídicos estrangeiros adequadamente.⁸² Decisões constitucionais, mesmo em questões com aspectos “suprapositivos”, são sempre o produto de arranjos institucionais particulares para a *judicial review* da Corte em uma política particular e podem ter características atribuíveis principalmente às particularidades do texto constitucional, à história ou aos precedentes passados. Compreender o que é comparável muitas vezes requer conhecimentos que vão além da pergunta imediata,

80 Cf. Charles Fried, *Scholars and Judges: Reason and Power*, 23 HARV.J.L. & PUB. POL'Y 807, 823 (2000) (observando que “porque o juiz exerce o poder, porque sua decisão afeta diretamente vidas, ela terá pensado de maneira diferente e talvez mais profunda, mais responsável” do que os escritores de artigos acadêmicos). Mas cf. idem em 817-19 (opondo-se à referência do *Justice Breyer* ao direito estrangeiro em *Printz* como uma nova expansão do cânone interpretativo).

81 Cf., e.g., Koh, nota 46, em 56 (pedindo pela consideração “das práticas de outras democracias maduras - não daquelas que ficam para trás” na definição do padrão de decência da Oitava Emenda, que segue em evolução); cf. também Strauss, nota 32, p. 923-24 (sugerindo que democracias maduras, mesmo sem constituições escritas, são mais comparáveis aos Estados Unidos do que as mais novas).

82 Cf. Vicki C. Jackson, *Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening Up the Conversation on “Proportionality,” Rights and Federalism*, 1 U. PA. J. CONST. L. 583, 592-94 (1999). O vocabulário jurídico pode parecer familiar, mas tem diferentes conotações conceituais; ler decisões traduzidas deixam as pessoas dependentes do idioma e das habilidades jurídicas do tradutor. David Strauss sugere que os benefícios “de recorrer à sabedoria acumulada de muitas sociedades seriam superados pela incontabilidade da tarefa”. David A. Strauss, *Common Law, Common Ground, and Jefferson's Principle*, 112 YALE L. J. 1717, 1738 (2003). Esta conclusão é exagerada: nem todos os usos apropriados do direito estrangeiro envolverão uma pesquisa abrangente, e há uma infraestrutura em desenvolvimento de estudos sobre direito estrangeiro e internacional para consideração judicial. Mas as dificuldades indubitáveis em obter o direito estrangeiro de forma correta exigem cautela. Cf. também Young, nota 30, em 165-67.

especialmente em questões como o federalismo, que envolve estruturas altamente interdependentes e historicamente contingentes.⁸³

Terceiro, o argumento legal legítimo requer o uso justo das fontes, incluindo o respeito ao contexto de uma decisão e o reconhecimento apropriado das divisões de opinião.⁸⁴ Além disso, há uma diferença entre tentar identificar a prática mundial ao decidir se uma punição é “cruel e incomum”, o que pode exigir uma pesquisa abrangente, e tentar determinar se um ato governamental é “racional” ou “razoável”, quando as práticas de um pequeno número de países razoavelmente comparáveis podem ser úteis. Às vezes, até mesmo uma única opinião na formulação de uma questão pode ser útil para um juiz. O que é considerado um tratamento justo dependerá do uso que está sendo feito da experiência estrangeira.⁸⁵

Julgado por esses critérios, o Tribunal em *Roper* fez uso limitado, mas em geral apropriado, de materiais estrangeiros e internacionais para decidir a questão da Oitava Emenda.⁸⁶ A linguagem da crueldade convida a um julgamento moral e a do inusitado a um julgamento mais quantitativo, e a Corte invocou leis estrangeiras em ambas.⁸⁷ Descrevendo a “realidade dura” de que os Estados Unidos estavam agora

83 Cf. Vicki C. Jackson, *Comparative Constitutional Federalism and Transnational Judicial Discourse*, 2 INT'L J. CONST. L. 91 (2004).

84 Cf., e.g., *R. v. Edwards Books & Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, 753-57 (Can.) (analisando os votos majoritários e divergentes em casos de liberdade religiosa nos EUA ao decidir sobre a constitucionalidade da lei de encerramento de atividades aos domingos de Ontário). Sobre a necessidade de referência justa, cf. Jackson, nota 7 supra, p. 285-86; e McCrudden, nota 46, em 507-08. Os desvios dos requisitos de uso preciso e justo provavelmente serão moderados pelas oportunidades de crítica, pública e privada, oferecidas por um tribunal multimembro.

85 A justificativa de Jeremy Waldron para um uso do direito estrangeiro e internacional - como suporte de “consenso” para uma proposição normativa - ressoa com o relato de David Strauss da “interpretação constitucional do *common law*” e mina, até certo ponto, a distinção entre “nose counting” e “autoridade persuasiva”, cf. Young, nota 30, p. 151-56, sugerindo que um consenso substancial sobre uma questão compartilhada pode refletir iterações normativamente persuasivas de raciocínio e julgamento. Cf. Waldron, nota 35, em 136, 138.

86 A decisão da Corte deu especial peso às leis e práticas estaduais e sua avaliação da culpabilidade moral dos adolescentes. Especialmente levando em conta a mudança na prática estatal desde o início da década de 1980, cf. Joan F. Hartman, “Unusual” Punishment: The Domestic Effects of International Norms Restricting the Application of the Death Penalty, 52 U. CIN. L. REV. 655, 655 n. 4 (1983) (relatando que apenas quatro dos trinta e seis estados com pena de morte proibiram execuções juvenis em 1983), e o movimento contínuo desde Stanford, o relato da Corte sobre o peso atribuído a esses dois fatores é crível. Cf. também nota 30.

87 Cf. *Roper*, 125 S. Ct. em 1198-1200 (observando as razões invocadas, incluindo “a instabilidade e o desequilíbrio emocional dos jovens”, bem como o número de jurisdições que proíbem a pena de morte juvenil).

praticamente sozinhos na aprovação formal da pena de morte para jovens⁸⁸, o Tribunal discutiu várias fontes. A Corte teve o cuidado de observar a falta de acordo dos Estados Unidos com os pactos internacionais citados para demonstrar as posições jurídicas de outras nações e deu peso especial à abolição britânica, tendo em vista as raízes britânicas da proibição da Oitava Emenda.⁸⁹

Casos como o de *Roper*, com um consenso tão forte nas leis e práticas internacionais e estrangeiras que proíbem a pena de morte juvenil, provavelmente serão raros.⁹⁰ Reconhecer que nosso país está praticamente sozinho ao permitir uma punição proibida por outros governos nacionais não nos “sujeita” às leis “estrangeiras”, mas pode levar a uma reflexão mais profunda sobre se as interpretações atuais estão à altura dos nossos próprios compromissos constitucionais.

Surgiram preocupações de que a consideração não seletiva do direito transnacional em questões que não a pena de morte pudesse ameaçar aspectos fundamentais do direito constitucional dos EUA.⁹¹ Algumas outras democracias constitucionais têm abordagens bastante diferentes sobre aborto, discurso de ódio, processo criminal e apoio público à religião; as fontes jurídicas transnacionais não são uma catraca de mão única ao longo dos eixos existentes de questões liberal-conservadoras nos Estados Unidos. Porém, isso não é motivo para evitar o engajamento com a lei estrangeira, que exige uma análise caso a caso e não significa necessariamente a adoção, mas a consideração ponderada e bem-informada. Dentro dos limites

88 Idem em 1198; cf. também idem em 1199 (discutindo a raridade, desde 1990, de outros países que executam adolescentes).

89 Cf. idem em 1194, 1199-1200 (observando que os Estados Unidos não ratificaram a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e fizeram uma reserva ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos sobre a execução de menores). Dar força vinculatória a uma convenção que os Estados Unidos não ratificaram colocaria graves problemas de responsabilidade e competência institucional. Cf. Cleveland, nota 7 (manuscrito em 58-59). Não entendo que a Corte tenha feito isso, mas que os tenha anotado e praticado com base nisso, principalmente para mostrar as posições de outros países e pelas suas “perspectivas normativas e funcionais”. Neuman, nota 46, em 88.

90 Se houver linhas conflitantes de lei ou prática transnacional (e dependendo da finalidade para a qual a lei estrangeira está sendo considerada), seria necessária maior atenção às questões de comparabilidade. Cf. 151 CONG. REC. S10, I72 (edição diária de 19 de setembro de 2005) (citando o testemunho do *Chief-Justice* Roberts em suas audiências de que “olhar para a lei estrangeira em busca de apoio é como olhar para uma multidão e escolher seus amigos”).

91 Cf., e.g., *Roper*, 125 S. Ct. em 1226-28 (Scalia, J., voto divergente); cf. também Anderson, nota 59, em 44-45 (argumentando que, na medida em que o comparativismo constitucional é mais compatível com a interpretação pragmática, pode diminuir as atuais proteções das liberdades civis).

do *stare decisis*, a humildade sobre as visões predominantes não é necessariamente algo ruim.⁹² A possibilidade de induzir tal humildade é mais uma razão para pensar o direito constitucional doméstico como estando em uma relação interlocutória com fontes jurídicas transnacionais, aberta à troca de ideias, acordos e desacordos. O comparativismo cauteloso dentro desta estrutura é consistente com as práticas interpretativas passadas; não é uma passagem só de ida para um destino constitucional determinado, mas uma ferramenta para uma melhor reflexão sobre o que a nossa Constituição significa para nós.

92 Cf. *Rochin v. California*, 342 U.S. 165, 171 (1952) (alcançar “objetividade suficiente (...) exige dos juízes (...) autodisciplina e autocrítica, incerteza de que as suas próprias opiniões são incontestáveis e uma tolerância alerta para visões não compartilhadas”).

PELO AMOR OU PELA DOR: APONTAMENTOS SOBRE O USO DA VIOLÊNCIA COMO RESISTÊNCIA AO GENOCÍDIO¹

Ana Flauzina²

MIRAGEM

É uma imagem celestial. Não dessas caricaturadas, mas há densidade de nuvens e fumaças suficiente para se saber que estamos assistindo a uma cena num outro plano. Pessoas negras estão reunidas numa espécie de assembleia e o assunto é grave. Do centro, vê-se uma mulher decidida mediando a discussão. A pauta: dar o aval para a guerra ou mais alguns séculos de chances para a conciliação.

Enquanto conversam, imagens ao vivo da Terra são transmitidas. As horas, convertidas em minutos, passam a segundos frenéticos. Não se consegue computar o número de corpos negros aviltados no planeta por qualquer medição de tempo apreensível. O calor dos argumentos pacifistas vai se perdendo diante de uma realidade tão extremada. O placar a favor da guerra dispara.

Um participante faz então uma proposta que chama atenção do grupo. Propõe que se mobilizem alguns seres para dar um alerta final, uma última chance para que o conflito não se deflagre sem a possibilidade de retorno.

O debate acelera novamente. A paciência com o discurso do perdão e da outra face está esgotada no recinto. A demanda é por uma solução definitiva para o problema.

A mediadora, sentindo o momento propício, tenta conciliar. Sugere que seja criada uma comissão enviada para ajudar a forjar a guerra, já que essa pre-

1 Artigo originalmente publicado: FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Pelo amor ou pela dor: apontamentos sobre o uso da violência como resistência ao genocídio. In: Ana Flauzina; João Vargas. (Org.). **Motim**: horizontes do genocídio anti-negro na Diáspora. 1. ed., 2017, p. 149-168.

2 Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (2003), graduação em História pela Universidade de Brasília (2004), especialização em sistema de justiça criminal pela Universidade Federal de Santa Catarina (2006), mestrado em Direito pela Universidade de Brasília (2006), doutorado em Direito pela American University Washington College of Law (2012) e pós-doutorado pelo African and African Diaspora Studies Department na University of Texas at Austin. (2013). É professora adjunta da Faculdade de Educação da Universidade Federal da Bahia (UFBA).

valece como sentença soberana. Mas advoga que os preparativos sejam públicos, que os poderosos sejam alertados pelos movimentos de reação, que a revanche natural pelos massacres possa ser antecipada e, quem sabe, evitada de alguma maneira.

O acordo é então selado. Guerreiros e guerreiras são selecionados naquela mesma arena, enviados com a missão de otimizar as frentes de batalhas nas trincheiras das comunidades negras. Com as espadas em punho, não escondem o seu real intento e participam de trabalho vigoroso no plano terreno.

Os séculos voam rasantes e o grupo de combatentes está de volta. Nomes conhecidos de diferentes regiões do globo se encontram, desafiando as limitações mundanas de tempo e espaço: Zumbi dos Palmares, Toussaint Louverture, Patrice Lumumba, Lélia Gonzalez, Audre Lorde, Steve Biko, Martin Luther King, Luiza Bairros, numa mesma sala, avaliam o resultado final da expedição e anunciam o resultado há muito esperado. O tempo do verbo havia se esgotado, é hora de impor a retórica dos punhos.

A ordem para o abate é deflagrada e a guerra finalmente eclode. Na pauta das prioridades, quer-se o sangue dos traidores negros e dos pseudo-aliados brancos de pronto. Depois disso, é esperar que os massacres sigam o curso natural.

A serenidade toma conta do ambiente. A sonhada democracia terrena é finalmente alcançada pelas articulações transcendentais: sem um horizonte para a distribuição da abundância, impera a partição equânime da dor.

ALICERCES

A perspectiva que conduz as estruturas da hegemonia global está em colapso. Não que as patentes do poder estejam ameaçadas de forma tangível a curto prazo. Não se trata disso. Mas as bases nas quais elas se ancoram, estão ruindo. Fato é que, a supremacia branca, que justificou as mazelas da escravidão de africanos e africanas e criou o parâmetro da antinegitude³ como a métrica da degradação humana, apresenta mais fissuras do que pode sustentar.

As manchetes de jornais não escondem essa guinada. Os muros sitiam a Europa como tentativa de conter a imigração dos indesejáveis. Se a dispersão de outras espécies humanas suspeitas, a exemplo de sérvios, faz tremer as sensibilidades do velho mundo, a entrada em grande escala de africanos e africanas nas fronteiras da comunidade europeia tem causado abalos sísmicos. As discussões sobre a responsabilidade com os que foram e são colonizados e extorquidos para o bem viver das

3 Sobre as várias dimensões do debate da anti-negritude ver: PINHO, Osmundo; VARGAS, João (Org). **Antinegitude**: o impossível sujeito negro na formação social brasileira. Cruz das Almas: EDUFRB, 2016, 235p.

elites ilustradas do continente não consegue conter a tentativa de se manter o mundo de privilégios intacto. A miragem do tempo das caravelas se renova e o oceano retoma sua função de cemitérios de corpos.

E os desafiam só se avolumam. Afinal, além da entrada das gentes, há ainda que se proteger de bombas plantadas em toda parte. A inviolabilidade europeia é mito que vira pó diante dos olhos. A construção forjada da superioridade dos que “conquistaram” o mundo está em xeque. O estatuto da branquitude está sendo desafiado à luz do dia.

No outro lado do Atlântico, o conto do presidente negro vai perdendo seu encanto. A ilusão do debate pós-racial⁴, primo distante do mantra da democracia racial nos trópicos, mostra desgastes expressivos. Ao final de seu mandato, Obama é contraponto isolado de uma estrutura perversa que se aprofunda. Os dados do encarceramento vertiginoso cobram o valor da vida negra em tempo desperdiçado, prolongado, torturado. O sequestro aviltante de corpos nas prisões é difundido como dado de “segurança pública”. O sistema degradante se sustenta na idealização de seriados de TV que vendem práticas de controle objetivas e assépticas e ocultam o contexto do arbítrio e da violação como a tônica central a gerir seu funcionamento.

Não bastasse o constrangimento das alcovas, o chefe do Executivo tem de lidar ainda com os tiros nas fardas. A reação direta à violência policial escancara o centro nervoso do dilema estadunidense que se sofisticava, mas não se transforma fundamentalmente. O apetite por carne negra continua insaciável no mercado do centro do mundo. Escravidão, Jim Crow, encarceramento em massa: a embalagem muda, o produto permanece o mesmo.⁵ A data de validade, há muito vencida, explica o cheiro de azedo que contamina o ambiente.

No Brasil, as elites não aderem à oferta de conciliação dos movimentos negros. Ao contrário, os “avanços” das últimas décadas que aumentaram renda, inseriram marginalmente nas universidades e deram acesso à moradia, mostram sua debilidade. A aplaudida mobilidade social precarizada não alterou o espaço existencial desse contingente humano.

4 A discussão sobre uma dinâmica pós-racial das relações sociais e políticas nos Estados Unidos, se fortaleceu na última década nos Estados Unidos, principalmente após a eleição do presidente Barack Obama à presidência da República. Para uma leitura crítica sobre essa questão ver: JAMES, Joy. *The Dead Zone: stumbling at the crossroads of party politics, genocide, and postracial racism*, **S. Atlantic Q.**, n. 3, v. 108, verão, 2009.

5 ALEXANDER, Michelle. **The New Jim Crow: mass incarceration in the age of color-blindness**. New York: New York Press, 2012.

A ameaça aos lucros das elites faz o conservadorismo avançar sem disfarces. Num desses episódios pontuais, mas marcantes da história do país, os “brancos da terra” se digladiam em praça pública na disputa pelo poder. Estão em jogo o controle da política econômica, a amplitude da concentração de renda e o tom do projeto político a forjar as instituições. As brechas abertas a punho nas trincheiras de uma dita esquerda que perdeu seus rumos, não conseguem esconder o fato de que o desprezo à vida negra é o grande consenso entre as partes.

O unísono do aumento da “violência urbana”, que assombra o sono dos brasileiros e brasileiras de bem, chancela a retórica do terror de Estado. Sob a administração do “governo popular”, as taxas de homicídios entre os jovens brancos se retraíram, enquanto as taxas de homicídios dos jovens negros tiveram aumento galopante na última década.⁶ A guerra ganhou fôlego, tendo nas ações e omissões do Estado seu maior aliado. As matanças institucionais são vistas como mal necessário, nunca como escolha política deliberada.

Essa arena devastada é então entregue para o deleite dos segmentos abertamente reacionários cuja gula cresce e se explicita. Os impulsos golpistas que formam e gerenciam a “crise política e econômica”, se fartam da venda do punitivismo como receita para a moralização. A pauta anticorrupção vai legitimando o desmonte das poucas, mas decisivas conquistas sociais. No fim do “rapa”,⁷ a perspectiva é de que desapareçam das bancas produtos tachados como politicamente corretos – leiam-se aqueles associados às demandas dos movimentos sociais – e se vendam em liquidação as mercadorias do controle e da extinção da vida negra.

O cenário complexo indica que a tentativa de sustentar os alicerces da dominação, faz com que os pilares da branquitude se exponham sem maiores contrangimentos. Diante da constatação, só resta o fortalecimento das trincheiras.

Registro então uma reflexão das entranhas do genocídio, que diz das armas à disposição para a batalha. Quero indagar, ainda que de forma precária e inicial, o que significa a imposição de limites à reação negra frente a um tipo de terror que aniquila. Há legitimidade em se assumir todos os recursos presentes na guerra, inclusive a violência, como resposta aos ataques sistemáticos? Que lugar ocupam os direitos humanos nessa encruzilhada que se coloca entre os limites éticos do confronto e os dados da realidade que levam a atitudes drásticas? Qual é e, principalmente, quem há de dizer da resposta legítima à dor imposta?

6 WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2016**. Homicídios por arma de fogo no Brasil. São Paulo: Flacso Brasil, 2016, p.55.

7 A expressão é aqui utilizada no sentido popular da apreensão de mercadorias de vendedores ambulantes frequentemente efetuadas por policiais ou fiscais encarregados.

DOR

A violência é a primeira e mais diletta companheira da experiência negra na Diáspora. Falar da história de negros e negras nesse recorte geográfico e político é necessariamente acessar uma narrativa que tem as marcas da dor como o mote de sua enunciação. A dor caricaturada nas naus, correntes e chicotes; na separação oceânica; na privação da liberdade; seguida da violação maior da destituição da memória; dos vexames da pobreza; da indignidade das prisões. A dor é tamanha que não cabe, não assenta, não estanca. É marca registrada da certidão de nascimento que não se apaga na certidão de óbito. É fatura transmitida geracionalmente sem horizonte de quitação definitiva.⁸

Para se fazer um aporte de tal monta suportável, só há uma saída para os que impõem o martírio: a minimização, o descrédito, a indiferença. Por isso, a dor vai sendo contada como sina, como destino natural, como responsabilidade dos que a sofrem. Vai sendo maquiada como contingência do presente sem linhagem; sem raiz no passado; sem responsabilidade de quem a cultiva como opção primeira. Vai se normalizando no cotidiano; se naturalizando nas análises; transmitida como mal necessário nos blogs diários.

Essa forma de gestão da existência coletiva faz com que as pessoas negras sejam extremamente familiarizadas com a violência e reticentes da dor.⁹ Fato é que a violência é o espaço cotidiano da vida para esse contingente humano, sendo vedada a expressão da dor como forma de expurgo. Ao contrário das tragédias que devem ser lembradas e respeitadas em museus e ritos solenes, o sofrimento negro deve ser relativizado e afastado da lembrança. Nossa dor pulsante só deve circular como calvário individual, jamais reconhecida como processo coletivo. Trata-se de um artifício que generaliza e partilha a experiência da violência ao tempo que particulariza e personifica a expressão da dor.

Nessa dinâmica, o sofrimento negro acaba sendo caricaturado como algo produzido por nós, contra nós. A leitura é a da autofagia por inclinação inata de seres duvidosos, não da disposição histórica na submissão desse contingente às relações de terror.

É em diálogo com esse quadro de desalento que me proponho a fazer algumas conjecturas sobre os limites da politização do sofrimento negro e, principalmente, das práticas de resistência a ele conectadas.

8 Ver: HARTMAN, Saidiya V. **Scenes of subjection: terror, slavery, and self-making in nineteenth-century America (race and American culture)**. Oxford University Press, 1997.

9 Ver: FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

CONTENÇÕES

Sabe-se que, no Brasil, a ruptura com o mito da democracia racial é tarefa amargada pelos movimentos sociais há décadas. Tivemos que produzir pilhas de dados e caminhões de registros para que o óbvio de nossa miséria pudesse ser acolhido como fato. Foram muitos esforços para que o racismo passasse a ser encarado como razão estruturante da movimentação do aparato público.

Ainda que, a partir de nosso empenho, a gramática institucional tenha aderido formalmente ao reconhecimento da existência e reprodução do racismo, é essa plataforma viciada que segue ditando os passos que encontram a violência como o limite da expressão de seus ditames.

Aqui, importa entender que há uma operação histórica que sustenta essa postura intransigente. Além do uso da força de forma objetiva, há uma narrativa que embala a possibilidade de se naturalizar como demanda política o terror de Estado que culmina na aniquilação dos corpos, ao tempo em que se caricatura como violência gratuita a resposta radicalizada a esse estado de coisas. Ou seja, o genocídio é também viabilizado pelos limites que se colocam ao repertório de reação do contingente negro.

O emprego da violência coletiva para fins de transformação social é, em verdade, algo extremamente aceitável do ponto de vista da consolidação dos parâmetros da branquitude. A celebrada revolução da liberdade, igualdade e fraternidade foi conflito sangrento que culminou na decapitação daquele que simbolizava o mundo ostentado nos horizontes da nobreza europeia. Considerada “baluarte universal” das conquistas sociais básicas iniciadas no século XVIII, a Revolução Francesa é pintada com cores dóceis na narrativa histórica tradicional.

Derivada dos limites impostos pelo racismo naquele contexto histórico, a Revolução Haitiana caminha visivelmente na contramão dessa tendência, como rastro a ser apagado. A conquista da liberdade pela massa negra escravizada, negada pelos ideais revolucionários da metrópole, é capítulo que atordoa o sono das elites latinoamericanas desde sua configuração.¹⁰ Percebe-se que a materialização da igualdade pelas vias de fato não encontra acolhimento nos registros consagrados da civilização.

Assim, enquanto a violência empregada à serviço da consolidação dos ideais burgueses no perímetro europeu é tomada como dado natural na narrativa que desemboca na consolidação dos direitos humanos, as estratégias de libertação negra

10 BATISTA, Vera Malaguti. **O medo na cidade do Rio de Janeiro**: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 270p.

são caricaturadas como um atentado a uma pactuação imaginária de paz que só subsiste porque alicerçada nas falácias do racismo.

Esse tipo de perspectiva faz parte da ambiência que culminou na pavimentação hierárquica dos direitos humanos na ordem jurídica internacional. De acordo com periodização proposta por Upendra Baxi, podemos entender os direitos humanos em seu viés moderno e contemporâneo.¹¹ Situando os direitos humanos como produto da modernidade, a partir dos escombros da citada Revolução Francesa e da Revolução Americana, o autor sublinha o fato das premissas da humanidade terem sido formatadas de forma explicitamente excludentes, na busca de se encontrar justificativas viáveis para o colonialismo e o imperialismo. A origem dos direitos humanos e a estruturação da então incipiente ordem jurídica internacional se deu, portanto, sob bases de superioridade racial, balizando a submissão de “seres inferiores” às vontades dos “povos desenvolvidos”. Nesse processo, os direitos humanos foram cooptados como linguagem conservadora do Estado e resultaram no silenciamento expresso do sofrimento dos sujeitos marginalizados.¹²

Com o fim do modelo colonial tradicional e os novos ventos políticos trazidos pela Segunda Guerra Mundial, há espaço para o surgimento do que Baxi categoriza como direitos humanos contemporâneos.¹³ Nessa nova acepção, observa-se o fortalecimento da ordem jurídica, com a implementação de princípios de igualdade inclusivos, respeitando-se a autonomia individual. Essa abordagem deslegitima as expressões do racismo, do sexismo e do colonialismo, atentando para as demandas dos “excluídos”.¹⁴ Há, desta feita, a consolidação de um terreno celebrado como palco da expressão da emancipação e da justiça.

Essa narrativa dos direitos humanos como categoria exclusivamente dedicada aos ideais de igualdade tem sido duramente criticada.¹⁵ A percepção é, em verdade, produto de um olhar elitista no âmbito do Direito que negligencia a extensa tolerância dos direitos humanos a diversas formas de violência.¹⁶ O que se percebe é que os lastros da modernidade, sobrevivente no que se tem entendido por coloniali-

11 BAXI, Upendra. **The Future of Human Rights**. 2. ed. Oxford University Press. 2006.

12 Idem.

13 Idem.

14 Idem.

15 A esse respeito ver: RAJAGOPAL, Balakrishnan. **International law from below: development, social movements and third world resistance**. Cambridge University Press, 2003.

16 Idem.

dade¹⁷, ainda estão presentes na forma como se operacionalizam toda essa estrutura jurídica e política.

Aqui, importante pontuar que a fissura fundamental entre os direitos humanos modernos e contemporâneos é apontada como a relação distinta que estabelecem com o sofrimento humano.¹⁸ Enquanto na leitura moderna, o sofrimento não era medida reconhecida, no enfoque contemporâneo este passa a ser uma das bases fundamentais de sua proteção.

Diante desses inegáveis avanços, o campo é recorrentemente apresentado como seara intransigente com a reprodução de violações sociais. Na prática, entretanto, os direitos humanos têm sido arena de intensas disputas, sobressaindo o viés estadista que tolera quantidades expressivas de sofrimento.

Se avaliarmos, por exemplo, a vedação às práticas de tortura, já prevista na Declaração Universal de Direitos Humanos da Nações Unidas de 1948, perceberemos como se processa essa dinâmica. A interpretação limitada de cunho estadista da tortura, a eivou de significado estreito, excluindo do rol de sua proteção graus expressivos de violência institucional.¹⁹ Assim, as ações que geram precariedades para populações marginalizadas em todo o mundo, tais como níveis intoleráveis de miséria, não podem ser lidas sob a ótica da tortura. Além disso, há também tolerância com sofrimento provocado na esfera privada. Os pleitos feministas para que graus acentuados de violência doméstica, que vitimizam especialmente as mulheres em todo o mundo, sejam cunhados como tortura, são descartados como despau-tério absoluto, sinalizando para a falta de prestígio desse segmento para que seu sofrimento qualifique nos requisitos limitados dessa proteção.²⁰

Há ainda que se pontuar que essa leitura enviesada da tortura tem sido reificada intelectualmente por nomes renomados. Em *Erasing the Spectacle of Racialized State Violence*²¹, Joy James sinaliza como Michel Foucault, um dos autores mais caros às análises críticas pós-modernistas, reproduz esse tipo de percepção ao analisar a

17 MIGNOLO, Walter. **Local histories/global designs: coloniality, subaltern knowledges, and border thinking.** Princeton, NJ: Princeton University Press, 2000.

18 BAXI, Upendra. **The future of human rights.** 2. Ed. Oxford University Press, 2006.

19 RAJAGOPAL, Balakrishnan. **International law from below: development, social movements and third world resistance.** Cambridge University Press, 2003, p.183.

20 Sobre essa discussão ver: ALEXANDER, Barbara Cochrane. Convention against torture: a viable alternative legal remedy for domestic violence victims. **American University International Law Review**, v. 15, n. 4, p. 895- 900, 2000.

21 JAMES, JOY. **Resisting state violence: radicalism, gender and race in the US Culture.** University of Minnesota Press, 1996.

transformação das práticas punitivas. Em *Vigiar e Punir*²², Foucault aponta o fim da tortura como um espetáculo público dentro dos marcos iluministas europeus, ignorando a performance acentuada do uso público da tortura em África e nas Américas nesse mesmo período histórico. Desconsiderando a dimensão racial do poder, Foucault não calcula as diferentes expectativas e tipos de tratamento reservados à indivíduos que têm “corpos (que) parecem mais dóceis do que os outros”²³. Assim, argumenta James, quando o autor sustenta o abandono do corpo como centro visceral da punição, o faz por universalizar a experiência de homens, brancos, proprietários no contexto europeu, coadunando com a perspectiva condescendente do “Estado contemporâneo (ocidental) como não praticante de tortura”²⁴.

Esse tipo de narrativa acabou sendo instrumental para a consolidação da percepção generalizada da tortura como uma violação que não condiz com as práticas administrativas gerais do Estado, sendo apenas considerada como incidente pontual performado por indivíduos que agem em descompasso com as normas vigentes. Ou seja, há o nítido apagamento da tortura como marco corrente na manutenção de estruturas precárias, tais como apontam pesquisas sobre a movimentação do sistema de justiça criminal em diversos países, a exemplo do Brasil. Estamos, portanto, diante de uma retórica que apazigua as ansiedades ao tempo em que naturaliza o terror perpetuado pelas instituições.

Considerando esse panorama, percebe-se que os direitos humanos não podem ser tomados como conquista definitiva, mas como categoria contenciosa da ordem jurídica nacional e internacional. Se, por um lado, tornaram-se um veículo para a postulação de demandas sociais em todo o mundo, por outro, com a cooptação estadista, perfazem-se como linguagem estratégica de governo, convertendo-se na única linguagem legitimada de resistência.²⁵

Do ponto de vista internacional, a expansão das leis e instituições de direitos humanos tem sido um instrumento importante na seleção das vozes legítimas de resistência social, em especial no Sul Global. Essa dinâmica tem impactado as articulações de resistência de duas formas expressivas. Primeiro, promove-se uma des-

22 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 25. ed. Tradução por Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 2002.

23 JAMES, JOY. **Resisting state violence**: radicalism, gender and race in the US Culture. University of Minnesota Press, 1996, p.26.

24 JAMES, JOY. **Resisting state violence**: radicalism, gender and race in the US Culture. University of Minnesota Press, 1996, p.25.

25 RAJAGOPAL, Balakrishnan. **International law from below**: development, social movements and third world resistance. Cambridge University Press, 2003, p.54.

radicalização estratégica das demandas que não se adequam aos limites normativos impostos pela estrutura dos direitos humanos e que não são bem vindos nos fóruns internacionais.²⁶ Assim, enquanto as instituições internacionais afirmam estar estruturadas como aparelhos para resolver os problemas formulados pelas populações marginalizadas do Sul, elas em verdade, usam as demandas sociais para justificar sua expansão e para regular as formas em que as reivindicações podem ser pautadas.²⁷ Como sustenta Balakrishnan Rajagopal: “Instituições ganharam seu espaço e atividades, enquanto as reivindicações radicais que as geraram foram contidas.”²⁸

Segundo, importante reconhecer que os direitos humanos como uma linguagem da governança tendem não apenas a limitar o alcance das exigências radicais para a transformação social, mas também a submeter os agentes dessas reivindicações às baterias potencializadas do terror de Estado. Nessa órbita, movimentos sociais que elencam demandas desafiadoras da manutenção do *status quo* são, cada vez mais, rotulados como violadores de direitos humanos. Assim, a retórica dos direitos humanos acaba servindo a agendas conservadoras, tais como o recrudescimento dos termos da dita “segurança pública”, insuflada no combate à ações políticas do ativismo, que passam a ser lidas como criminosas.²⁹

Se há complexidade na forma como se operacionaliza a plataforma dos direitos humanos de forma geral, a matéria ganha especial relevo na análise do genocídio negro. Centrando a reflexão no caso brasileiro, percebe-se como o campo estabelece uma relação extremamente conflituosa com a agenda do enfrentamento ao racismo. O que se pondera, é se um olhar crítico nos permite acessar a linguagem dos direitos humanos operando de forma a ser mais limitante das articulações radicalizadas de resistência do que instrumento de proteção efetiva desse segmento social.

FRONTE

Como se sabe, a proibição às articulações da militância negra ocupa lugar de especial preocupação dentro de um projeto de Estado que tem o racismo como um

26 Idem, p. 56

27 Idem, p. 57

28 Idem, p. 58

29 No Brasil, é profundo o processo de criminalização dos movimentos sociais. Um caso ilustrativo dessa dinâmica na contemporaneidade, é a criminalização do MST, com a especial difusão da estereotipia do terrorismo atrelada ao grupo. A esse respeito ver: CORTES, Verónica P. Aravena. “A imprensa e a problemática construção de um mundo comum no Brasil.”. BARBOSA, Marialva (ed.). **Jornalismo no século XXI**. Porto Alegre: Mercado Aberto, 2002.

de seus pilares decisivos. Historicamente, esse é dado de particular temor das elites brasileiras, já que o país contou com a maior massa escravizada das Américas. A possibilidade da sublevação negra autônoma esteve, portanto, sempre presente no imaginário dos circuitos do poder como vedação absoluta.

Se essa premissa de contenção à resistência negra jamais se desfez, consubstanciando-se em elemento vivo e vigoroso no imaginário e nas práticas institucionais no Brasil, ela aciona uma tensão permanente que deve ser observada. Num primeiro plano, cabe pontuar que o espaço político, jurídico, social e intelectual reservado aos direitos humanos não incorpora as pessoas negras de forma natural.

Nesse sentido, importa frisar que, entre nós, a dinamização efetiva dessa categoria se deu como resposta aos assaltos implementados no contexto da ditadura militar no país. Decorrendo da possibilidade da expressão do *never again* cravado no cenário internacional após os terrores emanados nas câmaras de gás no contexto do Holocausto, é como resposta às marcas do terror inscritas na ditadura que uma agenda de direitos humanos consequente consegue ganhar revelo no Brasil.³⁰ Se é verdade que a história dos direitos humanos no país não se restringe ao período da ditadura, registrando esforços históricos de diversos movimentos sociais visando mobilizar o aparato jurídico-político para frear as violações institucionais, fato é que esse momento se impõe na consolidação de uma agenda mais pragmática nessa seara. Num ambiente de exceção explícita, vigilância sistemática e torturas celebradas, destaca-se uma pauta que tem na garantia dos direitos aos “presos políticos”³¹ um de seus expoentes mais emblemáticos.

A possibilidade de se observarem ações concretas de proteção aos indivíduos no âmbito do controle penal no Brasil, se dá, indubitavelmente, pelos novos atores que passam a frequentar o cárcere naquele período histórico. Fato é que, além das vulnerabilizações específicas dirigidas aos corpos negros naquele contexto,³² as baterias da punição também alcançaram parcela politizada das elites, em especial a juventude remediada que clamava pela abertura democrática. Surge daí nitidamente a possibilidade de se mobilizar o aparato jurídico de direitos humanos de forma

30 Sobre a construção social do Holocausto no espectro das dinâmicas de poder da branquitude ver: FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. As fronteiras raciais do genocídio. **Direito.UnB**, janeiro – junho de 2014, v. 1, n. 1, p. 119-146.

31 Para uma breve introdução sobre a dimensão política da criminalização ver: BATISTA, Nilo. **Todo crime é político**. Entrevista concedida à Revista Caros amigos (n. 77, agosto 2003).

32 Sobre as imbricações entre ditadura militar e racismo ver: PIRES, Thula. **Relatório de Pesquisa. Colorindo Memórias e Redefinindo Olhares: ditadura militar e racismo no Rio de Janeiro**. Comissão da Verdade do Rio. Agosto de 2015.

mais concreta, na proteção daqueles para os quais esse arcabouço fora formatado em suas origens. A sistemática vitimização branca na órbita do terror do Estado, portanto, dá conta do conteúdo que torna viável a efetivação das proteções, que até então figuravam como letra morta no enfrentamento dos abusos sistemáticos a que eram submetidos os corpos negros encarcerados.³³

Considerando esse padrão de hierarquia racial no acesso às ditas garantias constitucionais, é oportuno observar a forma como as proteções de direitos humanos são processadas na contenciosa relação entre braquitude e antinegitude e suas correlatas dimensões de gênero e sexualidade. Se tomamos, por exemplo, os dilemas da questão de gênero, em especial de como a proteção aos direitos das mulheres vítimas de violência vem sendo construída, percebemos a grande resistência à abertura de canais para que as denúncias possam se converter em freios efetivos contra os assaltos de cada dia. Foi longo e árduo o percurso que permitiu a postulação de legislações básicas de proteção tais como a Lei Maria da Penha e ainda há muito chão a se trilhar para sua completa aceitação nos planos social e da aplicação jurídica.³⁴

O que se percebe, nesse caso, é a manutenção da lógica sexista, numa recusa histórica a se romper com o controle do espaço privado reservado aos homens. Ou seja, a demora em se conseguir postular e formalizar as garantias está conectada ao limite em que se pode dar consequência aos direitos humanos relacionados aos corpos femininos. Aqui, interessa observar que, considerando o fato de a agenda de proteção aos direitos das mulheres estar inscrustrada no imaginário como defesa às violações perpetuadas contra as mulheres brancas, não há uma incompatibilidade em se propor uma narrativa de direitos humanos no resguardo dos corpos. Ao contrário, seguindo o ranço histórico que reserva às mulheres brancas o lugar da vítima em potencial, há uma colagem que permite que se postulem os direitos humanos como um dado aceitável para esse agrupamento. Por certo, as postulações feministas que registram como radicais no enfrentamento aos parâmetros do cis-heterossexismo, são também controladas por essa linguagem da governança. Mas, o que

33 Uma boa reflexão sobre o tratamento diferenciado em termos de acervo jurídico e no trato da memória no tocante ao racismo e ditadura militar no Brasil estão presentes em trechos da fala de Edson Cardoso registrada no filme “Além do Espelho”. Disponível em: <http://brado-negro.com/produtos.asp?TipoID=1>.

34 FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Lei Maria da Penha: entre os anseios da resistência e as posturas da militância. IN: FLAUZINA, ANA; FREITAS, Felipe; VIEIRA, Hector; PIRES, THULA. **Discursos Negros**. Legislação penal, política criminal e racismo. Brasília: Brado Negro, 2015, p.121-151.

ressalto, é que há aderência entre corpos brancos e a defesa dos direitos humanos, mesmo ao se tratar de vulnerabilizarão em que esteja em jogo dimensão tão contenciosa quanto a questão de gênero.

No caso da população negra, ocorre o oposto. Claramente, há um sentido de repulsa instaurado ao se tratar da associação entre violência racial e direitos humanos. Quando a gramática refinada dos direitos humanos entra em contato com as pautas típicas associadas a esse contingente populacional, o arsenal jurídico se torna inerte para fins de proteção e de emancipação. O que ocorre é uma espécie de difamação dos direitos humanos pela sua proximidade com os interesses da população negra. Há mesmo o descrenciamento dessa plataforma como algo menor, como militância dedicada ao resguardo de direitos de quem não os tem. Vem daí a possibilidade da retórica que situa os direitos humanos como campo inconsequente, taxado como dedicado à “defesa de bandidos”. Trata-se em última instância, do entendimento de que esses são direitos lapidados para defender humanos, estando a população negra excluída dessa equação.

Essa perspectiva nos permite compreender porque a agenda política que nas últimas décadas promove as ditas “políticas de promoção da igualdade racial” não aponta necessariamente para o combate ao racismo, como vem pontuando Edson Cardoso.³⁵ Nesse roldão, por um lado, há esforço substantivo na formulação de medidas importantes que vêm respondendo à tentativa de se trabalhar o abismo social existente entre negros e brancos no país. Por outro, não se vislumbra a possibilidade de se articular o centro nervoso do dilema racial que tem no reclame pelo direito à vida – ponto chave da diretiva dos direitos humanos – seu principal baluarte.

Aqui, se tratarmos com seriedade o que vimos apontando como um genocídio contra a população negra no Brasil, percebe-se que, do ponto de vista das dizições impostas no lastro da movimentação do sistema de justiça criminal, não há limites a serem observados. Ao contrário, há um aquecimento galopante no apetite por “carne de segunda”.³⁶

Nesse tocante, cabe ainda registrar o que vem sendo apontado por intelectuais em toda a Diáspora no que concerne às consequências diretas do terror de Es-

35 CARDOSO, Edson Lopes. Negro, não. **A opinião do jornal Irohin**. Brasília: Brado Negro, 2015.

36 Tomando apenas um dado, das toneladas de estatísticas que ilustram essa situação, observa-se que, no tocante aos homicídios, registra-se uma queda de 26,1% da vitimização entre os brancos e um aumento de 46,9% da vitimização negra entre 2003 e 2014. WASELFSZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2016**. Homicídios por arma de fogo no Brasil. São Paulo: Flacso Brasil, 2016. p.55.

tado permanente instaurado contra esse segmento populacional. Defende-se, nessa seara, que a existência social da população negra paira sob o horizonte da morte. Ou seja, como leciona Frank Wilderson, a morte não é uma consequência da contestação do poder na experiência negra nas Américas, mas um dado permanente de usurpação que assalta as comunidades negras.³⁷

Se a rebeldia política não é o dado necessário para que as baterias da punição sejam acionadas na direção dos corpos negros, é, certamente, na repressão à possibilidade da reação coletiva que se procederam e procedem as manifestações mais marcantes desse círculo de terror.

No Brasil, é fácil observar-se, portanto, que do ponto de vista da contenção da população negra, o Estado opera à revelia dos direitos humanos, naturalizando a violência como chave para o controle social e a manutenção de uma dita “paz” que tem sangrado nos corpos de nossa juventude. As ações e omissões diuturnas no plano institucional não são, portanto, regidas por parâmetros constitucionais, mas por relações de força que contam com ampla chancela social.

É no horizonte da contestação a esse estado de coisas que aparecem os limites éticos e legais em vigor. Nesse caso, além da criminalização efetiva e da perseguição sistemática à rebeldia, há a difusão de um sentido de resistência condicionado à narrativa dos direitos humanos amplamente abraçado política e intelectualmente. Ou seja, enquanto o Estado utiliza estratégias de guerra para dizimar, ele somente reconhece e difunde a possibilidade de resistência dentro de padrões constitucionalmente previstos.

Essa perspectiva é também reinante nos meandros acadêmicos que trabalham a questão, inclusive entre intelectuais negros e negras. Interessante pontuar que os trabalhos tradicionais tidos como mais consequentes na área e a recente emergência da discussão trazida à baila pelos estudos do grupo Modernidade/Colonialidade,³⁸ não se ressentem de abordar a categoria violência em suas formulações.

Ao contrário, as “novas” inquietações epistemológicas compreendem que a violência em seu viés físico, intelectual, cultura e político, está no cerne da manutenção dos privilégios da branquitude, na submissão de negros e indígenas na América Latina. O que percebo, entretanto, é que há uma apropriação limitada da categoria. Evocamos Frantz Fanon e citamos suas constatações de que a “descolonização é

37 WILDERSON III, Frank. **Gramsci's black Marx: whether the slave in civil society? social identities**, v. 9, n. 2, 2003, p.225-240.

38 Para uma breve introdução sobre o grupo Modernidade/Colonialidade, ver: BALLERSTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 11. Brasília, maio - agosto de 2013, pp. 89-117.

sempre um fenômeno violento”,³⁹ mas não atualizamos a proposição para pautar a dita colonialidade. A necessária e celebrada “desobediência epistêmica”⁴⁰ está ainda condicionada ao politicamente correto e não há permissão para que trafeguemos por essa discussão de forma franca e direta.

Importante pontuar que, para mim, falar da violência como arma política da resistência, não implica no entusiasmo ou mesmo da aderência às práticas de violência. Muito ao contrário. Sou pessoalmente reticente da possibilidade, não somente pela fobia que me toca a possibilidade do aniquilamento de mais vidas, mas também pelo fato de que, historicamente, o dado da violência – seja em seu viés hegemônico ou contestatório – tem nas mais das vezes resultado na especial vitimização de mulheres e meninas em todo o mundo.⁴¹ Há claramente um perfil masculista no militarismo que faz das mulheres, em particular no tocante à violência sexual, presas fáceis da guerra.

Ainda assim e talvez por isso mesmo, ache tão fundamental que enfrentemos esse debate de peito aberto. Isso porque, no horizonte do genocídio, a nuvem de fumaça das conquistas pontuais, começa a se desgastar. Se o sofrimento negro é estrangeiro às sensibilidades e não agrega a uma mobilização efetiva do arsenal dos direitos humanos, há uma gramática que indica que só a partir do sofrimento branco, as transformações podem ocorrer. É essa a pedagogia perigosa que tem sido sistematicamente proferida pela intolerância das classes dominantes no Brasil.

O que o acirramento da violência na direção dos corpos negros tem demonstrado é que não há disposição das elites para uma negociação em termos de controle da vida. O que se percebe, no plano prático, é um esforço histórico de reivindicações de todos os motes, por parte da militância negra, e uma recusa de negociação das classes dirigentes. A radicalização no horizonte das trincheiras políticas da resistência negra em todo o mundo, e também na narrativa brasileira, é, portanto, produto da afirmação da branquitude, não de desejo gratuito de revanche nos redutos negros.

39 FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979, p.25.

40 MIGNOLO, W. Desobediência epistêmica: a opção descolonial e o significado de identidade em política. **Cadernos de Letras da UFF**, n. 34, jan. 2008. pp. 287-324. Disponível em: <<http://www.uff.br/cadernosdeletrasuff/34/traducao.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

41 ZURBRIGGEN, Eileen. Rape, war, and the socialization of masculinity: why our refusal to give up war ensures that rape cannot be eradicated. **Psychology of Women Quarterly**, n. 34, p. 538–549, 2010.

Assim, cabe pontuar que a violência não é algo desejado desde os reclames negros de forma irresponsável. Ao contrário, os redutos inundados com as mazelas impostas pelo terror de Estado querem o fim desse estado de coisas, desgastados com a presença da violência diuturnamente. Afinal, é quem convive com a guerra em seu cotidiano que reclama pela paz.

O que ocorre, é que o esgotamento das ilusões de emancipação a partir de estratégias que exponham a dor negra, pode deixar somente a possibilidade da exploração da dor de pessoas brancas no horizonte da criação de empatia e transformação.

Politizar intelectualmente esse tipo de possibilidade parece ser premente na imposição de um pensamento negro não tutelado pelas condicionantes da branquitude. A reticência de se trabalhar a temática sem pudores é constrangedora se considerarmos o volume de contestações políticas, em especial nas trincheiras culturais, que nos convidam há muito a enfrentar esse debate. Se já não bastasse o conforto daqueles e daquelas que, como eu, analisam as dinâmicas dos massacres dos muros gradeados das Universidades, há ainda a covardia instaurada em não se trabalhar as consequências mais radicais ligadas à imposição do sofrimento negro.

Há que se começar, na trilha do que alguns teóricos e teóricas já vem esboçando, a questionar frontalmente a gramática de direitos humanos em sua dimensão de controle da resistência negra. É preciso ainda estabelecer a quem é dada a chancela de dizer da legitimidade das ações da resistência no horizonte do genocídio. Temos de implicar a gramática constitucional nesse debate, formulando que não é de seus preceitos que partimos para nossas proposições, mas das disposições legais no âmbito internacional que trabalham das regulações referentes à guerra e suas consequências nefastas.⁴² Interessa complexificar o debate acerca das ações da militância negra considerando as dimensões de gênero e sexualidade, a fim de evitar a reificação de teorias e práticas que tenham por consequência a vitimização de mulheres e LGBTs como dado concreto.

Essas e tantas outras questões são prementes para a pavimentação de caminhos que nos levem a uma alteração de rumos em nossa trajetória social. Se é verdade que o caminho do amor – essa outra categoria abandonada dessa vez por uma percepção sexista da fragilidade de seu alcance – me apetece como arma potente e radical para a transformação, há que se atestar não só a legitimidade como a possibilidade real da violência ser acionada como componente objetivo do confronto ao racismo. Aqui, claro, não falo nem da violência autofágica, que na ausência de amor próprio, tem nos feito consumir uns aos outros nos redutos periféricos negros; nem

42 MIR, Luís. **Guerra civil**: estado e trauma. São Paulo: Geração editorial, 2004, p. 921.

da violência individualizada, que cobra a fatura do descaso em atos que assombram cada vez mais a comodidade das classes médias no país. Trato da violência coletivamente forjada e politicamente orientada para o dismantelamento do aparato institucional racista no país.

É contra essa sentença, que não tarda a ser proferida, que se entende a necessidade de uma reavaliação radical nas estruturas inundadas de racismo que balizam as ações do Estado no Brasil. É o clamor daqueles que querem findar com o sofrimento e não apostar em sua difusão numa espécie de democracia macabra que se sustenta aqui. Essa tarefa, que tem a aparente marca da negritude, está na verdade em mãos brancas, na disposição para a repactuação social. A partir dessa constatação, é oportuno que façamos o exercício de teorização do genocídio em sua radicalidade, sem meias-palavras e pedágios pagos às boas maneiras. Há que se ter ciência de que a revolta é combustível inflamável e o sofrimento negro será estancado: resta-nos saber se pelo amor ou pela dor.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDER, Barbara Cochrane. Convention against torture: a viable alternative legal remedy for domestic violence victims. **American University International Law Review**, v. 15, n. 4, p. 895- 900, 2000.
- ALEXANDER, Michelle. **The new Jim Crow: mass incarceration in the age of colorblindness**. New York: New York Press, 2012.
- BALLERSTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 11, pp. 89-117, Brasília, maio – agosto, 2013.
- BATISTA, Nilo. **Todo crime é político**. Entrevista concedida à Revista Caros amigos (n. 77, Agosto 2003).
- BATISTA, Vera Malaguti. **O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 270p.
- BAXI, Upendra. **The Future of human rights**. 2. ed. Oxford University Press. 2006.
- CARDOSO, Edson Lopes. **Negro, não**. A opinião do jornal Irohin. Brasília: Brado Negro, 2015.
- CORTES, Verónica P. Aravena. “A imprensa e a problemática construção de um mundo comum no Brasil.”; In BARBOSA, Marialva (ed.). **Jornalismo no século XXI**. Porto Alegre: Editora Mercado Aberto, 2002.
- FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. As fronteiras raciais do genocídio. **Direito.UnB**, janeiro – junho de 2014, v. 01, n.01, p.119-146.
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Lei Maria da Penha: entre os anseios da resistência e as posturas da militância. IN: FLAUZINA, ANA; FREITAS, Felipe; VIEIRA, Hector; PIRES, THULA. **Discursos Negros**. Legislação penal, política criminal e racismo. Brasília: Brado Negro, 2015, p.121-151.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 25. ed. Tradução por Raquel Ramalheite. Petrópolis: Vozes, 2002.
- HARTMAN, Saidiya V. **Scenes of subjection: terror, slavery, and self-making in nineteenth-century america (race and american culture)**. Oxford University Press, 1997.
- JAMES, JOY. **Resisting state violence: radicalism, gender and race in the US Culture**. University of Minnesota Press, 1996.
- JAMES, Joy. The dead zone: stumbling at the crossroads of party politics, genocide, and post-racial racism, **S. Atlantic Q.**, n. 3, v. 108, verão, 2009.
- MCGLYNN, Clare. **‘Rape as torture?’: Catharine Mackinnon and the questions of feminist strategy**. *Fem. Leg. Stud.*, v. 16, n. 1, p. 71-72, 2008.

MIGNOLO, W. Desobediência Epistêmica: a opção descolonial e o significado de identidade em política. **Cadernos de Letras da UFF**, n. 34, jan. 2008. pp. 287-324. Disponível em: <<http://www.uff.br/cadernosdeletrasuff/34/traducao.pdf>>. Acesso em: 15 jul 2016.

MIGNOLO, W. **Local Histories/Global Designs**: coloniality, subaltern knowledges, and border thinking. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2000.

MIR, Luís. **Guerra civil**: estado e trauma. São Paulo: Geração editorial, 2004. 921p.

PINHO, Osmundo; VARGAS, João (Org). **Antinegitude**: o impossível sujeito negro na formação social brasileira. Cruz das Almas: EDUFRB, 2016, 235p.

PIRES, Thula. **Relatório de pesquisa**. Colorindo Memórias e Redefinindo Olhares: Ditadura Militar e Racismo no Rio de Janeiro. Comissão da Verdade do Rio. Agosto de 2015.

RAJAGOPAL, Balakrishnan. **International law from below**: development, social movements and third world resistance. Cambridge University Press, 2003, p.183.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2016**. Homicídios por arma de fogo no Brasil. São Paulo: Flacso Brasil, 2016.

WILDERSON III, Frank. Gramsci's black Marx: Whither the Slave in Civil Society? **Social Identities**, v. 9, n. 2, 2003, p.225-240.

ZURBRIGGEN, Eileen. Rape, war, and the socialization of masculinity: why our refusal to give up war ensures that rape cannot be eradicated. **Psychology of Women Quarterly**, n. 34, 538–549, 2010.

A IMPLEMENTAÇÃO TARDIA DO QUESITO RAÇA/COR NOS SISTEMAS DE INFORMAÇÃO DO SUS: (NECRO)POLÍTICAS DE SAÚDE PARA A POPULAÇÃO NEGRA NO BRASIL DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

LATE IMPLEMENTATION OF THE RACE/COLOR CATEGORY IN THE SUS'S INFORMATION SYSTEMS: (NECRO)POLITICS OF HEALTH FOR THE BLACK POPULATION IN BRAZIL DURING THE COVID-19 PANDEMIC

Avaro Gustavo Marques Moraes¹

Alan Gabriel França Souza²

Maria Luíza Leitão Ribeiro³

Luíze Pereira Ribeiro⁴

Data de Submissão: 28/03/2022

Data de Aceite: 14/06/2022

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo refletir e expor uma análise dos boletins epidemiológicos proferidos pelo Ministério da Saúde e da Portaria nº 344/2017, acerca das implicações referentes à implementação tardia dos marcadores sociais de raça/cor nos sistemas de informação em saúde do SUS

1 Graduando do Bacharelado Interdisciplinar em Humanidades, com Área de Concentração em Estudos Jurídicos, pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Membro bolsista do Programa de Educação Tutorial Interdisciplinar (PET IHAC/UFBA). Diretor de Projetos do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas (CEPEJ) da UFBA. E-mail: moraisalvarogustavo@gmail.com.

2 Graduando do Bacharelado Interdisciplinar em Humanidades, com Área de Concentração em Estudos Jurídicos, pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). E-mail: alan_franca@live.com.

3 Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Bahia, estagiária da Defensoria Pública da União de 2020 a 2022 e pesquisadora do Direito Internacional sem Fronteiras na linha “Os direitos da criança no sistema internacional” entre 2019 e 2021. Email: marialuizaleitaor@hotmail.com.

4 Graduanda de Direito, pela UFBA. Bacharel em Humanidades, pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Diretora de Presidência do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas (CEPEJ) da UFBA. Pesquisadora bolsista pela Capes. E-mail: luizepereiraribeiro@hotmail.com.

durante o período da pandemia de COVID-19, tendo em vista que esses estão relacionados ao desenvolvimento de ações, cuidados e políticas nesse âmbito no Brasil. Nesse cenário, a partir da questão: quais os impactos da implementação tardia dos quesitos raça/cor nos formulários de atendimento e suas implicações no direito à saúde durante a pandemia da Covid-19? Adotou-se como procedimento metodológico a técnica de pesquisa bibliográfica de caráter interdisciplinar. Buscou-se evidenciar que essa implementação tardia, adjunta da negligência do Estado brasileiro em relação ao preenchimento adequado de tal quesito, acabou por representar conseqüentes violações de direitos humanos, especificamente dos direitos à saúde e à vida, da população negra, ao situar a mesma em uma condição de invisibilidade, provocada pela conseqüente subnotificação.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Direito à Saúde. SUS. Brasil. Covid-19.

Abstract: The present work aims to reflect and present an analysis of epidemiological bulletins produced by the Ministry of Health and Ordinance nº 344/2017, about the implications regarding the late implementation of social markers of race/color in the health information systems of the SUS during the COVID-19 pandemic, given that these are related to the development of actions, care and policies in this area in Brazil. In this scenario, based on the question: what were the impacts of the late implementation of race/color requirements in service forms and their implications for the right to health during the Covid-19 pandemic? As a methodological procedure, the technique of interdisciplinary bibliographic research was adopted. It was sought to show that this late implementation, coupled with the negligence of the Brazilian State in relation to the adequate filling of this question, ended up representing consequent violations of human rights, specifically the rights to health and life, of the black population, by placing the same in a condition of invisibility, caused by the consequent underreporting.

Keywords: Human Rights. Right to Health. SUS. Brazil. Covid-19.

INTRODUÇÃO

O direito à saúde, ao ser instituído como um direito humano fundamental e universal, preconiza que o acesso aos meios materiais e imateriais para a regulação e manutenção da saúde física e mental do indivíduo deve ser inerente a todo ser humano, sem distinção de qualquer espécie. Entretanto, ao se levar em consideração marcadores sociais, tais como raça, gênero, classe socioeconômica, etc, em referência à aplicação desse direito, observa-se que o mesmo não está em alcance para todos, na medida em que, por meio de opressões estruturais organizadas em cima dessas categorias, o seu acesso é distribuído de forma desigual ao longo da esfera social, sendo inviabilizado, particularmente, para minorias sociais, as quais estão situadas em uma condição de vulnerabilidade.

A partir do entendimento de que a raça é “uma construção sociológica e uma categoria social de dominação e exclusão” (MUNANGA, 2004), é possível perceber que, ao longo da construção da realidade social, em alusão específica à brasileira, estabeleceu-se, através da utilização dessa categoria dentro de um embasamento de superioridade ou inferioridade (pelo alocamento do branco como superior e o não-branco, nesse caso de análise específico, o negro, como inferior), uma hierarquia racial, a qual é (re)produzida pela ação violenta de um racismo estrutural. Esse racismo, presente na estrutura das instituições e relações da sociedade brasileira, se evidencia como um obstáculo para o acesso universal aos direitos humanos, uma vez que o mesmo desumaniza certos indivíduos, ao passo em que os sujeitam à marginalidade social, a qual acaba por inferir-se na invisibilidade mediante ações e políticas estatais proferidas em prol da garantia de direitos para a população.

À vista disso, é possível constatar que a implementação tardia do quesito raça/cor e etnia nos sistemas de informação em saúde do SUS no contexto da Covid-19 identifica-se como uma provocada negligência Estatal, uma vez que, pela ação minuciosa e sutil do racismo estrutural, o uso do poder social e político do Estado se executa de forma a administrar uma necropolítica, ao manter situações de “deixar morrer” direcionadas à população negra. Nesse entendimento, tendo em vista a formalização e exigência por meio da Portaria nº344/2017 da inclusão desses quesitos, a partir das reivindicações dos movimentos sociais, sobretudo, do movimento negro e das organizações de saúde coletiva, nos sistemas de informação do SUS, a implementação tardia, por parte das autoridades de saúde competentes evidencia-se como uma violação sistemática de direitos humanos, tais como o direito à saúde e à vida da população negra.

Nesse ínterim, a partir do método indutivo com técnicas de pesquisa bibliográfica de caráter interdisciplinar (SAMPIERI et al.; 2013), o presente artigo busca analisar quais os impactos da implementação tardia dos quesitos raça/cor nos formulários de atendimento e suas implicações no direito à saúde durante a pandemia da Covid-19. Discorre-se neste artigo os seguintes pontos: i) a matéria dos direitos humanos e o direito à saúde; ii) os Sistemas de Informação em Saúde e a obrigatoriedade do quesito raça/cor nos formulários do SUS; iii) A pandemia da Covid-19 e a iv) Implementação tardia e Necropolítica.

1. A MATÉRIA DOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO À SAÚDE

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, oficializada pela Organização das Nações Unidas (ONU) no pós-guerra, simbolizou um marco importante para a promoção, garantia e proteção de direitos que, até a sua promulgação, estavam sendo indiscriminadamente violados e ignorados internacionalmente. À luz desse cenário, a DUDH acabou sendo utilizada por diversos países e organizações ao redor do mundo como referência para o desenvolvimento positivo de textos constitucionais e de tratados internacionais que levassem em conta a importância da implementação e defesa dos direitos humanos fundamentais em seus conteúdos.

Nesse sentido, a introdução da matéria dos direitos humanos por esse documento nos planos de discussão e de política internacional surge a fim de assegurar, através da garantia, pelo princípio da universalidade, de direitos fundamentais de diversas vertentes (ou gerações), tais como os civis, políticos, econômicos, sociais, culturais, etc, o respeito à dignidade da pessoa humana. Tendo em vista esse fim, os direitos humanos “são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados” (DECLARAÇÃO DE VIENA, 1993), na medida em que se conjugam e se fortalecem em prol dos direitos e da dignidade de cada ser humano, de forma inalienável e equânime para todas e todos, ao não levar em consideração “distinção de qualquer espécie” (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948), assim como ao constituírem direitos “inerentes à todo humano, independente de quaisquer circunstâncias” (ANTONIO; DAL RI, 2017) e ao servirem para “proteger a pessoa de tudo que possa negar sua condição humana” (PEQUENO, 2014).

Dentro do conteúdo dos direitos sociais, pertencentes à matéria dos direitos humanos, temos como exemplo o direito à saúde, o qual, no artigo XXV da Declaração, é tratado como um direito indissociável do direito à vida. O direito à saúde é, desse modo, entendido como um direito intrínseco para a promoção e ga-

rantia de uma vida digna e saudável para todos os sujeitos. Logo, esse direito deve ser resguardado pelo Estado, praticado através de políticas que visem o seu acesso universal, juntamente com outros bens materiais e imateriais, para todas as populações, de modo a auxiliar na diminuição das desigualdades sociais e no amparo da (r)existência de minorias sociais que se encontram em situações de vulnerabilidade.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, influenciada pela supracitada Declaração de 1948, representou um “avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira” (PIOVESAN, 1999, p. 84). Desse modo, a partir da sua promulgação, a Constituição Cidadã⁵, ao instituir um Estado Democrático de Direito, estabelece que “os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático” (PIOVESAN, 1999, p. 85), afirmando que os mesmos devem ser garantidos pelo Estado e exercidos por todas as camadas da sociedade brasileira para, então, alcançar a efetiva afirmação da Democracia.

No que tange ao direito à saúde, a Constituição Federal (1988), por meio do seu artigo 196, e em consonância com a matéria dos direitos humanos, compreende que a saúde é um direito fundamental de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Em função desse entendimento, foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS), o qual é regulamentado pela Lei 8080/90 e é permeado pelos princípios da universalidade, equidade e integralidade.

Levando em consideração as características e necessidades distintas das diferentes comunidades incorporadas no seio da sociedade, esse sistema age a fim de diminuir as desigualdades presentes na realidade brasileira, ao proporcionar o alcance ao direito à saúde para toda a população, sem distinção. O SUS propõe, portanto, o acesso universal à saúde pública de qualidade, por meio de ações, cuidados e políticas de assistência e vigilância nesse campo, ao passo em que reconhece a necessidade de uma atuação intersetorial entre outras áreas sociais, na medida em que as mesmas têm repercussão na saúde e na qualidade de vida de todos os indivíduos.

2. OS SISTEMAS DE INFORMAÇÃO EM SAÚDE E A OBRIGATORIEDADE DO QUESITO RAÇA/COR NOS FORMULÁRIOS DO SUS

Ao tratar do direito à saúde é necessário conferir um papel de destaque para os instrumentos de implementação e gestão de políticas nessa área, dentre os quais

⁵ Assim denominada por Ulysses Guimarães, pela compreensão de que a mesma “teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania.” (SILVA, 1990, p. 92).

estão os Sistemas de Informações em Saúde (SIS). Tais sistemas, conforme a definição da Organização Mundial da Saúde (OMS), fornecem fundamentos para a tomada de decisões tendo em vista quatro funções centrais: a geração de dados; a compilação; a análise e síntese; e a comunicação e utilização das informações coletadas. Com efeito, considera-se que os SIS são essenciais para o monitoramento e a avaliação dos sistemas de saúde, além de atender a objetivos mais amplos que vão desde o planejamento e a comunicação de desafios na área da saúde até a estimulação de pesquisas e o fomento do sistema de relatórios globais (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2008).

No cenário brasileiro, em específico, a supracitada Lei 8.080/90 designa, em seu artigo 15, a todos os entes federados a atribuição de organização e coordenação dos sistemas de informação de saúde. No entanto, para que um sistema de informações em saúde seja compatível com as diretrizes do SUS é necessário que esse processo seja baseado em princípios que abarcam tanto o conhecimento a respeito de aspectos demográficos e epidemiológicos, visando a “avaliação das ações implementadas e de seus impactos sobre a saúde de comunidades específicas”, quanto o uso “adequado e a divulgação” de tais informações (REZENDE; TRINDADE, 2003).

Assim, nota-se que os formulários de atendimento dos pacientes do SUS são uma forma importante de obtenção dos dados que integram seus Sistemas de Informação em Saúde, de modo que os indicadores e quesitos incorporados a tais documentos são aspectos fundamentais e que também podem influenciar o direcionamento das políticas públicas de saúde. É diante de tal cenário que é possível salientar a relevância da incorporação em 2017, por meio da Portaria nº344 do Ministério da Saúde, da obrigatoriedade da coleta do quesito cor e do preenchimento do campo raça/cor nos formulários do SUS, por parte dos profissionais que atuam nos serviços de saúde (BRASIL, 2017).

Nesse ponto, vale ressaltar que a Portaria nº 344/2017 estabelece, ainda, que a coleta de tais informações deve ocorrer mediante o respeito ao critério de autodeclaração do usuário do sistema de saúde, assim como deve seguir os padrões adotados pelo IBGE de maneira a constarem como “branca, preta, amarela, parda ou indígena”. Ademais, excetua-se o critério de autodeclaração apenas nos casos de recém-nascidos, óbitos ou de pacientes impossibilitados de realizar tal comunicação, hipóteses nas quais essa informação será auferida por intermédio de familiares ou, em último caso, do preenchimento pelo próprio profissional de saúde que realiza o atendimento (BRASIL, 2017).

Assim, desde 2017, compete à gestão do SUS a coleta, o processamento e a análise dos dados de saúde desagregados por raça/cor, bem como a inclusão de tal quesito nas coletas de dados de serviços públicos e pesquisas de saúde do SUS (BRASIL, 2017).

Importa notar que essas disposições ainda estão em vigência de modo que a obrigatoriedade da desagregação dos dados de saúde pelo quesito raça/cor também se aplica ao contexto da Pandemia do novo Coronavírus. Não obstante a sobrecarga dos sistemas de saúde ao redor do mundo - inclusive do SUS - em decorrência da Covid-19, o preenchimento adequado dos formulários de atendimento, nos moldes instituídos no Brasil pela Portaria nº 344/2017, é fundamental para a compreensão da presente crise sanitária, sendo uma das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em sua Resolução nº1/2020 sobre “Pandemia e Direitos Humanos nas Américas”, que os Estados assegurem que os registros da população infectada, hospitalizada ou que veio a óbito em decorrência da Covid-19 incluam dados desagregados por etnia ou origem racial (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2020).

Entretanto, retornando ao cenário nacional, a análise de dados desagregados mostrou-se como mais um dos desafios da Pandemia da Covid-19, uma vez que, apesar da obrigatoriedade estabelecida desde 2017 e das recomendações no cenário internacional, o quesito raça/cor não estava disponível nos primeiros boletins da Covid-19, sendo incorporado após o posicionamento do Grupo de Trabalho Racismo e Saúde, da Coalizão Negra e da Sociedade Brasileira de Médicos de Família e Comunidade (SANTOS; NERY; SILVA; SANTOS; BATISTA; ARAÚJO, 2020), bem como das recomendações realizadas pela Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO) e das solicitações enviadas ao Ministério da Saúde em Abril de 2020. Cabe ressaltar, que os referidos autores também pontuam que, mesmo após a incorporação deste quesito aos formulários da Covid-19 no SUS, a frequência da incompletude de seu preenchimento ainda é alta, corroborando para a ilustração da invisibilidade da temática e para a ratificação da baixa adesão e interesse na utilização de tais informações em relação ao racismo institucional, em especial, tendo em vista que, como mencionado, estas são fundamentais para a tomada de decisões estatais (SANTOS; NERY; SILVA; SANTOS; BATISTA; ARAÚJO, 2020).

3. A PANDEMIA DA COVID-19

A atual pandemia causada pelo patógeno SARS-COV-2 tem promovido uma mudança radical em vários aspectos da existência humana. O coronavírus é uma família de vírus que causam infecções respiratórias em seres humanos e em animais.

O novo agente do coronavírus foi descoberto em 31/12/2019 na cidade de Wuhan (China), sendo a doença por ele causada denominada de Covid-19 (*Corona Virus Disease - 2019*), tendo como principais aspectos a rápida difusão do patógeno e a alta taxa de letalidade. Essa conjuntura agrava-se ainda mais no contexto da saúde pública brasileira, marcada historicamente por desigualdades sociais e que tem sido um dos fatores mais preocupantes neste momento, não só pela escassez de insumos hospitalares e profissional, realidade presente antes da pandemia, mas também pela falta de suporte para as populações vulnerabilizadas, principais beneficiários do Sistema Único de Saúde (SUS).

Dentre as mobilizações das autoridades de saúde, a utilização de formulários adaptados a situação da Covid-19 (FormSUS) foram implementados como medida para acompanhamento epidemiológico da doença em todo território nacional, sendo alocados e geridos pelo Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde (DataSUS). A partir da análise exploratória dos Boletins Epidemiológicos publicados no ano de 2020 pelo Ministério da Saúde⁶, observa-se que as recomendações para preenchimento desses formulários acontecem a partir do quarto boletim⁷ (04/03/2020), com indicações para estados e municípios sobre o preenchimento do formulário dos casos de Covid-19. Analisando-se ainda os formulários e os campos dispostos para preenchimento de dados dos pacientes, é possível perceber a falta dos quesitos raça/cor e etnia nos primeiros formulários disponibilizados, sendo esses campos inseridos e exigidos pelo Governo Federal somente a partir da segunda semana de abril, na qual a contabilização de óbitos e pessoas hospitalizados por Covid-19, segundo raça/cor, foram implementadas nos Boletins Epidemiológicos⁸. Dados como esses são fundamentais para a análise das iniquidades em saúde, pois, segundo a epidemiologista Fátima Marinho (2020) dados como raça/cor “podem ser utilizados para identificar a desigualdade na doença e na morte, que por sua vez podem informar as políticas públicas sobre as necessidades específicas de cada grupo étnico-racial em busca de equidade”.

6 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Boletins Epidemiológicos. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/boletins-epidemiologicos/numeros-anteriores>.

7 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Boletim Epidemiológico 04 COE Covid-19. Disponível em: <https://antigo.saude.gov.br/images/pdf/2020/marco/04/2020-03-02-Boletim-Epidemiol--gico-04---COE-COVID-19.pdf>. Acesso em 03 de junho de 2021.

8 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Boletim Epidemiológico 09 COE Covid-19. Disponível em: <https://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2020/Abril/12/2020-04-11-BE9-Boletim-do-COE.pdf>. Acesso em 03 de junho de 2021.

Nesse âmbito, o aspecto que chama atenção, para além da implementação tardia desse quesito, mesmo tendo a Portaria nº 344/2017 como já citado acima, trata-se da negligência no preenchimento desses quesitos nos sistemas pelos profissionais de saúde. A falta de diretrizes que orientem os agentes de saúde, tais como os médicos, enfermeiros e técnicos no preenchimento desse quesito atrelado ao racismo institucional interferem não só na visibilidade desses dados como também na qualidade desses números. Como aponta Marcia Pereira Alves dos Santos, membra do Grupo de Trabalho Racismo e Saúde da Abrasco, “a falta de articulação inter-federativa e padronização permite que estados e municípios colem os dados pelo *modus operandi* ‘faça por si mesmo’”. Assim, reside nessa situação não só a negligência do Estado por falta de informações e formação desses profissionais, mas revela-se nesses casos, como aponta Milanezi (2020) que, quando “gestões públicas optarem por ‘não parar por causa de uma raça’ será uma escolha política de reprodução de racismo institucional”. Desse modo, atenta-se, a essa situação, que a disponibilização de informações que constem marcadores sociais que viabilizam o panorama de iniquidades em saúde, sobretudo raça, cor e etnia, é prioritário para assistências e reparações à população negra.

4. IMPLEMENTAÇÃO TARDIA E NECROPOLÍTICA

Diante do panorama exposto, necessita-se analisar, com esmero, a estrutura que permitiu e permite a desvalorização e implementação tardia da categoria raça, etnia e cor nos sistemas de informação do SUS, durante a instalação do caos pandêmico, em um país desigual como o Brasil. É perceptível e indubitável que as desigualdades sociais instituídas historicamente nos pilares da realidade brasileira são consequências da estrutura sistemática racista, na qual perpetuam-se as dinâmicas raciais que precarizam, invisibilizam e excluem negros e diversas minorias (indígenas, LGBTQI+, imigrantes...) dos ambientes de poder e, conseqüentemente, obstruem o acesso aos seus direitos fundamentais como à saúde e a vida.

Almeida (2020) aponta que ao compreender o racismo como parte da estrutura social, ou seja, não necessita-se de intenção para manifestar, certamente o silêncio torna-se ética e politicamente responsável pela manutenção do racismo. Em outros termos, é notório que a implementação tardia desses marcadores raciais refletem o posicionamento estatal quanto ao seu real propósito: a preservação da presente conjuntura.

Como já foi pontuado anteriormente, o levantamento desses dados referentes a raça/cor/etnia são de extrema importância para melhor compreensão das necessidades dos usuários, assegurando o atendimento aperfeiçoado, o controle e a

erradicação de doenças. Nesse cenário, mitiga-se empecilhos do acesso de pacientes, de maioria negra, tendo em vista que 67% dos brasileiros que dependem exclusivamente do SUS são negros. Importa salientar que esse segmento tem doenças prevalentes como diabetes, hipertensão, anemia falciforme, tuberculose e doenças renais crônicas, comorbidades agravantes em casos de Covid-19.

O racismo estrutural e velado no Brasil acaba, também, definindo algumas das causas dessas enfermidades, dada as suas ligações com as questões sociais, como por exemplo, a falta de saneamento básico, condições precárias de moradia e alimentação inadequada, postuladas em levantamentos do IBGE e da Política Nacional de Saúde Integral da População Negra (PNSIPN) como a realidade de muitos brasileiros pretos e pardos.

Destarte todos os fatores reportados até esse ponto, observa-se que são constantes as violências dirigidas ao corpo negro por parte do Estado pela manutenção de uma necropolítica, concepção que possibilita refletir o direcionamento da atuação estatal quanto à promoção de um “fazer viver ou deixar morrer”. O governo brasileiro silencia-se quanto os dados epidemiológicos referentes a raça/etnia/cor, evidenciando uma intencionalidade no negligenciamento dessas pessoas, sabendo das suas consequências quanto o aprofundamento das desigualdades, o impedimento de prevenção direcionada a essa categoria (KUDEKEN, 2020) e, por conseguinte, o aumento da taxa de mortalidade entre a população negra.

A esta ausência, justificada por um “estado de exceção”, nomeada de necropolítica pelo intelectual Achille Mbembe (2018), infere gestão que dita “quem pode viver e quem deve morrer para garantir o funcionamento da máquina de guerra capitalística”(SANTOS; et. al., 2020). No caso estudado no presente estudo, o “esquecimento” dos marcadores sociais, seguida da implementação tardia da categoria, configura o posicionamento assumido pelo Estado de um caráter necropolítico, dado que essa decisão governamental representa a recusa de um planejamento com equidade, que vise mitigar as necessidades de saúde, durante uma pandemia, onde a categoria não inclusa está inclinada a comorbidades que a expõem a riscos de diagnóstico e, em muitos casos, o óbito.

Nesse sentido, constata-se que a negligência do Estado brasileiro constitui-se como uma ferramenta do racismo estrutural, o que corrobora ao genocídio do corpo negro em outra faceta: no extermínio deliberado (NASCIMENTO, 2016), expresso na expansão da taxa de mortalidade entre esses indivíduos no cenário pandêmico. Na 11ª Nota Técnica (NT) do Núcleo de Operações e Inteligência em Saúde (NOIS), liderado pelo Departamento de Engenharia Industrial do Centro Técnico Científico da PUC-Rio (CTC/PUC-Rio), avaliou-se cerca de 30 mil casos

confirmados de Covid-19, nos quais foram constatados que quase 55% eram pretos e pardos, enquanto os brancos 38%. Ao analisar a proporção de óbitos e recuperados em relação ao nível de escolaridade combinado com a raça/cor, a porcentagem também foi maior entre pessoas negras em todos níveis, por exemplo, pretos e pardos sem escolaridade “mostraram uma proporção 4 vezes maior de morte do que brancos com nível superior (80,35% contra 19,65%)” (NOIS, 2020).

À vista disso, verifica-se que a ausência de políticas por parte do governo brasileiro a fim de deslocar esse panorama ainda são escassos e refletem a concepção de genocídio sugerida na obra de Abdias Nascimento (2016) é: “o uso de medidas deliberadas e sistemáticas, calculadas para o extermínio”. Ainda que essas práticas racistas sejam sutis, difusas e mascaradas, elas são implacáveis e persistentes “liquidando definitivamente os homens e mulheres da raça negra que conseguiram sobreviver ao massacre praticado no Brasil.”⁹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, é possível observar que a garantia à saúde ocupa um papel fundamental em matéria de direitos humanos positivado legislativamente e consolidado nas últimas décadas tanto no âmbito internacional quanto nacional. Neste segundo, tem-se a Constituição Federal de 1988 como um marco, não apenas quanto à tutela material do direito à saúde, mas também quanto à construção de um cenário jurídico de fomento à implementação do Sistema Único de Saúde e dos princípios que o orientam.

Em tal sistema, conforme observado no presente artigo, a coleta e gerenciamento adequado de dados mostra-se imprescindível para uma elaboração de políticas públicas democráticas de modo que a incorporação e o preenchimento obrigatório do quesito raça/cor nos formulários da Covid-19 configuram uma medida indispensável. Isso porque deve-se ter em vista não apenas o papel dos sistemas de informação em saúde no direcionamento de políticas de saúde pública, como também considerar os sistemas de informação em saúde sob a perspectiva da implementação efetiva do direito à saúde, enquanto um direito fundamental assegurado a toda pessoa humana sem qualquer distinção ou empecilho de caráter discriminatório.

Retomando o questionamento inicial do presente artigo acerca dos impactos da implementação tardia do quesito raça/cor nos formulários do SUS, foi possí-

9 Abdias Nascimento (2016) descreve o racismo luso-brasileiro como uma criação exclusiva, a qual persiste camuflada, assimétrica, mascarada por trás do mito da Democracia racial, uma ideologia de utopia racial.

vel analisar que tal cenário implicou em empecilhos quanto ao direcionamento do atendimento de saúde e da contabilização de adoecimentos e mortes nos moldes estabelecidos pela Portaria nº 344/2017 e, por consequência, incluindo as desigualdades contidas nesses dados. Assim, sob a ótica do racismo institucional, observou-se que a ausência de dados segregados por raça/cor nos boletins iniciais acerca da Covid-19, bem como as dificuldades evidenciadas em sua adesão após a implementação, atuaram na mitigação de informações necessárias para a visibilidade do panorama de iniquidade em saúde no Brasil.

Nesse sentido, a inobservância estatal quanto a importância da coleta adequada de tais dados referentes a categoria raça/cor, mesmo em um contexto pandêmico, poderá impactar diretamente na continuidade de desigualdades sociais, na medida em que reflete-se os pilares determinantes da estrutura racista, a qual influi na manutenção do adoecimento e morte de pretos e pardos. Portanto, a invisibilização das instituições de poder através dos dispositivos que descartam e desamparam esses indivíduos sucede no objetivo do mote necropolítico: “deixar morrer”.

REFERÊNCIAS

- ABRASCO, Associação brasileira de saúde coletiva. **Carta ao Ministério da Saúde sobre a informação raça/cor nos sistemas de informação da COVID-19**. 2020. Disponível em: <<https://www.abrasco.org.br/site/gtracismoesaude/2020/07/20/por-que-a-covid-19-e-mais-mortal-para-a-populacao-negra-artigo-de-edna-araujo-e-kia-caldwell/>>. Acesso em 30/05/2021.
- ALMEIDA, S. **Racismo estrutural**. 2020. Pólen.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n.344, de 1º de fevereiro de 2017**. Dispõe sobre o preenchimento do quesito raça/cor nos formulários dos sistemas de informação em saúde. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prt0344_01_02_2017.html>. Acesso em: 17/05/21.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. **Política Nacional de Saúde Integral da População Negra : uma política para o SUS** / Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa, Departamento de Apoio à Gestão Participativa. – 2. ed. – Brasília : Editora do Ministério da Saúde, 2013.
- CALZOLARI ANTONIO, C.; DAL RI, L. **O relativismo cultural e a universalização dos direitos humanos no direito internacional público**. Revista Publicum Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, 2017, p. 273-285.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pandemia e Direitos Humanos nas Américas. Resolução 1/2020**. p.17. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>>. Acesso em: 29/05/21.
- CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA DO PARANÁ. **A importância do quesito raça/cor nos dados de saúde sobre a Covid-19: por uma política de saúde mais justa e igualitária**. Paraná, 10 jul. 2020. Disponível em: <<https://crppr.org.br/a-importancia-do-quesito-raca-cor-nos-dados-de-saude-sobre-a-covid-19-por-uma-politica-de-saude-mais-justa-e-igualitaria/>>. Acesso em: 26/05/2021.
- DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO DE VIENA**. In: Conferência Mundial sobre Direitos Humanos. 1993. Portal de Direito Internacional. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>>. Acesso em: 20/05/2021.
- DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 24/05/2021.

IBGE. **Desigualdades sociais por cor ou raça no Brasil**. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. 12 p. ISBN 9788524045134. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101681>. Acesso em: 26/05/2021.

KUDEKEN, V. S. F. dos S.. Placar da Vida: o discurso de saúde pública por meio da divulgação de dados da Covid-19. **Revista Brasileira de História da Mídia**, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 134-148, 2020. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/rbhm/article/view/11785/7225>. Acesso em: 26/05/2021.

MILANEZI, J. **“Eu não vou parar por causa de uma raça”**: a coleta da raça/cor no SUS. *Blog DADOS*, 2020. Disponível em: <http://dados.iesp.uerj.br/coleta-da-raca-cor-no-sus/>. Acesso em: 26/05/2021.

MBEMBE, A. **Necropolítica**. Editora N-1.

MUNANGA, K.. **Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia**. In: BRANDÃO, André Augusto P. Programa de Educação Sobre o Negro na Sociedade Brasileira, Ed. EDUFF, Rio de Janeiro, 2004.

NASCIMENTO, A. **O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado**. São Paulo: Perspectiva, 2016.

NASCIMENTO, A. **O Quilombismo**. Rio de Janeiro. 1980.

NOIS – Núcleo de Operações e Inteligência em Saúde. (2020), **“Nota Técnica 11 – Análise socioeconômica da taxa de letalidade da COVID-19 no Brasil”**. Disponível em: <https://ponte.org/wp-content/uploads/2020/05/NT11-An%C3%A1lise-descritiva-dos-casos-de-COVID-19.pdf>.

OLIVEIRA, R. G. de et al. **Desigualdades raciais e a morte como horizonte: considerações sobre a COVID-19 e o racismo estrutural**. *Cadernos de Saúde Pública* [online]. v. 36, n. 9, e00150120. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00150120>. Acesso em: 31/05/2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Toolkit on monitoring health systems strengthening. Health Information Systems**. Genebra (2008). p.2. Disponível em: https://www.who.int/healthinfo/statistics/toolkit_hss/EN_PDF_Toolkit_HSS_InformationSystems.pdf. Acesso em: 02/06/21.

PEQUENO, M. **O Fundamento dos Direitos Humanos**. In: Educando em direitos humanos: fundamentos histórico-filosóficos e político-jurídicos. FERREIRA, L. F. G. et al. João Pessoa: Editora da UFPB, 2016. Disponível em: <http://www.cchla.ufpb.br/ncdh/wp-content/uploads/2017/04/EducandoEmDireitosHumanosV1.pdf>. Acesso em: 25/03/2022.

PIOVESAN, F. **A Proteção dos Direitos Humanos no Sistema Constitucional Brasileiro**. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 51/52, p. 81–102, jan./dez., 1999. São Paulo, Secretaria dos Negócios da Justiça, Procuradoria Geral do Estado, 1971. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/Revista%20PGE%2051-52.pdf>. Acesso em: 25/03/2022.

REZENDE, C. A. P.; TRINDADE, J. **Manual de Atuação Jurídica em Saúde Pública**. Ministério da Saúde (2003), p.95-96. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/34303/1/LIVRO_direito_san_v2.pdf>. Acesso em: 02/06/21.

SAMPIERI, R. H.; COLLADO, C. F.; LUCIO, M. del P. B. **Metodologia de pesquisa**. 5a ed. Penso Editora. Porto Alegre. 2013.

SANTOS, G. A. **Reflexões em tempos de pandemia, necropolítica e genocídios**. Jornal da USP, São Paulo, 05 maio 2020. Disponível em: <https://jornal.usp.br/artigos/reflexoes-em-tempos-de-pandemia-necropolitica-e-genocidios/>. Acesso em: 23/06/2020.

SANTOS, H. L. P. C dos et al. **Necropolítica e reflexões acerca da população negra no contexto da pandemia da COVID-19 no Brasil: uma revisão bibliográfica**. Ciência & Saúde Coletiva [online]. 2020, v. 25, suppl 2, pp. 4211-4224. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1413-812320202510.2.25482020>>. Acesso em: 01/06/2021.

SANTOS, M. P. A. dos; NERY, J. S.; GOES, E. F.; SILVA, A. da; SANTOS, A. B. S. dos; BATTISTA, L. E.; e ARAÚJO, E. M. de. **População negra e Covid-19: reflexões sobre racismo e saúde**. Estudos Avançados 34 (99), p.228. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ea/a/LnkzjXxJSJFbY9LFH3WMQHv/?lang=pt>>. Acesso em: 17/05/21.

SANTOS, M. P. A. dos. **Os negros nas listas de óbitos e os últimos na fila da imunização**. GT Racismo e Saúde/ Abrasco. 2021. Disponível em: <<https://www.abrasco.org.br/site/gtra-cismoesaude/2021/04/01/os-negros-nas-listas-de-obitos-e-os-ultimos-na-fila-da-imunizacao-artigo-de-marcia-pereira-alves-dos-santos/>>. Acesso em: 03/06/2021.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE MEDICINA DE FAMÍLIA E COMUNIDADE. GT de Saúde da População Negra: **Manifestação sobre ausência de dados de Covid-19 desagregados por raça/cor**. Rio de Janeiro, 30 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.sbmfc.org.br/noticias/gt-de-saude-da-populacao-negra-manifestacao-sobre-ausencia-de-dados-da-covid-19-desagregados-por-raca-cor/>>. Acesso em: 26/05/2021.

SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SOUZA, M. de F. M. de. **A desigualdade em saúde: a importância do quesito raça/cor nos sistemas de informação** (Artigo de Opinião). Nexo Jornal. Disponível em: <<https://pp.nexojornal.com.br/opinio/2020/A-desigualdade-racial-em-sa%C3%BAdede-a-import%C3%A2ncia-do-quesito-ra%C3%A7acor-nos-sistemas-de-informa%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 03/06/2021.

IMPACTOS DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: UM ESTUDO DE CASOS

IMPACTS OF THE CORONAVIRUS PANDEMIC ON
ADMINISTRATIVE CONTRACTS: A STUDY OF CASES

Anna Luisa Lotti Vasconcellos¹

Fernanda Cerqueira Nogueira²

Isabel Souza de Carvalho³

Isabella Akemi Nishio Graziadio⁴

Luiza Martinho Resende⁵

Data de Submissão: 28/03/2022

Data de Aceite: 20/06/2022

Resumo: O presente artigo buscou, a partir de um estudo bibliográfico envolvendo tanto pesquisa doutrinária quanto análises casuísticas, verificar a existência e a possível extensão de impactos da pandemia do coronavírus sobre os contratos administrativos celebrados, precisamente casos emblemáticos que ocorreram durante o epicentro do COVID-19 (ano de 2020). A relevância da análise evidencia-se, sobretudo, em função da necessidade de debate acerca dos efeitos de uma crise pandêmica ainda prevalente e sem precedentes equiparáveis na história recente e a verificação da atuação da Administração Pública frente à uma situação inesperada. Assim, foram utilizados casos contratuais, esmiuçados a partir de uma abordagem conceitual e legislativa do Direito brasileiro contemporâneo. Ao longo da pesquisa, foram identificadas as seguintes

1 Graduada do curso de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). E-mail: annaluisalotti@gmail.com.

2 Graduada do curso de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). E-mail: nandacn.fcn@gmail.com.

3 Graduada do curso de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). E-mail: isabelsdecarvalho@gmail.com. Ex-monitora de Políticas Públicas e Inclusão Social (FND-UFRJ/2022) e monitora de Direito Constitucional III (FND-UFRJ/2022).

4 Graduada do curso de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). E-mail: graziadioisabella@gmail.com. Monitora de Direito do Trabalho I (FND-UFRJ/2022).

5 Graduada do curso de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). E-mail: luizamartinhor@gmail.com. Ex-monitora de Direito Penal III (FND-UFRJ/2020-2021).

conjunturas: (i) a incidência de maior atuação estatal; (ii) a adoção dos conceitos de força maior e fato do príncipe como norte; e (iii) a possibilidade de descumprimento das obrigações contratuais por parte do particular e o direito desse contratado à readequação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Palavras-chave: Pandemia do coronavírus. Contratos administrativos. Teoria do fato do príncipe. Força maior.

Abstract: This article sought, from a bibliographic study involving both doctrinal research and case-by-case analyses, to verify the existence and possible extent of impacts of the coronavirus pandemic on signed administrative contracts. The relevance of the analysis is evident, above all, due to the need for debate about the effects of a pandemic crisis that is still prevalent and without comparable precedents in recent history. Therefore, contractual cases were used, detailed from a conceptual and legislative approach of contemporary Brazilian law. During the research, the following situations were identified: (i) the incidence of greater State action; (ii) the adoption of the concepts of force majeure and fact of the prince as a guide; and (iii) the possibility of breach of contractual obligations by the individual and the right of the contractor to readjust the economic-financial balance of the contract.

Keywords: Coronavirus pandemic. Administrative contracts. The Prince's Fact Theory. Force majeure.

1. INTRODUÇÃO

O ano de 2020, marcado na história pela pandemia do coronavírus, trouxe consigo inúmeras questões sem precedentes ao redor do globo, sobretudo no âmbito jurídico. Conquanto a menção da perda lastimável de inúmeras vidas e dos demais incontáveis efeitos sociais decorrentes dessa situação pandêmica sejam fatos merecedores de maior destaque do que tão somente um breve reconhecimento no bojo de um artigo acadêmico, a presente análise casuística atém-se ao cenário de aplicação do Direito, com destaque ao cenário do Direito Administrativo. Sob essa perspectiva, conforme nos apresentam Augusto Dal Pozzo e Márcio Cammarosano:

O evento pandêmico, causado pela Covid-19, provocou uma série de questões jurídicas, sendo necessário uma interpretação adequada dos seus contornos para que se possa buscar clarividência hermenêutica, de forma que os aplicadores do direito manejem com segurança os institutos próprios do Direito Administrativo levando em consideração esse complexo cenário, evitando distorções que somente prejudicam a enorme gama de interesses públicos envolvidos.⁶

De um modo geral, os aplicadores do Direito conhecem os caminhos necessários para lidar com situações imprevistas, mas colocá-lo assim não significa que esse feito seja simples na prática. Nesse sentido, não é sempre possível encontrar expressamente na Lei, ou mesmo na Jurisprudência, as regras a reger cada tomada de decisão, especialmente em se tratando de uma situação tão singular quanto a atual.

O surto de coronavírus nesse espectro global, como ocorreu, e continua a perdurar, não era algo a ser inteiramente previsto quando se iniciava o ano de 2020. A incalculabilidade de seus efeitos a curto e a longo prazo para a economia, a política, a vida social das nações e, conseqüentemente, o Direito, faz com que esse fenômeno não possa ser considerado, dentro do âmbito contratual jurídico, outra coisa senão caso fortuito ou de força maior.⁷

Sob esse viés, em meio aos diversos problemas a serem enfrentados neste contexto pandêmico, encontra-se notoriamente a necessidade de redimensionamento dos contratos – para os fins de estudo aqui propostos, especificamente os celebrados com a Administração Pública –, em que pese a ausência de uma certeza

6 DAL POZZO, Augusto Neves; CAMMAROSANO, Márcio. **As Implicações da Covid-19 no Direito Administrativo**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 5.

7 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 615.

sobre o futuro. Em sendo assim, os contratos administrativos revelam duas facetas de supra importância na conjuntura hodierna, sendo elas: o possível descumprimento das obrigações contratuais por parte do particular e o direito desse contratado à readequação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, notadamente naqueles em que parte da remuneração é advinda do pagamento de tarifas, preços públicos ou demais valores decorrentes da exploração de bem público.

Dessa sorte, o intuito desta análise não é eximir a Administração Pública ou os seus pares de atuar diante das circunstâncias supracitadas, mas antes ressaltar a inesperada dinâmica à qual os contratos públicos tornaram-se submetidos e, para tanto, destacar o trajeto até então sem precedentes que os aplicadores do Direito precisaram trilhar, de modo a garantir uma aplicação justa e condizente da Lei à realidade do momento pandêmico. Nesse diapasão, seguindo a linha que Ricardo Marcondes Martins adota em seu artigo sobre contratos administrativos, ao mencionar como a sociedade de consumo exigiu dos juristas uma adaptação àquela realidade⁸, é possível afirmar que os tempos atuais também exigem uma releitura do Direito e um ajuste, não só dos aplicadores da Lei, mas igualmente daqueles envolvidos nos contratos celebrados com a Administração Pública, a essa nova conjuntura pandêmica.

2. AS MEDIDAS RESTRITIVAS ADOTADAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM DECORRÊNCIA DA COVID-19 E A TEORIA DO FATO DO PRÍNCIPE

Embora o primeiro caso de coronavírus tenha sido registrado já em dezembro de 2019, a doença começou a ganhar destaque e notoriedade no mundo como um todo sobretudo em fevereiro do ano de 2020, quando o número de infectados começou a crescer consideravelmente na Europa, de modo que ganhou destaque a exponencialidade de seu contágio. Com isso, a Organização Mundial da Saúde foi instada a declarar oficialmente a pandemia em 11 de março, exigindo dos Estados-nações ação urgente e agressiva contra a propagação da doença.

Conforme novos casos foram surgindo no Brasil, as autoridades políticas e os entes federativos se mantinham atentos e, de certa forma, preparados para adotar medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Sob essa perspectiva, em decisão monocrática na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 672, de 8 de abril de 2020, o Supremo Tribunal Federal (STF) garantiu aos governos estaduais e municipais a competência para adotar medidas restritivas durante a pandemia, no

8 MARTINS, Ricardo Marcondes. Contratos Administrativos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, 2009, p. 5.

âmbito de seus territórios, após resistência da União em apoiar a adoção das mesmas.

A medida do STF, por sua vez, provocou o surgimento de inúmeros atos administrativos que limitaram o exercício de direitos na esfera privada. Apesar de intensificadas nos meses de março e abril, as medidas para enfrentamento do novo coronavírus já tinham seu molde traçado, como espelho das recomendações da Organização Mundial da Saúde, na Lei nº 13.979, com destaque para o seu art. 3º, que dispõe acerca de diversas providências para o enfrentamento da crise.

Todas as medidas elencadas no referido dispositivo legal demonstram o caráter urgente e grave do coronavírus ao adentrar e se espalhar pelo território brasileiro, sujeitando Estados e Municípios a adotarem restrições de princípios básicos da democracia, como a liberdade de locomoção – de ir e vir – e de reunião, limitações estas que só se mostram possíveis em face do estado de calamidade pública decretado em decorrência da crise sanitária. Ainda nesse diapasão, a necessidade de isolamento social gerou também outras consequências notáveis, tais quais o cancelamento aulas do ensino básico ao ensino superior, a obrigação imposta a empresas e escritórios a adotarem uma modalidade remota e virtual de trabalho e a paralisação do comércio como um todo, com permissão de operação apenas para as modalidades essenciais de serviços públicos e privados no dia a dia social – estando estes bem detalhados no artigo 3º-J, § 1º da Lei 13.979.

Como a economia de um país depende de constantes trocas econômicas, monetárias e de crédito entre indivíduos, o necessário freio do convívio social provocado pela pandemia do coronavírus desestabilizou o país como um todo, com trabalhadores independentes e empresas de diversos setores econômicos, sem muitas fontes de base e auxílios, fechando portas ou dependendo de ações assistenciais do Poder Estatal para evitar este fim.

Não obstante, para além dessas medidas, vale mencionar também alguns dispositivos da Lei nº 8.666/93, que regulamentou e instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública, os quais foram afetados pelas medidas de prevenção da Covid-19. Nesse sentido, o artigo 65, inciso II, alínea ‘d’, da Lei em questão prevê uma modalidade de revisão e alteração contratual, da mesma forma que o artigo 78, inciso XVII, dessa mesma Lei prevê uma modalidade de rescisão contratual, ambos relacionados a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, conceitos melhor destrinchados mais a frente.

Outrossim, a Lei 14.010/2020 instituiu o chamado Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19), que trouxe previsões de rescisão, resolução

e revisão de contratos relativos a diversas matérias, como locação de imóveis até o usucapião.

Nesse ínterim, no que tange à matéria de contratos administrativos, conforme salienta o Professor Hely Lopes Meirelles, há causas justificadoras da inexecução do contrato – a chamada teoria da mutabilidade dos contratos administrativos. Dessa forma, quando ocorrem eventos extraordinários, imprevistos e imprevisíveis, onerosos, retardadores ou impeditivos da execução do contrato, a parte atingida torna-se liberada dos encargos originários e o ajuste deve ser revisto ou rescindido.⁹ Assim, são fatos supervenientes, provenientes de circunstâncias exteriores ou da própria Administração que interferem na execução do contrato administrativo: teoria da força maior, teoria da imprevisão, teoria do fato do príncipe¹⁰. No entanto, não há um consenso na doutrina, de modo que há autores que inclusive acrescentam o caso fortuito, fato da administração, alteração unilateral do contrato, estado de perigo, lesão e interferências imprevistas (que não se confundiria com outras eventuais superveniências, pois estas sobrevêm ao contrato), como causas justificadoras de inexecução – estas três últimas corroboradas pelo próprio Hely Lopes Meirelles.

A respeito da força maior, trata-se de um evento humano que, tendo em vista sua imprevisibilidade e inevitabilidade, acaba criando para o contratado impossibilidade intransponível de regular a execução do contrato.¹¹ Todavia, a doutrina diverge quanto a este conceito e o caso fortuito. Apesar disso, vem sendo corrente no entendimento doutrinário a tese de que o impedimento resultante de força maior ou de caso fortuito é todo e qualquer obstáculo intransponível à realização do ajuste, e não apenas obstáculo físico.¹²

A teoria da imprevisão, por sua vez, decorre de fatos imprevisíveis que impedem a execução regular do contrato, não tendo relação com a conduta culposa, nem com a culpa *stricto sensu*, ou mesmo com o dolo de nenhuma das partes. Nesse sentido, o *caput* do artigo 479 do Código Civil prevê que a resolução do contrato pode ser evitada caso se chegue a um acordo e a parte que restou prejudicada possa equitativamente se equilibrar. Essa teoria está na álea econômica, ou seja, é todo

9 MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE, Carla Rosado; BURLE, José Emmanuel Filho. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 267.

10 CRETILLA JÚNIOR, José. Teoria do “fato do príncipe”. **Editora FGV**, Rio de Janeiro, n. 75, p. 23-30, jan./mar., 1964, p. 25.

11 MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE, Carla Rosado; BURLE, José Emmanuel Filho. *Op cit.*, p. 268.

12 *Ibidem*, p. 269.

acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que ocasiona um desequilíbrio muito grande, de tal forma que torna a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado, e se assemelha à aplicação da antiga cláusula *rebus sic stantibus* – que significa que a convenção não permanece em vigor se as coisas não permanecerem¹³.

Ainda nesse diapasão, a teoria do fato do príncipe, construída pelo Conselho de Estado francês – órgão de cúpula da jurisdição administrativa na França –, nada mais é que “toda determinação estatal, positiva ou negativa, geral, imprevista e imprevisível, que onera substancialmente a execução do contrato administrativo”. Além disso, significa igualmente que a Administração não pode causar danos a seus administrados ou contratados, mesmo que em prol da coletividade, e caso isso ocorra, surge, conseqüentemente, o dever de indenizar.¹⁴ Nesse ínterim, o fato do príncipe, previsto no artigo 65, inciso II, alínea ‘d’, da Lei 8666/93 é uma medida estatal – ou seja, da Administração Pública –, que pode ser ato administrativo ou lei, de caráter geral, não relacionada diretamente ao contrato, mas que tem repercussão nesse, inclusive podendo ser uma medida tomada por outro ente federativo. O termo príncipe remete a Estado, no sentido de que o Estado toma uma medida mesmo que seja esta pertencente a outro ente federativo, de modo que isso repercutirá naquele determinado contrato. Dessa forma, o Professor José Cretella Júnior afirma que há três condições para que se verifique fato do príncipe, sendo eles:

1. um contrato em que a Administração seja parte;
2. medida de poder público (lei, regulamento, decisão executória especial), cujo efeito rompe o equilíbrio do contrato;
3. elemento de imprevisão, entendido no sentido seguinte: se a medida de poder público intercorrente estivesse nas previsões das partes, no ato de contratar, não há possibilidades de indenização, no momento em que se realiza.¹⁵

Outrossim, a teoria do fato do príncipe possui duas características. Ela é considerada uma atuação lícita, uma vez que exige do agente a respectiva competência para exercer o ato de poder de forma regular e normal, e possui caráter extracontratual, isto é, gera-se uma responsabilidade civil contratual por fato extracontratual da Administração. Nesse sentido é que figura o entendimento, uma vez mais, de

13 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 612-613.

14 MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE, Carla Rosado; BURLE, José Emmanuel Filho. Op cit., p. 270.

15 CRETILLA JÚNIOR, José. Op cit., p. 26.

Cretella Júnior¹⁶. Entretanto, vale destacar que, quanto à responsabilidade, diverge, por exemplo, Di Pietro¹⁷, eis que esta entende ser, na verdade, uma responsabilidade extracontratual.

Não obstante ao pouco aprofundamento por parte da doutrina a respeito da teoria, a parte majoritária parece concordar que deve haver um efeito direto entre a causa da perturbação e a medida estatal. Desse modo, somente se caracteriza enquanto fato do príncipe se demonstrado nexo de causalidade entre a medida tomada e a perturbação da economia do contrato e comprovado que a tal perturbação tornou impossível concretizar o que se pactuou.

Ademais, ressalte-se que não se pode confundir o efeito direto com individualização, tendo em vista que, mesmo como medida de caráter geral, pode acarretar em consequências diretas no contrato. O fato do príncipe, por sua vez, teria ainda mais dois efeitos, em que pese serem estes aspectos considerados discutíveis pelos administrativistas. Um desses efeitos seria a especialidade do dano, de modo que só seriam indenizáveis danos que prejudicarem um ou alguns indivíduos – conforme sustentado por Marçal Justen Filho¹⁸ – e o outro, o efeito significativo, uma vez que o particular não tem a obrigação de suportar os prejuízos decorrentes da modificação do contrato, consoante ao corroborado por Hely Lopes Meirelles.¹⁹

Dessa sorte, compreende-se que os critérios elencados pelo Cretella Júnior para a caracterização do fato do príncipe são problemáticos, haja vista que podem desencadear restrições e, sendo assim, não seriam abarcados casos em que o efeito não é especial ou significativo.²⁰ Destarte, alguns autores preferem adotar requisitos com base na própria Lei 8666/93. Nesse sentido é que Fernando Vernalha Guimarães²¹, por exemplo, afirma que os critérios estariam elencados no próprio artigo 65, inciso II, alínea ‘d’, da Lei mencionada.

Sendo assim, a teoria do fato do príncipe se diferencia da teoria da imprevisão, pois, enquanto a primeira decorre de uma prerrogativa pública e representa um

16 Ibidem, p.34.

17 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op cit., p. 614.

18 JUSTEN FILHO, Marçal. Op cit., p. 507-510.

19 MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE, Carla Rosado; BURLE FILHO, José Emmanuel. Op cit., p. 273.

20 GASIOLA, Gustavo Gil. O fato do príncipe no sistema de tutela dos contratos administrativos. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Ribeirão Preto. v. 1, n. 1, 2014, p. 73-76.

21 GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A recomposição da equação econômico-financeira do contrato administrativo em face do incremento dos encargos salariais. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, n.21, 2010, p. 5-6.

ato da Administração a incidir sobre as obrigações do contratado, correspondente à álea administrativa, na segunda, o fato é imprevisto tanto para o Poder Público quanto para o particular, além de o prejuízo afetar a álea econômica.²² Já o fato da administração, por outro lado, apesar de também afetar a álea administrativa, corresponde a toda ação ou omissão do Poder Público que incide direta e especificamente sobre o contrato, retardando ou impedindo sua execução.²³

Elencadas as medidas restritivas e a teoria do fato do príncipe, torna-se fulcral entendermos a associação entre esses dois elementos. Pode-se afirmar, nesse sentido, que a pandemia é considerada uma hipótese de caso fortuito e de força maior, posto que não há consenso doutrinário sobre a distinção desses dois institutos. Ao adotarmos como referencial teórico o civilista Carlos Roberto Gonçalves²⁴, torna-se possível considerar a pandemia como força maior, derivada, portanto, de força da natureza, apesar de ter influência humana, pois, como apontam pesquisadores e inclusive autoridades médicas da China, o primeiro paciente diagnosticado com coronavírus foi infectado muito provavelmente ao comer morcego ou um pangolim – fruto do chamado mercado de animais vivos e do costume, ainda que de parte minoritária da população da China, de consumo de animais silvestres.

Assim, tais medidas concretizadas possuem repercussão nos contratos e, por conseguinte, rompe-se o nexo de causalidade para efeito de responsabilidade, afastando a responsabilidade civil do Estado. Entretanto, do contexto pandêmico da Covid-19 surgiram atos praticados por medidas de cunho geral, por exemplo, o *lockdown*, a quarentena e o distanciamento.

Destarte, essas medidas restritivas podem ser classificadas como fato do príncipe e configuram-se como causas de abalo da equação econômico-financeira. Portanto, elas podem provocar evidente repercussão em contratos administrativos e a impossibilidade da continuidade de determinada atividade empresarial, de tal

22 CUNHA, Thadeu Andrade da. A teoria da Imprevisão e os Contratos Administrativos. **Revista de Direito Administrativo da Faculdade Getúlio Vargas (FGV)**, Rio de Janeiro, v. 201. 1995, p.42.

23 MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE, Carla Rosado; BURLE FILHO, José Emmanuel. Op cit., p. 269.

24 O Professor Carlos Roberto Gonçalves conceitua caso fortuito e força maior da seguinte maneira: a expressão caso fortuito é empregada para designar fato ou ato alheio à vontade das partes, ligado ao comportamento humano ou ao funcionamento de máquinas ou ao risco da atividade ou da empresa, como greve, motim, guerra, queda de viaduto ou ponte, defeito oculto em mercadoria produzida etc. E força maior para os acontecimentos externos ou fenômenos naturais, como raio, tempestade, terremoto, fato do príncipe (*fait du prince*) etc. (2019, p. 385.)

forma que incube o dever de indenizar desde que comprovado o efeito direto entre estas medidas e o desequilíbrio.

2.1. FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO VERSUS APEXFIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA

Como disposto por Diogo de Figueiredo, cabem, na categoria de força maior, as hipóteses gerais, clássicas da vis major, como sejam as epidemias, greves, revoluções, guerras e cataclismos, ou seja, os acontecimentos imprevisíveis, ou aqueles que, embora previsíveis, estejam além das possibilidades de vir a ser evitados por qualquer das partes²⁵. Dessa forma, a pandemia do coronavírus, sendo considerada força maior, teve grande repercussão nos contratos privados e administrativos, gerando o rompimento do nexo de causalidade para efeito de responsabilidade objetiva, uma vez que a imposição das medidas analisadas foi motivo de prejuízo econômico considerável para a maioria dos cidadãos, empresas e outras formas de sociedade, e, conseqüentemente, pôde ser justificada como razão para o inadimplemento de algumas obrigações contratuais, analisados caso a caso.

Aqui, portanto, vale trazer um deles, o Agravo de Instrumento (AI) nº 300259438.2020.8.26.0000/SP, julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo, o recurso buscava reverter decisão que, nos autos da execução fiscal por débito de ICMS ajuizada em face de Apexfil Indústria e Comércio LTDA, deferiu a liminar para liberar os valores penhorados sob o fundamento de que o bloqueio dessa magnitude poderia gerar consequências avassaladoras à Executada. Por meio de requerimento de uma tutela de urgência, a Empresa adquiriu liminar para a liberação dos valores bloqueados e a suspensão do processo por 120 dias, após admitidos seus argumentos sobre a devastação da economia das empresas pela pandemia da Covid-19. Como fundamento de seu pedido de tutela de urgência, a Agravada baseou-se na já tão mencionada “teoria do fato do príncipe”, ou seja, medidas gerais da Administração, não relacionadas a um dado contrato administrativo, mas que nele têm repercussão, eis que provocam um desequilíbrio econômico-financeiro em detrimento do contratado.

Ora, tornou-se de conhecimento geral que os efeitos da pandemia na economia global foram destrutivos. No entanto, a admissão de argumentos baseados nas medidas adotadas pela Administração Pública como detritivas para a parte privada, a fim de evitar a perda de direitos ou patrimônios, não deve englobar a totalidade dos casos, sendo estes analisados de acordo com suas particularidades.

25 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 588.

A decisão do magistrado no caso em questão foi a de que a arguição de ocorrência deveria ser afastada, uma vez que não guarda relação com o caso dos autos. Veja-se que eventual ocorrência de “fato do príncipe” não deu origem à crise financeira atual, tendo em vista que as medidas tomadas no combate à Covid-19 não derivam de arbitrariedade estatal, mas sim, revelam a reação do Estado de São Paulo a uma pandemia de proporções globais, transcendendo ao plano meramente econômico. No mais, segundo o julgador, a Agravada não comprovou a impenhorabilidade do valor bloqueado, parcelamento do débito ou qualquer outra garantia à presente execução fiscal, de forma que não era, de fato, o caso de acolhimento do pedido de desbloqueio.

Por todo o exposto, ausentes os requisitos legais, a decisão agravada foi reformada para indeferir o pedido de desbloqueio da verba pleiteada pela Apexfil Indústria e Comércio LTDA, concluindo pelo provimento ao recurso feita pela Agravante Fazenda do Estado de São Paulo. Nesse caso, entendeu-se, ademais, como o adimplemento da dívida em favor da agravante provavelmente contribuiria significativamente para amenizar as consequências da pandemia assinalada pelo Poder Público, tornando este, portanto, o melhor entendimento para a solução do caso.

3. CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

A concessão de serviço público é um instrumento que opera a delegação desse serviço, isto é, a sua execução indireta. A titularidade continua sendo do Estado, mas a execução passa a ser, normalmente, por entidade privada. Não há um prazo definido na lei para a concessão, este varia dependendo das circunstâncias. Isso porque, ao se estabelecer o prazo, realiza-se uma análise da equação econômico-financeira ao longo daquele tempo, de forma que seja atrativa para a iniciativa privada, e isto vai ocorrer desde que haja previsão de lucro. O artigo 2º, inciso II, da Lei 8.987/95 prevê que concessão é “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”.

Dentre tantas outras características, destaca-se uma no presente trabalho, dada a sua importância para a sustentação da decisão do caso a ser abordado a seguir. Nesse ínterim, cabe ressaltar que o concessionário tem direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, haja vista que diante de situações imprevisíveis, o ônus não pode recair apenas para uma das partes. Nas palavras de José Carvalho:

Quando pactuam, as partes implicitamente pretendem que seja mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Desse modo, o efeito principal desse verdadeiro postulado contratual é o de propiciar às partes a oportunidade de restabelecer o equilíbrio toda vez que de alguma forma mais profunda for ele rompido ou, quando impossível o restabelecimento, ensejar a própria rescisão do contrato.²⁶

3.1. VIAÇÃO MONTES BRANCOS LTDA VERSUS MUNICÍPIO DE ARARUAMA (RJ)

Em virtude das consequências causadas pela pandemia da Covid-19, a concessionária Viação Montes Brancos LTDA precisou diminuir as linhas e a frequência de seus ônibus e, por isso, requereu a suspensão da decisão do Desembargador Paulo Sérgio Prestes dos Santos, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), que, na Apelação Cível n. 0009681-76.2013.8.19.0052, concedeu liminar para determinar que a requerente retome a prestação do serviço de transporte público de ônibus na integralidade dos percursos e horários previstos no contrato de concessão assinado com o Município de Araruama (RJ).

A gravidade da pandemia do novo coronavírus ensejou diversas situações e atos do Poder Público que causaram efeitos na sociedade como um todo. Dessa forma, o impacto foi tamanho a ponto de prejudicar diretamente a atuação de diversos setores, causando prejuízos nunca antes vistos. Esse cenário fez com que essa conjuntura pudesse ser encaixada no que está previsto no artigo 65, inciso II, alínea 'd', da Lei 8.666/93, que trata das situações que caracterizadas como caso fortuito, força maior e fato do príncipe.

Sobre a equação econômico-financeira e as causas de abalo da equação, a pandemia em si pode ser considerada uma hipótese de força maior, ainda que com influência humana, eis que há indícios que ela tenha começado nos chamados mercados de animais vivos da China. Sendo considerada dessa forma, entende-se que o evento pandêmico repercutiu sobre os contratos e rompeu o nexo de causalidade para efeito de responsabilidade. Entretanto, os atos praticados por medidas estatais, como o isolamento social, podem ser classificados como fato do príncipe.

Como bem observa Rafael Wallbach Schwind:

Trata-se, portanto, de situação de gravidade peculiar, que não pode ser enquadrada como caracterizadora de risco ordinário. A crise instaurada tem diversos efeitos nocivos em face das concessionárias. Atos estatais

26 FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 34^a ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 396-397.

podem eles próprios contribuir para gerar efeitos que afetam os contratos de modo direto e com grande intensidade. Mas os impactos sobre a concessão transcendem as consequências diretas de atos estatais e podem resultar de condutas baseadas em uma percepção social de insegurança ou de medidas preventivas ou corretivas que as concessionárias se vejam compelidas a adotar, por uma variedade de razões.²⁷

Em um momento de muita incerteza e medo, é difícil averiguar quais atos estatais são coerentes e proporcionais e quais não são. Mesmo diante da continuidade da pandemia, ainda assim é difícil saber se as decisões tomadas foram as mais corretas. O artigo 3º da Lei 13.979 de 2020, que trata de isolamento social, diz em seu §1º que:

As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública.²⁸

Desse modo, é importante ressaltar que mesmo se considerarmos que todos esses critérios foram cumpridos, esse fato não exclui a interferência estatal sobre as concessões e, portanto, a concessionária tem o direito de recomposição ao equilíbrio original. Nas palavras de Schwind:

Se mesmo atos estatais válidos e razoáveis geram direito ao reequilíbrio por afetar de modo imprevisível ou irresistível a economia da concessão, o direito à recomposição tem fundamentos adicionais nos casos de atos estatais que desbordem dos limites normativos e atinjam a concessão de modo desproporcional, exagerado ou infundado.²⁹

Esse ponto é importante, pois, no Brasil, as medidas de isolamento social foram duras e perduraram por muito tempo. Somente o essencial podia funcionar e, como consequência, mais pessoas perderam seus empregos e outras passaram a praticar o *home office*. O intuito não é a crítica o isolamento ou a forma como ele fora executado, uma vez que, como dito anteriormente, só o tempo e a ciência indicarão quais seriam as melhores decisões. O importante é frisar que, inegavelmente, esses atos do Estado impactaram diretamente na quantidade de pessoas que usam o trans-

27 JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar; et al. **Covid-19 e o Direito Brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, 2020, p.61-62.

28 BRASIL. **LEI Nº 13.979, DE 6 DE FEVEREIRO DE 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

29 JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar; et al. Op cit., p.63-64.

porte público diariamente. Ora, se a demanda cai bruscamente e os custos permanecem os mesmos, não aparenta ser justo a concessionária Viação Montes Brancos LTDA arcar com todo esse prejuízo que, de uma forma ou de outra, ela não desejou e não contribuiu para que acontecesse. Seria utópico afirmar que permanecer com toda a frota normal diante desse cenário seria o mais correto a se fazer.

Conforme consta da suspensão de liminar e de sentença nº 2969/RJ, pelo STJ:

Com efeito, em razão da pandemia, registra-se em todo o território nacional acentuada redução do número de pessoas que fazem uso do transporte público, o que implica imediata e brutal queda da receita aferida pelas concessionárias, de modo que proibir a readequação da logística referente à prestação do referido serviço público implicará desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, passivo que poderá eventualmente ser cobrado do próprio erário municipal.³⁰

O Parecer nº 261/2020 da Advocacia Geral da União (AGU) corroborou a tese de que a pandemia do novo coronavírus deve ser considerada como evento de força maior e, dessa forma, justifica o reequilíbrio dos contratos de concessão. Essa decisão foi fundada na Teoria da Imprevisão e no artigo 37, XXI da Constituição Federal, ambos reconhecidos, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), como causas de reequilíbrio dos contratos administrativos, já que eventos desse tipo rompem o nexo de causalidade, abalam o contrato e prejudicam a equação, que pode ser recomposta ou rescindida. Nesse diapasão, José Carvalho expõe que:

O fundamento da teoria da imprevisão é o princípio da cláusula rebus sic stantibus, segundo o qual o contrato deve ser cumprido desde que presentes as mesmas condições existentes no cenário dentro do qual foi o pacto ajustado. Mudadas profundamente tais condições, rompe-se o equilíbrio contratual, e não se pode imputar qualquer culpa à parte inadimplente.³¹

Portanto, foram e continuam sendo necessárias soluções que sejam compatíveis com os severos impactos causados pela pandemia na rotina da economia do país. A concessionária não poderia ser obrigada a manter serviços deficitários ou inúteis sem a contrapartida necessária. O poder público pode até manter serviços economicamente inviáveis, desde que arque com o ônus dessa decisão. Todavia, em casos extremos de omissão do Poder Público, sob cautela, a concessionária pode

30 BRASIL. STJ. **SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA Nº 2696 - RJ (2020/0091341-2)**. Relator: Ministro Presidente do STJ. DJ: 28/04/2020.

31 FILHO, José dos Santos Carvalho. Op cit., p.417.

suspender unilateralmente a prestação de serviços. Assim, ainda que haja a importante missão de resguardar a continuidade do serviço, é essencial que o Município de Araruama contribua para o reequilíbrio desse contrato, a fim de garantir, ao mesmo tempo, o interesse da população e a viabilidade dos serviços da concessão.

Diante dessas circunstâncias, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a concessionária pode readequar sua oferta de linhas e horários às circunstâncias da pandemia. A finalidade da suspensão dessa liminar é recompor o equilíbrio e, portanto, preservar a continuidade do serviço, pois essa continuidade não significa apenas a não interrupção, e sim o seu equilíbrio contínuo, que, no caso exposto, foi prejudicado em virtude das consequências da Covid-19 na prática. Por isso, essa sentença foi um precedente fundamental para garantir o equilíbrio das concessões no contexto da pandemia.

4. CONTRATOS DE CONCESSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO

Na conjuntura hodierna, mediante o ainda persistente cenário pandêmico causado pela disseminação da Covid-19, a necessidade de redimensionamento dos contratos celebrados com a Administração Pública figurou enquanto destaque no meio jurídico. Nesse ínterim, dois aspectos relacionados aos contratos administrativos adquiriram certo destaque: a possibilidade de descumprimento das obrigações contratuais por parte do particular, em face das dificuldades da realidade conturbada, e o direito desse contratado à readequação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, notadamente naqueles em que parte da remuneração é advinda do pagamento de tarifas, preços públicos ou demais valores decorrentes da exploração de bem público, como é o caso da concessão de uso de bem público.

Em termos gerais, é sabido que o contrato de concessão de uso de bem público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública faculta a terceiros a utilização privativa de bem público, para que a exerça conforme a sua destinação.³² Nessa linha, esse tipo de contrato administrativo representa uma figura notória ao longo do território nacional. Para o que se pretende abordar neste tópico, o enfoque se direciona aos aeroportos, em que a Administração costuma conceder o uso, de forma onerosa, de áreas públicas a certos particulares interessados.

4.1. L&B INDÚSTRIA DO VESTUÁRIO EIRELI VERSUS INFRAERO

Entre as concessões públicas, os empreendimentos localizados dentro de aeroportos foram talvez uns dos que mais sofreram – e continuam a sofrer – diante da

32 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op cit., p. 689.

pandemia. Com fronteiras fechadas, voos cancelados e aeroportos majoritariamente vazios, não havia comércio passível de sustentação, sobretudo aqueles não inseridos no escopo de serviço essencial. Dessa sorte, ainda em março de 2020, a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) formulou uma proposta aos lojistas de aeroportos para mitigar os efeitos econômicos advindos do evento pandêmico. Entre as medidas previstas, figuravam o desconto de cinquenta por cento nos valores de aluguéis mensais, o adiamento de cinco meses do pagamento das mensalidades de maio e junho e a prorrogação do prazo contratual referente ao período de isolamento social. Alguns empresários, entretanto, não consideraram a oferta satisfativa, de modo que alguns optaram por recorrer ao Poder Judiciário, como é o caso da Empresa Individual L&B Indústria do Vestuário, a ser abordado a seguir.

O caso em questão³³ se trata de pedido de suspensão de contrato administrativo celebrado entre a empresa pública federal que administra e explora um espaço público e o empresário privado, que aceitou o contrato de concessão de uso de área a ser explorada em aeroporto nacional. Em origem, cuida-se de ação ordinária promovida por L&B Indústria do Vestuário Eireli em face da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), pleiteando a concessão de tutela de urgência, a fim de determinar a suspensão imediata do contrato de concessão de uso de área pactuada com a Infraero, o que incluía a suspensão da exigibilidade de pagamento de qualquer contrapartida financeira em razão do uso da área, até que cessado o estado de calamidade pública e a sua loja fosse reaberta. Ademais, o pedido incluía também o pagamento de montante referente ao cálculo proporcional de dias que a loja esteve aberta na competência do mês de março e o afastamento da incidência de encargos de mora e penalidades contratuais porventura calculadas no período, assim como o impedimento de realização de ato de protesto da dívida, independentemente de caução.

Para tanto, a Autora afirmou que pactuou com a Ré contrato administrativo de concessão de uso de uma área com quinze metros quadrados, localizada no Aeroporto Internacional Alfonso Pena na cidade de Curitiba, Paraná, através do qual foi estipulada, como contrapartida do uso do espaço comercial, a remuneração através do pagamento de parcela fixa no valor de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), acrescida do montante adicional variável de 10% (dez por cento) calculado sob o faturamento bruto, auferido na operação mensal da loja da Autora, ali instalada.

Além disso, sustentou também a parte Autora que o ajuste contratual previa a possibilidade das partes, por meio de consenso escrito, ajustarem a equação

33 TRF-4. Agravo de Instrumento nº 5016877-77.2020.4.04.0000/PR.

econômica do contrato, restabelecendo o *status quo* da contratação para reequilíbrio econômico-financeiro entre as prestações devidas de parte a parte. Da mesma forma, alegou que a cláusula 34 do contrato celebrado estabelecia, de forma cristalina, o direito da Autora em optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que normalizada situação de calamidade pública.

Ora, considerando-se que o estado de calamidade pública foi reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6/2020, a concessionária não precisaria sequer se dirigir ao Judiciário, eis que o próprio contrato parece já estabelecer as regras nesse caso, de modo que estaria assegurado ao contratado a suspensão de suas obrigações a partir da decretação de 20 de março de 2020.

No que tange à possibilidade de reajuste da equação econômico-financeira do contrato, considere-se que equilíbrio econômico-financeiro ou equação econômico-financeira é a relação que se estabelece, no momento da celebração do contrato, entre o encargo assumido pelo contratado e a contraprestação assegurada pela Administração³⁴. Sob esse viés, observe-se que o Poder Concedente é uma empresa pública e que o contrato foi firmado sob a égide da Lei nº 8.666/93, a Lei Geral de Licitações. Dessa sorte, consoante ao artigo 65, inciso II, alínea d, dessa Lei, essa recomposição do equilíbrio econômico-financeiro é uma hipótese plausível, haja vista que esse dispositivo traz à baila a possibilidade de reequilíbrio dos contratos administrativos uma vez ocorridos fatos supervenientes de consequências incalculáveis ou imprevisíveis capazes de alterar a equação econômico-financeira do contrato.

Para além de toda a construção de embasamento presente ao longo deste trabalho, em relação aos contratos administrativos em execução, no geral, Marçal Justen Filho chama a atenção para a necessidade de consideração de caso fortuito ou de força maior. Nesse sentido, o autor destaca que os efeitos diretos e indiretos da pandemia podem configurar caso fortuito ou de força maior, conduzindo à alteração das condições contratuais originais ou à própria extinção dos contratos.³⁵ Ainda nesse sentido, ele remete à relação de causalidade, considerando ser indispensável evidenciar a relação de causalidade entre a pandemia e a impossibilidade ou maior onerosidade quanto à execução do contrato.³⁶

Nesse caso, há nexos causal direto entre o fato gerador da paralisação das atividades nos aeroportos em razão da pandemia e a venda de mercadorias no aeroporto na área cedida. Assim, a Infraero estaria vinculada à efetivação do princípio administrativo constitucional da legalidade, devendo, portanto, aplicar a norma com

34 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Op cit., p. 603.

35 JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar; et al. Op cit., p. 16.

36 Ibidem, p. 17.

o intuito de alcançar a reestruturação da álea econômica do contrato de concessão outrora firmado.

A Jurisprudência brasileira, por sua vez, já se manifestou nesse sentido, isto é, de possibilidade de reequilíbrio da equação econômico-financeira mediante a ocorrência de fato superveniente que interfira nessa harmonia, desde que, evidentemente, esse fato não se caracterize por culpa do particular. Com o cumprimento de certos requisitos, como uma avaliação inicial da equação econômico-financeira a fim de avaliar a elevação dos encargos em evento posterior a elaboração das propostas, e a existência de nexo causal entre o fato gerador e a consequência, pode configurar-se esse reajuste.

Veja, a pandemia que assola o cenário hodierno tornou impraticável a realização das atividades comerciais da parte Autora, posto que a prática do comércio nos aeroportos tornou-se insustentável quando da redução operacional das empresas aéreas. Houve, destarte, comprovada queda no faturamento da concessionária mediante a redução significativa do movimento de embarques e desembarques no aeroporto. Parece restar indubitável, portanto, a necessidade de reequilíbrio.

Sob esse ângulo, aponta Marçal Justen no sentido de aplicação direta dos princípios constitucionais aos contratos em curso. Nesse ínterim, o autor afirma que:

A disciplina jurídica dos contratos (inclusive em curso) deve ser submetida ao regime jurídico constitucional, de modo direto. As providências concretas a serem adotadas devem ser informadas pelos princípios da solidariedade e da isonomia. Não se admite o posicionamento de que prevalece o texto literal de um contrato, ignorando-se as circunstâncias concretas verificadas, que afetaram a existência, a rotina e os encargos de todos em sociedade. Cabe à sociedade suportar os efeitos econômicos nocivos da pandemia. Isso significa inclusive que os efeitos econômicos negativos relativamente à execução dos contratos administrativos em curso (e que vierem a ser mantidos) devem ser arcados pelo Estado – a quem incumbe promover a redistribuição desses encargos à sociedade.³⁷

A decisão em primeiro grau de jurisdição acenou no sentido do entendimento exposto. Assim, compreendendo-se constantes os requisitos da probabilidade do direito e do perigo de dano, deferiu-se em parte o pedido de antecipação de tutela requerida, a fim de determinar a suspensão do contrato comercial firmado pelas partes até o término do estado de calamidade pública e de garantir a não promoção,

37 JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar; et al. Op cit., p. 16.

pela Ré, de quaisquer medidas de cobrança ou de imposição de sanções no período de suspensão do contrato.

Em sede de agravo de instrumento, no entanto, a decisão foi reformada. Assim, deferiu-se efeito suspensivo ao agravo, para suspender os efeitos da decisão agravada, ressaltando-se ao Concessionário-autor a possibilidade de aderir à proposta de acordo ofertada anteriormente pela Infraero. Dessa sorte, o Poder Judiciário entendeu pela não desobrigação das obrigações contratuais de pagamento mensal da cessão da área e a realização de um acordo com o Poder Concedente, se assim a concessionária entendesse por bem.

Sob esse viés, a argumentação esboçada foi a de que a parte Autora teria, em tese, direito à rescisão unilateral do contrato – conforme o artigo 78, inciso XVIII, da Lei 8.666/93 – e à alteração consensual – vide artigo 65, inciso II, alínea d, da Lei 8.666/93 – do contrato firmado, desde que comprovasse situação concreta de força maior que impedisse a execução do contrato ou rompesse seu equilíbrio econômico-financeiro. Todavia, a concessionária não teria escopo legal para a pretensão de suspensão do contrato, uma vez que nem cláusulas contratuais, nem a legislação regente amparam essa posição ou mesmo conferem as vantagens pretendidas, de manutenção do contrato com dispensa do pagamento de aluguéis de remuneração no período de suspensão.

Outrossim, abordou-se também a conduta da Infraero diante desse cenário. Nesse sentido, sob o olhar do Tribunal, a empresa aeroportuária, ao oferecer solução amigável e negociada para disciplinar as turbulências havidas na relação contratual em decorrência da pandemia, mostrou-se faticamente proativa e colaborativa. Sua conduta estaria, portanto, em compatibilidade com os princípios da boa-fé e da função social dos contratos – no caso, protegendo a continuidade do serviço público e a liberdade econômica do empresário-concessionário. Para fins de decisão, a intenção da Infraero em empenhar-se na busca por uma solução conciliatória foi valorada positivamente no sentido de manutenção das posições contratuais das partes, a fim de evitar uma prematura intervenção judicial na questão – como, entretanto, deu-se em alguns casos, como o aqui em voga.

A despeito da decisão obtida por último, a situação exemplificada traz reflexões importantes, eis que os agentes públicos precisam reconhecer a impossibilidade de exigência das mesmas obrigações contratuais firmadas antes da pandemia. Vale ressaltar que, nesse caso, a Jurisprudência não tem sido unânime. Em decisão semelhante à examinada anteriormente, a Justiça Federal do Paraná suspendeu liminar que garantia a suspensão do contrato de uma empresa de bijuteria com a

Infraero para atuar no Aeroporto Afonso Pena, em Curitiba³⁸. Por outro lado, a 18ª Vara Cível de Recife proibiu, em sede de liminar, a Aeroportos Nordeste do Brasil tanto de cobrar faturas vencidas das empresas que operam no Aeroporto Gilberto Freyre, após a decretação do estado de calamidade pública em Pernambuco, o que ocorreu em 14 de março de 2020, quanto de protestar títulos ou negatizar as concessionárias³⁹

Em vista do exposto, resta esperar que os aplicadores – e, logo, protetores mor – da lei a façam valer levando em consideração não apenas o embasamento jurídico, como também o cenário social. Sendo assim, torna-se esperado – e necessário – também o esforço mútuo das partes, para que, imbuídas pela razoabilidade e boa-fé, busquem solucionar consensualmente os impasses eventualmente ocasionados, sem necessitar recorrer a um Judiciário já tão afogado por si. Significa dizer, portanto, que, em um cenário de auge da pandemia do Covid-19, deve prevalecer a busca pelo acordo amigável e negociado e, na hipótese de impossibilidade desse, que subsista, então, a observância aos preceitos legais numa interpretação condizente à realidade ao seu redor. Afinal, o Direito, em conformidade com a visão contemporânea, não pode ser alheio às questões sociais. A letra da lei, se não pode transformar-se em letra morta, tampouco pode ser aplicada sem atenção ao que a circunda.

5. CONCLUSÃO

Em face das peculiaridades do regime jurídico dos contratos administrativos, observou-se que a pandemia do coronavírus trouxe uma série de consequências para o âmbito do Direito, tendo seus efeitos provocado um verdadeiro questionamento sobre a maneira mais adequada dos celebrantes de contratos com a Administração Pública e a própria Administração em si se portarem e honrarem seus compromissos durante os tempos atuais.

Nesse ínterim, houve de se falar em questões como a do reequilíbrio da situação econômico-financeira dos contratos, a suspensão dos contratos e a teoria do fato do príncipe, numa clara busca em preservar conceitos basilares por trás da formulação dos contratos administrativos pactuados. Não obstante, a compreensão dos atos administrativos e das mudanças práticas que estas medidas restritivas trouxeram ao regular a nova realidade do país foram de suma relevância para propor-

38 TRF-4. RMC nº 5018252-65.2020.4.04.7000/PR.

39 NPU 0018675-76.2020.8.17.2002/PE.

cionar uma análise mais adequada e vigente das questões mencionadas nos estudos de caso.

Outrossim, com a peculiaridade da situação jurídica proporcionada pela pandemia, não há como negar a realidade inusitada a qual os aplicadores do Direito foram submetidos. Assim, se o evento pandêmico figurou enquanto um caso fortuito ou de força maior – a depender do entendimento – a alterar as condições contratuais originais⁴⁰, o mesmo também tornou evidente a constante necessidade dos operadores do direito se adaptarem às transformações da realidade. Nesse sentido, seguindo o pensamento de Marçal Justen⁴¹, torna-se possível aferir que as exigências da crise tornaram evidentes a necessidade de uma adaptação dos instrumentos já existentes no Direito na aplicação fática. Assim é que, nessa conjuntura, houve a edição de diversas inovações legislativas e regulamentas, em prol de produção de soluções compatíveis com a gravidade dos problemas enfrentados.

Em última análise, deve-se atentar para o fato de que não se trata de um incentivo à reformulação do Direito Administrativo, posto que este não deve ser considerado ultrapassado ou mesmo falho. Pelo contrário, esse ramo do Direito já foi e continua a ser testado, mostrando-se adequado a lidar com as situações que se apresentam, ainda que com certas alterações aqui e acolá. Trata-se, antes, de salientar a exigência, provocada pelo cenário díspar, de um ajuste, pelos juristas – e partes contratantes, no que lhes cabe –, do emprego das ferramentas já existentes no próprio Direito, a fim de atender às demandas propostas.

Não obstante, a análise no presente trabalho concerne igualmente à proposição, ainda que breve, de uma reflexão acerca do surgimento da pandemia. Há, hoje, por certeza que o início da propagação dessa doença viral se deu no contexto de comercialização de animais silvestres em mercados populares na China. Como deve ser, compreender o ponto originário de uma circunstância torna-se essencial para dirimir potenciais conjunturas semelhantes futuramente. Portanto, repensar o modo de relação humana com o meio ambiente, sobretudo no modo de consumo, representa um ato de mor urgência.

Parece restar evidente que o surto da Covid-19, ao impactar todas as facetas da vida social, remodelou – e continua a fazê-lo, porquanto não haja certeza acerca do tempo de permanência desses efeitos – as próprias condições de aplicação do Direito. Sob esse ângulo, resta esperar que o futuro revele um modo mais uniformizado e, diga-se de passagem, apropriado de se lidar com as problemáticas impostas. Equivale dizer, assim, que resta esperar tanto que a Administração Pública e os par-

40 JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar; et al. Op cit., p. 16.

41 Ibidem, p. 6.

ticulares, quando em face de impasses como os explorados nesta análise, procurem um caminho amistoso e satisfativo a ambos, na medida do possível, quanto que os Poderes Executivo e Judiciário trilhem um viés atento às mazelas hodiernas, mas ainda seguro e embasado pelo ordenamento jurídico.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 29 out. 2020.

_____. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 fev. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em: 30 out. 2020.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 27 out. 2020.

_____. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 fev. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm>. Acesso em: 30 out. 2020.

_____. **Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020**. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 jun. 2020. Disponível em: <<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=14010&ano=2020&ato=21ek-3Z65EMZpWT9e3>>. Acesso em: 29 out. 2020.

_____. **Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU**. Aprovado em: 16 abril de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 0089306-90.2020.1.00.0000/DF (ADPF 672/DF)**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJe-159 25/06/2020. Jusbrasil, 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Suspensão de Liminar de Sentença nº 2696/RJ (2020-0091341-2)**. Relator: Ministro Presidente do STJ [Ministro João Otávio de Noronha]. DJ: 28/04/2020. Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/garantir-equilibrio-economico-noronha.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2020.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento 300259438.2020.8.26.0000/SP**. Relator: Jeferson Moreira de Carvalho. DJ: 27/07/2020. Jusbrasil, 2020. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/896564120/agravo-deinstrumento-ai-30025943820208260000-sp-3002594-3820208260000/inteiro-teor896564189>>. Acesso em: 28 out. 2020.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de Instrumento 501687777.2020.4.04.0000**. Relator: Vivian Josete Pantaleão Caminha. DJ: 06/05/2020. Jus-brasil,2020. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/842338661/>

agravo-deinstrumento-ag50168777720204040000-5016877-7720204040000/inteiro-teor842338715>. Acesso em: 31 out. 2020.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Recurso de Medida Cautelar 501825265.2020.4.04.7000/PR**. Relator: Juiz Federal Gerson Luiz Rocha. DJ: 14/05/2020. JusBrasil, 2020. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/847970012/recurso-de-medida-cautelar-rmc50182526520204047000-pr-5018252-6520204047000/inteiro-teor-847970080>>. Acesso em: 01 nov. 2020.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Teoria do “Fato do Príncipe”**. Editora FGV, Rio de Janeiro, n. 75, p. 23-30, jan./mar., 1964. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/25735/24589>>. Acesso em: 27 out. 2020.

CUNHA, Thadeu Andrade da. A Teoria da Imprevisão e os Contratos Administrativos. **Revista de Direito Administrativo da Faculdade Getúlio Vargas (FGV)**, Rio de Janeiro, v. 201, p. 35-44,1995. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46566>>. Acesso em: 28 out. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Direito Administrativo**. 33ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. 396-387 p.

FURTADO, Madeline Rocha; FURTADO, Monique Rocha. **Reflexões sobre os avanços e desafios na legislação trazidos pela COVID-19. 2020**. O Licitante, 2020. Disponível em <<http://www.licitante.com.br/reflexoes-desafios-covid19>>. Acesso em: 28 out. 2020.

GASIOLA, Gustavo Gil. O fato do príncipe no sistema de tutela dos contratos administrativos. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Ribeirão Preto, v. 1, n. 1, p. 69-84, jan., 2014. Disponível em: <<http://www.periodicos.usp.br/rdda/article/view/73563>>. Acesso em: 27 out. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações. Vol. 2**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 365 p.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A recomposição da equação econômico-financeira do contrato administrativo em face do incremento dos encargos salariais. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 21, p.5-6, fevereiro/março/abril. 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=448>>. Acesso em: 27 out. 2020.

JOHNSON, Daniel. **Organização Mundial da Saúde declara novo coronavírus uma pandemia**. ONU News, 2020. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2020/03/1706881>>. Acesso em: 27 out. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar; et al. **Covid-19 e o Direito Brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 507-542 p.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Contratos Administrativos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, jan./fev./mar., 2009, p.5. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=317>>. Acesso em: 19 out. 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE, Carla Rosado; BURLE, José Emmanuel Filho. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. 400-425 p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 588-591 p.

A CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA DISTRIBUTIVA PARA ARISTÓTELES E SUA APLICAÇÃO NA ATIVIDADE TRIBUTÁRIA DOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS DE DIREITO

THE DISTRIBUTIVE JUSTICE CONCEPTION FOR ARISTOTLE AND ITS APPLICATION IN TAX ACTIVITY OF RULE OF LAW STATES

Beatriz Ribeiro Lopes Barbon¹

Data de Submissão: 28/03/2022

Data de Aceite: 22/06/2022

Resumo: O presente artigo tem como objetivo dissertar sobre o conceito de justiça distributiva para o filósofo grego Aristóteles e apresentar sua relevância como possível fundamento da tributação em Estados Democráticos de Direito, visando o desenvolvimento social e econômico de uma sociedade. Para tanto, foram utilizados textos e obras de autores consagrados na área do Direito Tributário e analisada a obra *Ética a Nicômaco* do mencionado filósofo, juntamente com artigos sobre o tema. A abordagem inicia-se com um breve histórico da tributação em geral, passando por importantes momentos históricos. Em seguida, destacam-se os princípios e as finalidades da atividade tributária dos Estados Democráticos de Direito contemporâneos, inclusive o brasileiro, e a importância desta como meio para alcançar a justiça social. Consequentemente, demonstra-se como a tributação fundamentada na ideia de justiça distributiva pode auxiliar o Estado na diminuição das desigualdades sociais, essencial para possibilitar a plena participação democrática.

Palavras-chave: Tributação. Justiça distributiva. Aristóteles. Estado Democrático de Direito.

Abstract: This article seeks to discuss the concept of distributive justice for the greek philosopher Aristotle and present its relevance as an possible foundation of taxation in Rule of Law, aiming the social and economic development

1 Pós-graduanda em Filosofia Política e Jurídica – Universidade Estadual de Londrina/PR. Graduada em Direito – Universidade Estadual de Londrina/PR. Advogada. E-mail: brlbarbon@gmail.com.

of a society. In this regard, texts and papers by renowned authors in the field of Tax Law were used, and the work *Nicomachean Ethics* of the aforementioned philosopher was analyzed, in combination with articles of this subject. The approach begins with a brief history of taxation in general, passing through important historical moments. Then, the principles and purposes of the tax activity of Rule of Law States and its importance as a way to achieve the social justice are highlighted. Consequently, it demonstrates how taxation based on the idea of distributive justice can help the State to reduce social inequalities, essential to enable full democratic participation.

Key-words: Taxation. Distributive justice. Aristotle. Rule of Law.

INTRODUÇÃO

Desde as mais antigas comunidades organizadas, a cobrança de tributos já era praticada, porém com fundamentos e finalidades bem distintas da atividade tributária dos Estados contemporâneos. Ainda na Antiguidade por exemplo, era comum a cobrança de impostos para financiar despesas de guerra. Já durante o período das monarquias absolutistas, a tributação era exercida majoritariamente para o enriquecimento da coroa.

A fim de conseguir arrecadar tributos de seus cidadãos, o Estado necessita se impor. Por isso, tributar é uma das formas de exercício do poder estatal, no qual se faz indispensável a construção de um discurso de legitimação sobre a cobrança de impostos, através de uma autoridade simbólica, detentora de poder também simbólico².

Somente no fim do século XVIII que o fenômeno tributário começou a ser estudado, buscando seu aprimoramento para tornar o sistema arrecadatário mais justo e racional³. A partir disso, a visão sobre a atividade tributária do Estado começou a mudar, preocupando-se com a legalidade, a capacidade contributiva e as técnicas de arrecadação.

A cobrança de tributos é atividade essencial à manutenção do Estado, a fim de que mantenha seu funcionamento. Porém, no início do século XX destacou-se a necessidade de o aparato estatal oferecer retorno aos seus cidadãos na forma de serviços básicos, como seguridade social, educação e saúde, principalmente em função das crises econômicas e sociais desencadeadas nessa época. O modelo anterior de Estado, conhecido como Liberal clássico, tinha dentre suas características a intervenção mínima, por isso sustentava uma tributação reduzida – sem preocupar-se diretamente com a capacidade contributiva e a redução de desigualdades sociais. Consequentemente, a concentração de renda e outros fatores levaram o Estado a mudar sua maneira de agir, inclusive no que tange à tributação.

A partir dessa conjuntura histórica os Estados Democráticos de Direito se desenvolveram com um viés social, que refletiu diretamente no fenômeno tributário. Este tornou-se instrumento, juntamente com outros mecanismos, voltado para a busca por justiça social e outros ideais constitucionais.

2 BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. Tradução de Rosa Freire d’Aguilar. São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p. 374.

3 MACHADO, Carlos Henrique; BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. A Reforma Tributária como Instrumento de Efetivação da Justiça Distributiva: uma abordagem histórica. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 77, nov. 2017, p. 222.

Dada essa breve introdução histórica, trataremos a seguir do conceito aristotélico de justiça distributiva e sua possível aplicação nas bases principiológicas da atividade tributária nos Estados Democráticos de Direito contemporâneos, visando a justiça, a liberdade e o bem comum numa sociedade.

I. O CONCEITO DE JUSTIÇA PARA ARISTÓTELES

O conceito de justiça é amplamente discutido desde a Antiguidade, não necessariamente apenas por vieses filosóficas, mas também literário-humanísticas e jurídicas. Por isso, seu significado tornou-se amplo e heterogêneo, necessitando de delimitação teórica. Aristóteles, filósofo estagirita, foi um dos primeiros a se debruçar sobre o tema e desenvolver reflexões acerca da justiça. Em sua obra *Ética a Nicômaco*, mais precisamente no Livro V, apresentou-a como uma teoria autônoma das demais, porém relacionada diretamente com a ética, a política e o convívio social.

Antes de se adentrar especificamente no conceito de justiça desenvolvido pelo filósofo, é interessante lembrar as peculiaridades de espaço e de tempo em que viveu, por volta de 384 a.C. a 322 a.C. A política e a vida social eram essenciais na pólis grega, pois era ali que o indivíduo se encontrava inserido como parte de um todo, no qual se realizava individual e socialmente. Não havia a ideia de liberdade individual como se compreende hoje; o indivíduo fazia parte de um coletivo e a manifestação política era a mais alta expressão da vida ética.

Como recorda Miguel Reale,

O homem grego, ao contrário, não poderia jamais compreender o indivíduo como um núcleo isolado no seio da comunidade política e capaz de contrapor-se à comunidade. Era, como disseram alguns tratadistas, uma liberdade em sentido coletivo, e não uma liberdade em sentido individual⁴.

Aristóteles via o homem como um ser racional, em que a pólis é o espaço no qual faz exercício de sua racionalidade junto de seus semelhantes, visto que a sociabilidade lhe é inerente⁵. Apesar de cada ser humano possuir o próprio *telos*, este coincide com a *ratio* do coletivo e, através da construção do diálogo entre os cidadãos, é possível a construção do *telos* daquela comunidade. O exercício do diá-

4 REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 627.

5 BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. A teoria aristotélica da justiça. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 92, jan. 1997, p. 58.

logo é atividade racional que corresponde a uma virtude da vida prática e elemento essencial ao exercício da política na pólis.

Nessa linha, é possível afirmar que o filósofo destaca a importância do exercício da racionalidade prática do cidadão em sua vida pública, demonstrando que a política e a ética devem caminhar sempre juntas. Aristóteles considera a própria justiça como uma questão ética, portanto uma ação justa confere a característica de ser adequada aos objetivos sociais e igualmente uma virtude.

A política é o espaço ideal para o homem grego pôr em prática “as ações” da razão pois, dessa sociabilidade, assim como a virtude da justiça, beneficiará aos seus iguais. Essa sociabilidade, que é inerente ao ser humano, necessita de regulamentação, exteriorizada através da lei, para a manutenção da harmonia social. A observância das leis daquela sociedade implica em sua própria manutenção, visto que mantém a consonância dos indivíduos com o coletivo e com o *telos* social.

Assim, identifica-se a chamada justiça geral, que diz respeito ao cumprimento das leis acordadas por seus cidadãos, o que implica numa ação justa a todos os demais integrantes daquela sociedade. Por isso, a justiça geral pressupõe a ideia de que todos da pólis receberão o mesmo, pois nesse caso, todos estão em pé de igualdade no que diz respeito à lei. Aquele que age contrariamente ao ordenamento jurídico é injusto e aquele que age conforme a lei é justo pois as leis são justas, dado que, quando bem elaboradas pelo legislador, visam a felicidade e o bem-estar daquela sociedade. De acordo com o filósofo estagirita:

Ora, nas disposições que tomam sobre todos os assuntos, as leis têm em mira a vantagem comum, quer de todos, quer dos melhores ou daqueles que detêm o poder ou algo nesse gênero; de modo que, em certo sentido, chamamos justos aqueles atos que tendem a produzir e a preservar, para a sociedade política, a felicidade e os elementos que a compõem⁶.

Depreende-se que os governantes, por serem cidadãos daquela pólis, conhecem de suas necessidades e agem deliberadamente em favor desta, visando um fim comum, intrínseco aos valores de seus cidadãos. A pólis necessita de uma boa legislação, com a previsão legal de condutas pertinentes àquela sociedade e suas particularidades culturais. Porém, a pólis necessita também de bons cidadãos, formados através da educação, que deve buscar o desenvolvimento de suas potencialidades. Por isso, um bom legislador não deve deixar de lado o problema da educação a fim de que os cidadãos em formação se tornem virtuosos, pois é o que garantirá o equilíbrio de seu trabalho como futuros legisladores.

6 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 79.

Ainda em relação à formação humana, Aristóteles considera que a alma humana possui alguns elementos, dentre eles o elemento racional e o irracional. O homem temperante sempre persuade o elemento irracional através da razão, obedecendo a ela⁷. Os elementos que participam da razão, como o discernimento, são adquiridos através da instrução. A inclinação de agir de acordo com a razão é facilitado quando o indivíduo desenvolve bons hábitos e com eles pratica ações éticas e temperantes.

Porém, enquanto as condutas têm a temperança como forma virtuosa – por exemplo a coragem, que é o equilíbrio entre a covardia (falta) e a temeridade (excesso) –, a justiça é uma virtude que só se opõe à injustiça, vício que ocorre por excesso de uma das partes e falta de outra. Em razão disso, o bem proporcionado por uma ação justa não se limita apenas ao indivíduo que a praticou, mas beneficia a outrem – motivo pelo qual a justiça é uma das mais nobres virtudes do ser humano, de acordo com o filósofo.

Como explica Reale, “a justiça é uma virtude que implica sempre algo objetivo, significando uma proporção entre um homem e outro homem; razão pela qual toda virtude, enquanto se proporcione a outrem, é, a esse título, também ‘justiça’”⁸.

Mais adiante, Aristóteles trata da justiça como equilíbrio, proporção entre particulares e estes com o Estado em determinada situação. A justiça aqui não é mais genérica, mas diz respeito apenas em relação a duas partes determinadas, podendo ser entre governante e governado ou entre governados. Por isso, é chamada de justiça particular, a qual é dividida em justiça distributiva e justiça corretiva.

Tratando brevemente sobre a justiça corretiva, visto que essa não é o enfoque deste trabalho, corresponde à justiça entre dois particulares que se desigualaram injustamente – pois a igualdade nesse caso é o justo, por isso deve ser restabelecida. Em razão disso, as partes recorrem a um juiz para que seja um intermediário, “na convicção de que, se os litigantes conseguirem o meio-termo, conseguirão o que é justo. O justo, pois, é um meio-termo já que o juiz o é”⁹. Portanto, é possível afirmar que a justiça corretiva diz respeito às relações privadas, correspondendo basicamente ao Direito Civil nos dias atuais.

Diversamente, a justiça distributiva refere-se à repartição de encargos e benefícios dentro de uma comunidade, tarefa qual exige justiça ao ponderar as diferenças existentes entre os cidadãos através de parâmetros teleológicos vigentes

7 Ibidem, p. 21.

8 REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 624.

9 ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 84.

naquele meio social¹⁰. Aqui, não prevalece a ideia de igualdade, mas traz a ideia de mérito, critério diferenciador entre os cidadãos. Isto é, devem ser colocados em pé de igualdade aqueles em iguais condições de mérito, e em desigualdade aqueles em condições diferentes. Nessa parte da justiça particular, o desrespeito à proporção é que causa injustiça.

Essa espécie de justiça está ligada à distribuição de benefícios e encargos entre os cidadãos da pólis, sendo que a igualdade só deve ser aplicada entre cidadãos com semelhanças de condições. Como fundamento para tanto está a racionalidade humana, que implicará em ações mais adequadas e em consonância com os fins de seu meio social.

Dado isso, não se pode olvidar que a justiça é, além de ser uma virtude, é essencialmente política, pois manifesta-se na pólis e mantém sua coesão social. Importante ressaltar que nas cidades-estados gregas não havia um governante representante dos demais, mas todos os cidadãos possuíam os mesmos direitos de votar, de manifestar suas opiniões pessoalmente na ágora e de participar da coisa pública¹¹. Dessa maneira, a justiça entre os homens e suas relações é realizada por meio da lei. Em relação a isso, existe ainda a justiça política, que refere-se aquilo que é justo por lei, a qual discrimina o justo do injusto. As leis são necessárias porque a injustiça existe dentro de uma sociedade, pois os homens desejam realizar seus interesses próprios. Inclusive é este o motivo pelo qual Aristóteles destaca porque não se permite que apenas um cidadão governe a pólis: os interesses políticos devem ser fundamentados na razão e direcionados ao interesse coletivo. Sendo assim, explica Smit:

Entre cidadãos virtuosos, portanto, o melhor regime possível é persuasivo, pois eles realmente sabem o que é o melhor em sentido absoluto. Mas os homens, em sua maioria, necessitam de outros elementos de compulsão, como a possibilidade de ganhos e o medo de punições. Cabe ao legislador levar essas circunstâncias em consideração, pois só assim será possível formular um regime específico que funcione da melhor maneira possível em uma cidade específica¹².

10 BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. A teoria aristotélica da justiça. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 92, jan. 1997, p. 61.

11 REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 628.

12 SMIT, Martin Prado Sander. O cidadão e o legislador na ética e política de Aristóteles. **Revista Humanidades em Diálogo**, São Paulo, v. 3, n. 1, nov. 2009, p. 122.

A justiça política é dividida em duas partes: uma é natural e outra legal¹³. Aquilo que é naturalmente justo assim o é em qualquer lugar, pois é inerente à natureza, normalmente sendo imutável e possuindo a mesma força independentemente do local que se encontra. A parte legal refere-se aquilo que é justo por convenção entre os homens, isto é, muda de sociedade para sociedade em razão das diversidades culturais e peculiaridades locais. Nesse caso, depois de estabelecida a convenção é que determinada situação deixa de ser indiferente para o Direito.

Por fim, insta ressaltar mais uma espécie de justiça apresentada por Aristóteles: a equidade. Esta não se opõe à justiça, pelo contrário, é considerada superior. Porém, o equitativo não é necessariamente o legalmente justo, pois as leis são criadas com o intuito de serem universais, mas no caso concreto, por vezes não são satisfatoriamente justas. Isso acontece porque a lei pode não ser abrangente o suficiente para a realidade fática, fazendo ser necessário decidir de acordo com aquilo que é mais usual e de acordo com o que o legislador teria feito se conhecesse o caso.

Sendo assim, resta claro o relevante papel social do legislador na obra de Aristóteles, pois a ele cabe criar boas leis, que atendam às necessidades e às finalidades daquela comunidade, fazendo-a mais justa e possibilitando a formação de cidadãos equilibrados e virtuosos. A autossuficiência e a felicidade, isto é, as finalidades da política e da ética, dos habitantes da cidade dependem da capacidade do legislador de elaborar boas leis e aos cidadãos de cumprirem sua finalidade virtuosamente.

Para tanto, Aristóteles destaca a importância do uso da racionalidade na expressão da vida política e sua íntima relação com a ética e os valores sociais. Evidentemente que, apesar de ter vivido em tempo e espaço muito diversos do cenário atual, sua obra permanece de suma relevância para tratar questões contemporâneas sobre justiça. Apesar das transformações sociais e estatais ocorridas desde a Antiguidade, é fato que justiça ainda é um ideal a ser buscado por todas as sociedades e, para sua concretude, necessita de aplicação através de leis as quais se fundamentam nesse valor.

Dado esse breve esclarecimento acerca da teoria da justiça para Aristóteles, passa-se à análise da compatibilidade de sua aplicação nos Estados Democráticos de Direito, inclusive o brasileiro.

II. JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Os Estados Democráticos de Direito contemporâneos surgiram a partir de longas transformações históricas e da evolução constante desse conceito de acordo

13 ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 90.

com a realidade. São fruto de um longo processo de desenvolvimento de ideias, criação de direitos e meios de tutela, superações de crises, adversidades e necessidades, peculiares de cada Estado. Por isso, não ocorrem simultaneamente em todos os Estados, nem funcionam da mesma maneira. No entanto, existem algumas semelhanças fundamentais entre os Estados Democráticos de Direito, como o princípio democrático e a principal delas, que é o fundamento na ordem jurídica constitucional¹⁴.

Nesse modelo de Estado, sua validade é fundada na Constituição, que estabelece a estrutura, os valores sociais, as finalidades e os princípios, de acordo com as peculiaridades e necessidades daquele povo. Isso confere ao Estado suas características principais e a forma como agirá politicamente, tanto interna quanto externamente. A previsão de participação de seus cidadãos no exercício do poder é essencial, seja ela direta ou indireta. Essa participação garante a liberdade e a igualdade de manifestação, isto é, todos devem ter o mesmo direito e as mesmas possibilidades de acesso à participação política, para que a democracia possa ser exercida em sua plenitude.

Apesar dessas semelhanças, os Estados Democráticos de Direitos não são iguais em todos os países nem se encontram no mesmo estágio de evolução. Ademais, é de se reconhecer que este modelo estatal possui suas insuficiências e sofre com constantes contestações pela sociedade e por estudiosos. No Brasil, esse modelo de Estado foi expressamente adotado pela Constituição Federal de 1988, estabelecendo um extenso rol de direitos e garantias fundamentais aos seus cidadãos, previsto em seu art. 5º. Entretanto, o país ainda enfrenta grandes dificuldades para efetivar no plano fático esses direitos e garantias. Um dos principais obstáculos para tanto é sem dúvida a desigualdade social.

Ainda em relação ao Estado Democrático de Direito, destaca-se o princípio da legalidade, pois sua legitimação se dá através da Constituição e todas as ações estatais são previamente estabelecidas por lei, submetidas aos ditames constitucionais¹⁵. Existem valores e princípios essenciais contidos na Constituição que devem obrigatoriamente servir como base para todo o ordenamento jurídico daquele Estado, inclusive para suprir lacunas legislativas.

Esse tipo de interpretação das leis, baseada nos valores constitucionais determinados democraticamente pela sociedade, é consideravelmente recente. Segundo

14 SANTIAGO, Marcus Firmino. Estado Democrático de Direito: uma utopia possível? **Revista de Direito UFG**, Goiânia, v. 43, 2019, p. 2.

15 SANTIAGO, Marcus Firmino. Estado Democrático de Direito: uma utopia possível? **Revista de Direito UFG**, Goiânia, v. 43, 2019, p. 3.

Dalmo de Abreu Dallari¹⁶, o constitucionalismo tem suas raízes na Idade Média, surgindo com o escopo de organizar regras costumeiras de determinada região. O feudalismo medieval deu origem aos Estados Absolutistas, que a constante demonstração do exercício do poder simbólico do monarca era necessária para que sua autoridade não fosse contestada nem seu território usurpado¹⁷.

A crise do absolutismo, iniciou com a busca pela limitação do poder estatal através da legalidade¹⁸, visto que os monarcas não se submetiam às leis. Com isso, o Estado estava em constante conflito com seus indivíduos, em razão das limitações exercidas principalmente sobre as liberdades individuais. Nesse contexto, através de grandes rupturas históricas, como as revoluções do século XVIII, o poder do Estado passou a ser delimitado com base nos ideais revolucionários – de acordo com o contexto político e social vivido à época, de busca por garantia de direitos individuais.

A partir desses acontecimentos históricos, os modelos de Estados foram se modificando em consonância com as mudanças políticas e sociais e, cada vez mais, buscando positivar direitos que antes sequer eram reconhecidos pelo ordenamento jurídico ou de reconhecimento limitado apenas a determinados grupos de indivíduos. Os valores sociais também foram se modificando para tornarem-se mais humanos e inclusivos, mas a busca por justiça e equidade se manteve, permanecendo como um ideal comum entre os Estados Democráticos de Direito contemporâneos. Como enfatiza Dallari, “cuida-se também da garantia de relações sociais justas no caso concreto, tendo como pressuposto inafastável a supremacia da dignidade da pessoa humana”¹⁹.

Nessa linha, é possível afirmar que a busca pela justiça é inerente aos modelos de Estado atuais, tanto no sentido de justiça geral, isto é, de leis justas desde a sua criação, quanto às justiças distributiva e corretiva. No que tange à justiça distributiva, seu conceito é aplicável a diversas áreas, como no caso de distribuição de recursos básicos, seguridade social e na tributação, a fim de buscar a máxima redução

16 DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 46.

17 DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 50.

18 MACHADO, Carlos Henrique; BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. A Reforma Tributária como Instrumento de Efetivação da Justiça Distributiva: uma abordagem histórica. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 77, nov. 2017, p. 228.

19 DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 307.

das desigualdades sociais, dado que “em sociedades em que não haja níveis mínimos de equilíbrio entre os diversos grupos não se mostra viável uma efetiva participação na gestão dos interesses comuns”²⁰.

Como já mencionado anteriormente, a tributação é muito além de uma forma de arrecadação de recursos, mas uma verdadeira forma de exercício do poder do estatal, que pode realizar significativas mudanças na sociedade. Juntamente com o Estado, a tributação passou por diversas transformações, sempre com relevante papel social, econômico e político.

Inicialmente, a cobrança de tributos era direcionada exclusivamente para enriquecimento do aparato estatal para realização de guerras, sendo um verdadeiro exercício de poder sobre a sociedade e, como bem observa Bourdieu, gerava o sentimento de pertencimento a seus nacionais²¹. Assim, o fenômeno jurídico tributário foi modificando-se junto às concepções de Estado e, após muitas mudanças históricas, ganhou novas finalidades – cada vez mais voltadas a conceder retorno em benefício da comunidade. Percebeu-se que a tributação tem o poder de diminuir desigualdades sociais, oferecer condições básicas de sobrevivência a todos e, conseqüentemente, possibilitar a participação democrática.

Mas foi somente a partir da crise desencadeada pelo Estado Liberal clássico que a tributação foi vista como instrumento legítimo para intervir na economia e na sociedade a fim de realizar mudanças significativas para amenizar a crise. A herança do liberalismo clássico não foi apenas o reconhecimento de direitos individuais e de um Estado mínimo. A não intervenção gerou diversas conseqüências, principalmente a desigualdade social, a concentração de renda e a especulação de capital, que acabaram por gerar o declínio desse modelo de Estado. A necessidade de uma nova abordagem resultou no chamado Estado de Bem-Estar Social.

Nesse modelo, o Estado passou a intervir na economia e, para atender demandas sociais básicas, como saúde, educação e seguridade social, necessitou aumentar a carga tributária de maneira estratégica, a fim de que esta fosse maior para os mais ricos e menor para os mais pobres. Isto é, a carga tributária foi dividida com fundamento em um tipo de justiça distributiva, pois tratou os contribuintes em igual condição financeira da mesma forma e aqueles com condições diferentes de outra. Para tanto, o Estado concentrou sua arrecadação nos tributos diretos e pessoais, aplicando a progressividade. Assim, o Estado conseguiu diminuir desigualda-

20 SANTIAGO, Marcus Firmino. Estado Democrático de Direito: uma utopia possível? **Revista de Direito UFG**, Goiânia, v. 43, 2019, p. 3.

21 BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. Tradução de Rosa Freire d’Aguilar. São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p. 372.

des sociais e retirar muitos de seus cidadãos da pobreza extrema, que antes eram totalmente excluídos socialmente²², para que entrassem no mercado de trabalho e obtivessem novamente poder de compra e a economia voltasse a se recuperar. Com bons resultados, a tributação se provou instrumento bastante eficaz para alcançar a distribuição de renda e garantir direitos sociais – a maior herança deixada pelo Estado de Bem-Estar Social.

Ainda que esse modelo estatal tenha entrado em declínio, até hoje restam práticas sociais extremamente importantes para a busca por justiça fiscal. A principal delas é essa nova visão sobre o fenômeno tributário, como transformador da realidade social e econômica. Com o desenvolvimento dos Estados de Democráticos de Direito, o Direito Tributário também revestiu-se de princípios e valores constitucionais como base para a criação de suas leis, fazendo com que suas finalidades fossem alinhadas àquelas determinadas pela Constituição. Dessa maneira, o legislador tem de aplicar os princípios democráticos ao elaborar leis tributárias para que estas busquem as atender às finalidades desse modelo de Estado.

No Brasil, a grande abrangência de direitos e garantias fundamentais e a prolixidade da Constituição Federal de 1988 se deu em virtude da necessidade de proteger seus cidadãos dos abusos praticados durante a ditadura militar (1964-1985). Nesse obscuro período, além de não serem observados direitos básicos, não havia uma atuação estatal pautada em princípios constitucionais e valores sociais, como a busca por justiça e bem-comum. Priorizava-se exclusivamente o desenvolvimento econômico, mas sem levar em conta o desenvolvimento social do país, o que aumentou significativamente a desigualdade social. Com a redemocratização, percebeu-se a necessidade de oferecer recursos básicos para a população, especialmente a mais carente, pois a falta daqueles – dentre outros fatores – prejudica a participação democrática.

Dentre os valores e princípios constitucionais, está a justiça social e o comprometimento com a diminuição das desigualdades sociais e regionais (art. 3º), os quais irradiam por todo o ordenamento jurídico, inclusive nas normas tributárias. Como bem explicado por Sérgio Mota:

A finalidade (objetivo, fim a que se destina o tributo) buscada pelo legislador infraconstitucional impõe dever o tributo na atualidade cumprir indiretamente uma função (ação, utilidade para consecução de seus objetivos) que caberia diretamente ao Estado contemporâneo cumprir: a função social. Dessa forma, o tributo na atualidade é instrumento de

22 SANTIAGO, Marcus Firmino. Estado Democrático de Direito: uma utopia possível? **Revista de Direito UFG**, Goiânia, v. 43, 2019, p. 8.

alcance daquela função social do Estado e, ao mesmo tempo, também cumpre sua função social²³.

Além da importância de princípios e finalidades na formulação das leis, a própria legalidade, característica dos Estados de Direito, também tornou-se essencial ao Direito Tributário contemporâneo, pois limitou o poder de tributar de modo a proteger o contribuinte de abusos e surpresas. É a lei que determina como será aplicada a justiça distributiva na realidade daquela sociedade, através de algumas técnicas tributárias a serem explicadas mais a frente.

Sendo assim, pode-se afirmar que é válida a aplicação do conceito de justiça distributiva em um Estado Democrático de Direito, pois é consoante com os valores e ideais buscados por esse modelo de Estado. Ainda que o referido conceito tenha sido pensado por Aristóteles na Antiguidade, contexto muito diferente da conjuntura atual, a busca por justiça social é um anseio que prevalece nas sociedades contemporâneas. Dar a cada grupo de indivíduos aquilo que lhe é devido, de acordo com o caso concreto, é garantir direitos básicos para sociedade, pois possibilita o necessário para sua dignidade, viabilizando sua participação democrática. Na atualidade, a justiça distributiva ajuda a reconhecer as semelhanças de determinado grupo ou camada social para conseguir atender, pelo menos, a maioria dos indivíduos numa mesma condição da maneira mais satisfatória e justa possível.

Nesse contexto, passaremos a seguir a tratar sobre a possibilidade de aplicação da justiça distributiva aristotélica mais especificamente na tributação.

III. A POSSÍVEL APLICAÇÃO DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA NA TRIBUTAÇÃO

Diante de grandes desigualdades sociais, serviços básicos precários e a população carente, especialmente em razão da pandemia de Covid-19, o Estado tem à sua disposição diversos elementos para intervir social e economicamente a fim de cumprir com seu dever de busca pelo bem-comum. Para tanto, a tributação é um dos instrumentos do poder estatal que através de seus mecanismos específicos, como o aumento e a diminuição de alíquotas sobre determinados produtos, oneração maior ou menor de contribuintes em determinada condição, entre outras práticas, pode intervir, desde que de acordo com os valores e as premissas constitucionais do Estado.

23 MOTA, Sérgio Ricardo Ferreira. Justiças social, tributária e fiscal no Brasil: uma busca imposta pela Constituição. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v. 18, n. 93, jul. 2010, p. 201.

A justiça distributiva aristotélica tem como base a divisão de benefícios e ônus de acordo com o mérito de cada indivíduo, isto é, com sua contribuição na sociedade. Assim, a igualdade geral não deve ser aplicada em todas as situações, ou haveria injustiça, pois em determinados casos, os cidadãos encontram-se em situações diferentes. Isso acontece na tributação, pois o Estado precisa arrecadar recursos para manutenção de todo seu aparato e para dar retorno a própria população, garantindo infraestrutura, prestação de serviços e direitos básicos. Para tanto, necessita retirar uma parcela da riqueza do cidadão, de maneira que não comprometa sua renda de maneira significativa, mas também que não seja irrisória para sua condição financeira²⁴.

No entanto, numa sociedade, alguns contribuintes possuem condições financeiras muito superiores a outros, portanto, são capazes de suportar prestações pecuniárias muito maiores sem comprometer seus proventos. Já aqueles contribuintes com menor poder aquisitivo, se forem tributados da mesma maneira, terão um impacto significativo em sua renda, podendo comprometer até mesmo seu próprio sustento.

Nesse contexto, a concepção de capacidade contributiva tem suas origens desde a Grécia Antiga, na qual desenvolveram-se “as bases do princípio de que os indivíduos deveriam concorrer para as necessidades da coletividade na medida de suas forças econômicas”²⁵. Tais bases estão presentes inclusive na obra de Aristóteles, ao afirmar que um homem deve compensar o outro na medida de suas capacidades, ressaltando ainda a importância de se contribuir para o bem comum²⁶. Seguindo essa tradição, outros filósofos e estudiosos como Tomás de Aquino e Maquiavel fizeram referência à capacidade contributiva em suas obras, no entanto, o princípio só ganhou viés objetivo com a ciência das finanças, que delimitou os conceitos genéricos de patrimônio e bens²⁷. Posteriormente, tornou-se princípio basilar do Direito Tributário, sempre buscando o cerne de sua fundamentação, que é a efetivação da justiça tributária.

24 MACHADO, Carlos Henrique; BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. A Reforma Tributária como Instrumento de Efetivação da Justiça Distributiva: uma abordagem histórica. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 77, nov. 2017, p. 227.

25 MEIRELLES, José Ricardo. O princípio da capacidade contributiva. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 34, n. 136, out. 1997, p. 334.

26 ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 158.

27 MEIRELLES, José Ricardo. O princípio da capacidade contributiva. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 34, n. 136, out. 1997, p. 334.

No Direito Tributário atual, a chamada capacidade contributiva tornou-se um princípio basilar, o qual deve ser observado tanto na produção de leis tributárias quanto em sua aplicação ao caso concreto. Isso significa que, de acordo com o respeitável tributarista brasileiro Sacha Calmon Navarro Coelho²⁸, tanto a criação de leis tributárias quanto sua aplicação no caso concreto por magistrados devem respeitar o princípio da capacidade contributiva, evitando que esta seja ferida pela incidência do tributo.

Desse princípio decorre que os contribuintes devem arcar com tributos na medida de sua condição econômica, isto é, os mais abastados devem contribuir progressivamente mais em relação ao mais pobres. Destaca-se que a capacidade econômica não está diretamente nem exclusivamente ligada ao patrimônio do contribuinte, mas sim a fatos que demonstrem signos de riqueza, mensuráveis economicamente, pois é a partir deles que se poderá criar um vínculo jurídico que terá como objeto uma prestação pecuniária²⁹. Sendo assim, o fato gerador do tributo não deve apenas visar a arrecadação, mas procurar atingir signo de riqueza real. Para tanto, a carga tributária deve ser distribuída de maneira proporcional e considerar a riqueza e os gastos essenciais do contribuinte, sem comprometer sua renda para despesas usuais.

Na atualidade, com o auxílio da tecnologia, da internet e com a globalização, tornou-se mais acessível para o Estado mensurar a capacidade contributiva de seus contribuintes de maneira cada vez mais precisa. As técnicas tributárias também evoluíram para aprimorar a eficiência arrecadatória do sistema tributário, sempre visando a justiça fiscal.

O princípio da capacidade contributiva tem previsão no art. 145, § 1º, da Constituição Federal Brasileira de 1988 e exige que, sempre que possível, os tributos sejam pessoais e graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte. Por isso, deve-se preferir que a arrecadação advenha majoritariamente de tributos que apresentem progressividade e pessoalidade, pois são instrumentos mais eficazes para a concretização do princípio mencionado, mas sempre de maneira moderada para não culminar em efeito confiscatório³⁰.

28 COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 119.

29 CARVALHO, Paulo Barros de. **Curso de Direito Tributário**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 224.

30 PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 221.

Ainda no que tange ao princípio da capacidade contributiva, resta perceptível que este possui estrita relação com a ideia de justiça distributiva, pois tem como fundamento a busca pela tributação justa, oferecendo encargos proporcionais ao que aquele grupo de indivíduos pode suportar. O critério é essencialmente econômico, para adequar o tributo ao contribuinte. Assim como na ideia aristotélica de justiça distributiva, o Estado busca a repartição de encargos – no caso, de custeio do próprio aparato estatal e de outras funções, sociais ou não – atribuição a qual exige justiça para ponderar as diferenças existentes entre os cidadãos através de parâmetros consoantes com o Estado Democrático de Direito.

Dadas essas breves considerações acerca do princípio da capacidade contributiva e sua relação com a justiça distributiva, em relação aos tributos, determinadas espécies conseguem onerar o contribuinte de maneira mais justa e mais proporcional em relação a outras. É o caso dos impostos, principalmente aqueles que incidem sobre o patrimônio e sobre a renda, nos quais é possível adotar tabelas progressivas de alíquotas e conceder deduções pessoais, de acordo com a capacidade contributiva.

No entanto, quando se fala em taxas e contribuições, Coelho³¹ afirma que esse princípio “realiza-se negativamente pela incapacidade contributiva, fato que tecnicamente gera remissões e reduções subjetivas do montante a pagar imputado ao sujeito passivo sem capacidade econômica real”. O autor refere-se aos casos em que, reconhecida a hipossuficiência da parte, o pagamento da taxa ou contribuição lhe é dispensado. Para tanto, é necessária previsão legal que procure abarcar contribuintes com condições econômicas realmente ínfimas, dado que essas espécies de tributo implicam contraprestação estatal, a qual seus custos serão integralmente suportados pelo Estado.

Dentro dessas espécies de tributárias, existem classificações de tributos que são mais propícias para a aplicação do princípio em análise, chamados pela doutrina de tributos pessoais e tributos diretos. Os tributos pessoais, segundo Sacha Calmon Navarro de Coelho, são basicamente aqueles que tributam o contribuinte de acordo com suas características pessoais, “sem possibilidade de repassar o encargo a terceiros”³². Nesse caso, o contribuinte determinado por lei é também o contribuinte de fato, o que possibilita a tributação de acordo com a capacidade contributiva, pois é cognoscível o sujeito passivo e suas peculiaridades econômicas. Em razão disso,

31 COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 17^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 121.

32 COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 17^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 118.

a maior parte dos tributos cobrados por um Estado deve concentrar-se nesse tipo. Conforme já mencionado, é essa inclusive a recomendação da Constituição Federal de 1988 (art. 145, § 1º).

Em contraposição, alguns tributos podem ter seu encargo repassado para terceiros – são os chamados impostos reais – através de previsão legal contratual ou pelo ajuste de preços, não havendo progressividade nem pessoalidade dos contribuintes que irão suportar seu ônus. Mesmo assim, o Estado ainda pode agir visando minimizar o ônus para os mais pobres, diminuindo ou até mesmo zerando as alíquotas de determinados produtos considerados essenciais. Porém, como destaca Coelho³³, essa prática também vai beneficiar os mais ricos, que também consumirão o produto com alíquota reduzida.

Assim, pela falta de pessoalidade na incidência dos impostos indiretos, é possível afirmar que não possuem capacidade de concretizar a almejada justiça distributiva isoladamente ou majoritariamente sobre os impostos diretos. Isso não significa que essa modalidade de tributos deve ser abolida ou evitada em um Estado Democrático de Direito, mas apenas que estes não deveriam ter prevalência arrecadatória sobre os tributos pessoais e diretos, isto é, devem significar uma parte menor do sistema tributário estatal³⁴.

Como explicado anteriormente, tributar todos os contribuintes utilizando apenas o princípio da igualdade, desconsiderando suas reais condições econômicas e sua vulnerabilidade social, vai na contramão do conceito de justiça distributiva e, além disso, vai contra as finalidades do Estado Democrático de Direito.

Quando se traz conceito aristotélico de justiça distributiva para o Direito Tributário, fica evidente que alguns contribuintes possuem mais capacidade e melhores condições econômicas reais do que outros. Por isso, se o Estado exigir de seus contribuintes todos os tributos de maneira igualitária e indistinta, fazendo com que a maior parcela dos tributos pagos pelos contribuintes seja de impostos reais e indiretos, aqueles que possuem poucas condições terão sua renda comprometida, inclusive para sua própria subsistência, e os mais abastados terão sua riqueza infimamente afetada. A longo prazo, essa prática causa o aumento das desigualdades sociais, pois os pobres não conseguirão desenvolver-se economicamente, dificilmente conseguindo superar sua condição, e os mais ricos se manterão em condições muito

33 COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 121.

34 MACHADO, Carlos Henrique; BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. A Reforma Tributária como Instrumento de Efetivação da Justiça Distributiva: uma abordagem histórica. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 77, nov. 2017, p. 245.

mais benéficas ao seu próprio desenvolvimento. Junto com a desigualdade social caminham diversos outros problemas, como a dificuldade de acesso à própria democracia, pois a falta de condições básicas de sobrevivência torna quase inviável o progresso de práticas democráticas.

Dado isso, pode-se afirmar que, priorizar a incidência de tributos diretos e pessoais é mais compatível com a justiça distributiva e suas consequências favoráveis à sociedade como um todo, pois conseguem onerar contribuintes de acordo com a capacidade contributiva. Dessa maneira, o próprio Estado e indivíduos conseguem desenvolver-se econômica e socialmente, pois o equilíbrio do sistema tributário pode auxiliar significativamente no combate à concentração de renda e na desigualdade social, fatores que dificultam e até impossibilitam o alcance dos ideais de justiça e bem comum, inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Infelizmente, a tributação brasileira não vem sendo praticada nesse sentido. O que se vê é a arrecadação advinda majoritariamente de tributos indiretos³⁵, que são cobrados de maneira indistinta, pois transmitem seu encargo para terceiros. Para ilustrar isso, verifica-se que o tributo que mais gera receita aos cofres públicos no Brasil é o Imposto Sobre Circulação de Bens e Serviços (ICMS), que apesar de ser de responsabilidade tributária de empresas, é o consumidor final que o paga. Isso prejudica os contribuintes mais pobres, pois esse imposto incide inclusive sobre bens de consumo básicos. Já o Imposto de Renda (IR), que é um tributo direto, pessoal e progressivo, possui uma alíquota máxima branda³⁶, além de que a própria tabela de alíquotas está desatualizada em termos inflacionários e econômicos. Em consequência disso, acaba por não onerar suficientemente aqueles que percebem rendas altíssimas e onera demais aqueles que possuem salários menores, que levando em conta a inflação, poderiam ser isentos. O IR é sem dúvida um tributo com grande potencial para diminuição de desigualdades sociais, mas não é bem utilizado pelo Estado brasileiro.

Assim, para concretizar os ideais constitucionais de justiça e bem comum, é indispensável que estejam presentes como fundamento das normas tributárias e permaneçam como princípio norteador para sua criação e aplicação. Não basta que a justiça distributiva permaneça apenas como um ideal distante e inalcançável, mas deve ser efetivamente aplicada através de previsão legal, desde sua criação pelo

35 FERNANDES, Rodrigo Cardoso; DINIZ, Bernardo Campolina; SILVEIRA, Fernando Gaiger. **Imposto de Renda e distribuição de renda no Brasil**. Brasília: Ipea, 2019, p. 39.

36 FERNANDES, Rodrigo Cardoso; DINIZ, Bernardo Campolina; SILVEIRA, Fernando Gaiger. **Imposto de Renda e distribuição de renda no Brasil**. Brasília: Ipea, 2019, p. 10.

legislador até sua aplicação no caso concreto pelas autoridades fazendárias ou judiciárias.

Nessa toada, a fim de que os Estados Democráticos de Direito atuais possam tributar seus contribuintes da maneira mais justa possível, é necessário que fundamentem suas normas tributárias nos próprios valores e princípios determinados na Constituição daquele Estado, visando a justiça social. Desde seu nascimento, a norma necessita, além de requisitos formais de existência e validade, requisitos materiais que estejam em consonância com as finalidades do modelo de Estado, convergindo para a norma fundamental³⁷.

Assim, diante dos argumentos expostos, pode-se afirmar que é plenamente possível trazer a teoria da justiça distributiva aristotélica para fundamentar as normas e técnicas tributárias nos Estados Democráticos de Direito, pois compatível com suas finalidades.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de justiça distributiva deixado por Aristóteles foi pensado no contexto das pólis gregas, as quais eram consideradas como verdadeiro espaço de realização da racionalidade humana. Quando trazemos essa ideia para a atualidade, é possível dizer que o exercício de participação democrática seria também uma forma de realização da racionalidade humana. Porém, para tanto, é necessário que o indivíduo possua condições mínimas de bem-estar para que sua participação social seja viável. Essas condições mínimas só são conseguidas por meio de atuação estatal, através da diminuição das desigualdades já existentes entre seus cidadãos, o que pode ser realizado por diversas vias. Uma delas é o exercício do poder de tributar, que se faz através de leis, baseadas na Constituição e fundamentadas desde a sua origem em princípios que devem visar a justiça e as finalidades daquela sociedade.

Frente a essas desigualdades de situações econômicas, a ideia de justiça distributiva concebida por Aristóteles pressupõe que cidadãos que se encontram numa mesma condição recebam o mesmo tratamento e aqueles que se encontram em situação diferente, recebam tratamento diferente, sempre adequado ao critério utilizado.

Quando se traz o conceito para a atualidade, sua estrutura e fundamentação são plenamente compatíveis com os Estados Democráticos de Direito, inclusive o brasileiro, visto que buscam atender um parâmetro referencial de acordo com crité-

37 CARVALHO, Paulo Barros de. **Curso de Direito Tributário**. 30^a ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 186.

rios teleológicos vigentes na sociedade em questão e tem como fim último a efetiva justiça.

Apesar da igualdade hoje ser elemento central de garantia do Estado, essa ideia não tem aplicação pura a todas as situações. A tributação pode ser uma dessas exceções, visto que essa atividade estatal visa retirar uma parcela de riqueza de seus cidadãos, podendo onerar excessivamente alguns e insuficientemente a outros. Como os fundamentos e princípios dos Estados Democráticos de Direito atuais estão assentados na busca por justiça social e na igualdade social para o pleno cumprimento de suas finalidades, tributar sem observar a capacidade contributiva vai contra esse modelo de Estado.

A Constituição brasileira prevê a capacidade contributiva como um princípio constitucional, que deve prevalecer na atividade tributária. Para tanto, o Estado brasileiro deveria priorizar tributos diretos, pessoais e progressivos, pois estes atendem as peculiaridades econômicas dos contribuintes, tributando os mais ricos de maneira igual entre si e de maneira desigual em relação aos mais pobres, pois aqueles têm capacidade contributiva superior. Ao colocar isso em prática, o Estado estará realizando um dos objetivos democráticos previstos na Constituição Federal, ao promover a igualdade material entre seus cidadãos.

Em suma, a essência da justiça distributiva aristotélica pode ser aplicada ao exercício da tributação por um Estado Democrático de Direito. Seus fundamentos e suas finalidades são coincidentes a esse modelo de Estado, visto que a realização da justiça social tornou-se uma preocupação estatal desde o século passado, pois percebeu-se que, sem ela, muitos cidadãos ficam às margens da participação política e social e dificultam o exercício pleno da democracia. Assim, o combate às desigualdades sociais e à concentração de renda são essenciais para que se consiga realizar os objetivos e finalidades constitucionais, que estão de acordo com as necessidades daquela sociedade. Para tanto, a tributação, fundamentada na ideia de justiça distributiva, se mostra um dos caminhos que podem ser seguidos pelo Estado rumo à plena justiça social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2005. 199 p.
- BITTAR, E. C. B. A teoria aristotélica da justiça. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 92, p. 53-73, jan. 1997. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67355>. Acesso em: 28 fev. 2022.
- BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. Tradução de Rosa Freire d'Aguiar. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. 758 p.
- CARVALHO, Paulo Barros de. **Curso de Direito Tributário**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 735 p.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. 1047 p.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 361 p.
- FERNANDES, Rodrigo Cardoso; DINIZ, Bernardo Campolina; SILVEIRA, Fernando Gai-ger. **Imposto de Renda e distribuição de renda no Brasil**. Brasília: Ipea, 2019. 51 p.
- MACHADO, C. H.; BALTHAZAR, U. C. A Reforma Tributária como Instrumento de Efetivação da Justiça Distributiva: uma abordagem histórica. **Sequência**, Florianópolis, n. 77, p. 221-252, nov. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/664hwkfyJhNps84R4XgvgBh/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 08 mar. 2022.
- MEIRELLES, J. R. O princípio da capacidade contributiva. **Informação Legislativa**, Brasília, v. 34, n. 136, p. 333-339, out. 1997. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/315>. Acesso em: 08 mar. 2022.
- MOTA, S. R. F. Justiça social, tributária e fiscal no Brasil: uma busca imposta pela Constituição. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v. 18, n. 93, p. 199-217, jul. 2010.
- PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 999 p.
- REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 781 p.
- SANTIAGO, M. F. Estado Democrático de Direito: uma utopia possível? **Revista de Direito UFG**, Goiânia, v. 43, p. 1-19, 2019. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/57764>. Acesso em: 07 mar. 2022.
- SMIT, M. P. S. O cidadão e o legislador na ética e política de Aristóteles. **Humanidades em Diálogo**, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 119-130, nov. 2009. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/humanidades/article/view/106282>. Acesso em: 02 mar. 2022.

“QUEM ROUBA UM TOSTÃO, ROUBA UM MILHÃO”: O ESQUECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO TRATAMENTO DOS CRIMES DE BAGATELA

“IF YOU CAN STEAL A QUARTER, YOU CAN STEAL A MILLION”: FORGETTING THE INSIGNIFICANCE PRINCIPLE IN THE TREATMENT OF TRIFLE CRIMES

Caroline Araujo Corni¹

Data de Submissão: 04/04/2022

Data de Aceite: 29/06/2022

Resumo: O princípio da insignificância, embora essencial para o tratamento dos crimes de bagatela, frequentemente tem sua aplicação obstada pela lógica punitivista do sistema penal brasileiro. Prisões realizadas por crimes de bagatela - em especial, furtos -, ainda que não se sustentem até o fim da pena estipulada, têm grande impacto no sistema prisional, contribuindo para o abarrotamento dos estabelecimentos prisionais e a conseqüente insalubridade das condições de vida dos presos. O objetivo do presente artigo é traçar um panorama do princípio da insignificância, sua importância e sua verificação na realidade concreta, bem como sua relação com o sistema penitenciário brasileiro. Para tal, o método utilizado será a revisão bibliográfica, buscando fazer análise de pesquisas acadêmicas e do documentário “Bagatela”, de Clara Ramos, que convida a uma reflexão sobre a realidade dos crimes de bagatela. Após a análise, fica evidente que os agentes são pessoas vulneráveis, de classe social menos abastada, sendo o sofrimento, a violência institucional e a violação de direitos a que são submetidos os presos é incompatível com a gravidade de um crime bagatela. É absurdo, portanto, que um princípio tão importante como o da insignificância não seja aplicado para ajudar a mudar essa realidade.

Palavras-chave: “Crimes de bagatela”. “Princípio da insignificância”. “Sistema penal brasileiro”.

1 Graduada pela Universidade de Brasília - DF. Estagiária de Contencioso e Arbitragem no Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr. e Quiroga Advogados. Former Politics and International Relations Course alumni, Reach Cambridge Spring Program - University of Cambridge. Ex-monitora de Introdução à Ciência Política. Contato: carolcorni@gmail.com.

Abstract: The principle of insignificance, although essential for the treatment of trifle crimes, often has its application hindered by the punitive logic of the Brazilian penal system. Arrests carried out for trifle crimes - in particular, theft -, even if not lasting until the end of the stipulated sentence, have a great impact on the prison system, contributing to the overcrowding of prison establishments and the consequent unsanitary living conditions of prisoners. Therefore, the objective of this article is to outline the principle of insignificance, its importance and its verification in the concrete reality, as well as its relationship with the Brazilian penitentiary system. The method used will be the bibliographic review, seeking to analyze academic research and the documentary “Bagatela”, by Clara Ramos, which invites a reflection on the reality of trifle crimes. After the analysis, it is evident that the agents are vulnerable people, from a less affluent social class, and the suffering, institutional violence and violation of rights to which prisoners are subjected is incompatible with the seriousness of a trifle crime. It is absurd, therefore, that such an important principle as that of insignificance is not applied to help change this reality.

Keywords: “Trifle crimes”. “Insignificance principle”. “Brazilian penal system”.

1. INTRODUÇÃO

O princípio da insignificância, importante norma do Direito Penal, executa papel significativo no tratamento dos crimes contra o patrimônio de ínfima ofensividade para com os dispositivos penais, é excludente da tipicidade material dos fatos, justamente por testar a pouquíssima relevância da prática para a harmonia social e para a tutela da propriedade. É um princípio amplamente utilizado na doutrina. No entanto, recentemente, muitos casos de crimes - em especial, furtos - de bagatela têm chegado às últimas instâncias do Judiciário brasileiro.

O fato de um processo referente a uma conduta pouco ou nada ofensiva para a norma penal tramitar em instâncias recursais escancara o gradativo abandono (ou esquecimento) do princípio pelos aplicadores do Direito. Não raro, surgem em veículos de notícias casos de furto de bagatela que chegaram ao Superior Tribunal de Justiça, ou até mesmo ao Supremo Tribunal Federal.

O grande obstáculo para a aplicação do princípio em muitos desses casos nos quais este cabia sem risco de erro é justamente a lógica punitivista do sistema penal brasileiro e suas premissas de senso comum que, raramente, representam a realidade. A ideia infundada de que a pena criminal reduz a criminalidade, a falta de conhecimento sobre as reais condições do sistema carcerário e a visão deturpada sobre os objetivos da execução penal são alguns problemas gerados por essa lógica.

Portanto, a prisão de agentes em crimes de bagatela, ainda que não se sustente até o final da pena estipulada, tem grande impacto no sistema penitenciário, além dos próprios custos processuais que, muitas vezes, vão além do valor da coisa subtraída. As unidades penitenciárias, já abarrotadas de presos e com infraestrutura precária, se tornam ainda mais lotadas com a prisão desnecessária desses indivíduos. Ademais, há de se considerar o impacto que o sistema tem na saúde física e psicológica do infrator de bagatela. Além das condições precárias dos estabelecimentos, a própria privação da liberdade, consequência já prevista da pena criminal, é intervenção estatal nos direitos do indivíduo desproporcional à conduta praticada.

Assim, cabe questionar a lógica por trás do ditado popular “quem rouba um tostão, rouba um milhão”², fundado na lógica de que, independentemente da ofensividade, a conduta deve ser punida e que o criminoso é criminoso, sem se

2 É importante ressaltar que, penalmente, existe grande diferença entre furto e roubo. Isso porque, ao contrário do furto, o roubo envolve, como determinado no art. 157 do Código Penal, o uso de violência ou grave ameaça para a subtração da coisa móvel. O uso popular do termo, no entanto, não se atenta a essa diferenciação. Por esse motivo, foi utilizado o ditado popular para representar um ideal punitivista muito difundido na sociedade brasileira e as lógicas que ultrapassam o círculo dos profissionais do Direito, chegando a atingir o senso comum.

importar com a relevância da prática para o Direito Penal. Ladrão de tostão é mesmo tão ladrão quanto o ladrão de milhão? A intervenção estatal, nitidamente, não é proporcional no caso do ladrão de tostão como é no caso do ladrão de milhão. O roubo do milhão certamente ameaça muito mais a harmonia social do que o roubo do tostão. Qual seria a lógica, então, em tratar o ladrão de tostão como se trata o ladrão de milhão?

Focando nessas reflexões, o objetivo do presente artigo é traçar um panorama do princípio da insignificância, sua importância e sua verificação na realidade concreta, bem como sua relação com o sistema penitenciário brasileiro. Para tal, o método utilizado será a análise de pesquisas acadêmicas.

2. DOS CRIMES DE BAGATELA OU DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O crime de bagatela, amparado pelo princípio da insignificância, é justamente uma conduta de baixa relevância e reprovabilidade. Por ser tão inexpressiva, a prática não incide em necessidade da intervenção penal, sendo essa desproporcional ao nível de relevância do fato, visto a intensidade e a dureza de uma sanção penal. Nesse sentido, a infração bagatelar seria objeto de intervenção de outros ramos do Direito³.

O princípio da insignificância, fundamento para os crimes de bagatela, é um indicador de atipicidade de determinados fatos que outrora se encaixariam na descrição de fatos típicos. É um princípio polêmico, que, para muitos, não deve ser acolhido⁴, mas que pode ser verificado na doutrina e na jurisprudência respeitantes ao ordenamento jurídico desde 1988, quando houve a primeira menção a este em julgamento do Supremo Tribunal Federal⁵. É, ainda, embasado por ideias cujas

3 GOMES, 2009, p. 15 apud FLORENZANO, Fernando Wesley Gotelip. **O Princípio da Insignificância no Direito Penal brasileiro**. Direito em Movimento, Rio de Janeiro, v. 16 - n. 1, p. 110-142, 1º sem. 2018. p. 115.

4 Nesse sentido, argumenta-se que tal acolhimento consistiria em ofensa ao princípio da legalidade, já que o princípio da insignificância não está expressamente presente no ordenamento jurídico brasileiro. Porém, é evidente, através da própria aplicabilidade de outros princípios não positivados, que tais normas também orientam as ações do aplicador do Direito em uma trajetória mais justa. Existe parcela da doutrina que entende, ainda, que a adoção do princípio da insignificância pode desestabilizar a segurança social e jurídica. Para Fernando Florenzano, uma medida para preservar o sentimento de segurança seria o estabelecimento de parâmetros objetivos para a aplicação do princípio (FLORENZANO, Fernando Wesley Gotelip. **O Princípio da Insignificância no Direito Penal brasileiro**. Direito em Movimento, Rio de Janeiro, v. 16 - n. 1, p. 110-142, 1º sem. 2018. p. 122, 133-134).

5 Habeas Corpus nº 66.869-1/PR, 06/12/1988 (FLORENZANO, Fernando Wesley Gotelip. **O Princípio da Insignificância no Direito Penal brasileiro**. Direito em Movimento, Rio de

raízes já se apresentavam no Direito romano, em que o pretor se ocupava do mínimo possível de litígios, não se engajando nos inexpressivos⁶.

A tipicidade somente pode ser verificada em condutas de ofensividade expressiva ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal. Nem toda conduta contra bens tutelados é de gravidade e reprovabilidade consideráveis. Nesse sentido, o princípio da insignificância promove uma análise de proporcionalidade entre a intensidade da intervenção estatal e a relevância material da prática⁷.

Reforça-se que um pequeno potencial ofensivo não pode, por si só, atestar a insignificância da conduta, pois muitas infrações, ainda que de menor lesividade, possuem importância penal e relevância na manutenção da harmonia social, motivo pelo qual acarretam em consequências, determinadas pelo legislador. Ao falar de insignificância, é importante também fazer a distinção entre a ofensividade, que pode ser alta ou baixa independentemente da expressividade do bem lesionado, e a irrelevância da coisa afetada propriamente dita, que diz respeito a juízo de valor quanto a esta⁸.

Ademais, o princípio da insignificância dá sentido à atuação do poder punitivo e impede a sobrecarga do Judiciário (reduzindo, também, a consequente impunidade⁹ e as injustiças) evitando que sejam processados fatos inexpressivos. Faz jus, ainda, ao princípio da intervenção mínima, que preza pela intervenção do Direito Penal como último recurso. No mesmo sentido, é compatível com o princípio da fragmentariedade, ao passo que contribui para que apenas condutas lesivas para o bem jurídico tutelado fiquem sujeitas a penalização. Somado a isso, é importante ter em mente que não há exclusividade de aplicação do princípio da insignificância

Janeiro, v. 16 - n. 1, p. 110-142, 1º sem. 2018. p. 113).

6 FLORENZANO, Fernando Wesley Gotelip. **O Princípio da Insignificância no Direito Penal brasileiro**. Direito em Movimento, Rio de Janeiro, v. 16 - n. 1, p. 110-142, 1º sem. 2018. p. 110-113.

7 FLORENZANO, Fernando Wesley Gotelip. **O Princípio da Insignificância no Direito Penal brasileiro**. Direito em Movimento, Rio de Janeiro, v. 16 - n. 1, p. 110-142, 1º sem. 2018. p. 115.

8 FLORENZANO, Fernando Wesley Gotelip. **O Princípio da Insignificância no Direito Penal brasileiro**. Direito em Movimento, Rio de Janeiro, v. 16 - n. 1, p. 110-142, 1º sem. 2018. p. 117.

9 Um grande motivo para a impunidade e a segurança pública insatisfatória é, na verdade, a inabilidade Estatal de combater a criminalidade, e não a atipicidade de condutas de ofensividade inexpressiva (FLORENZANO, 2018, p. 119, 137-138).

aos crimes contra o patrimônio. Esse princípio pode guiar a aplicação de todas as normas penais¹⁰.

A jurisprudência traz diversos entendimentos quanto a questões que aparecem quando se lida com casos concretos de crimes de bagatela. Um desses entendimentos é o de que, apesar de serem atípicas e, portanto, não consistirem em ilícitos penais, condutas que se encaixam na definição de crimes de bagatela podem ser ilícitas em outras áreas do Direito. Além disso, é consolidado que, em situações que envolvem violência, não pode haver incidência do princípio da insignificância. Entende também, que não só o valor do bem jurídico deve ser insignificante para se afastar a tipicidade, mas sim a reprovabilidade da conduta. Sendo assim, a receptação, por encorajar a ocorrência de crimes mais graves, tem alta reprovabilidade ainda que o bem jurídico receptado seja de valor inexpressivo, afastando o princípio da insignificância. Já quanto à aplicação do princípio em situações envolvendo reincidência e réu com maus antecedentes, há entendimentos diferentes a depender das especificidades do caso¹¹.

O Habeas Corpus 119.672/SP, 06/05/2014¹², por exemplo, trata de furto famélico e é um exemplo da aplicabilidade do princípio da insignificância. O Supremo

10 FLORENZANO, Fernando Wesley Gotelip. **O Princípio da Insignificância no Direito Penal brasileiro**. Direito em Movimento, Rio de Janeiro, v. 16 - n. 1, p. 110-142, 1º sem. 2018.

11 FLORENZANO, Fernando Wesley Gotelip. **O Princípio da Insignificância no Direito Penal brasileiro**. Direito em Movimento, Rio de Janeiro, v. 16 - n. 1, p. 110-142, 1º sem. 2018. p. 128-136.

12 EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA ATO DE MINISTRO DE TRIBUNAL SUPERIOR. INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE. TENTATIVA DE FURTO. ART. 155, CAPUT, C/C ART. 14, II, DO CP). REINCIDÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. FURTO FAMÉLICO. ESTADO DE NECESSIDADE X INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. SITUAÇÃO DE NECESSIDADE PRESUMIDA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. HABEAS CORPUS EXTINTO POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. A aplicação do princípio da insignificância deve, contudo, ser precedida de criteriosa análise de cada caso, a fim de se evitar que sua adoção indiscriminada constitua verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais. 3. O valor da res furtiva não pode ser o único parâmetro a ser avaliado, devendo ser analisadas as circunstâncias do fato para decidir-se sobre seu efetivo enquadramento na hipótese de crime de bagatela, bem assim o reflexo da conduta no âmbito da sociedade. 4. In casu, a) a paciente foi presa em flagrante e, ao final da instrução, foi condenada à pena de 4 (quatro) meses de reclusão pela suposta prática do delito previsto no art. 155, caput, c/c o art. 14, II, do Código Penal (ten-

Tribunal Federal entendeu, nesse caso, que o princípio da insignificância só pode ser aplicado quando verificadas quatro condições: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

3. DO CRIME DE FURTO

Fazem-se pertinentes, para uma discussão mais engajada da temática, as tentativas de definir o “furto” e de entender o papel que esses crimes, em especial quando envolvem dano inexpressivo a bem jurídico tutelado, têm na verificação de crimes contra o patrimônio na realidade prática. A vedação desses crimes tem como fundamento a proteção que a Constituição Federal, em seu art. 5º, estabelece ao direito à propriedade¹³. O furto está disposto no primeiro capítulo do Título II do Código Penal, introduzindo os crimes contra o patrimônio¹⁴. Isso porque, entre os crimes patrimoniais, pode ser considerado o mais simples e básico, importante para

tativa de furto), pois, tentou subtrair 1 (um) pacote de fraldas, avaliado em R\$ 45,00 (quarenta e cinco reais) de um estabelecimento comercial. b) A atipicidade da conduta está configurada pela aplicabilidade do princípio da bagatela e por estar caracterizado, mutatis mutandis, o furto famélico, diante da estado de necessidade presumido evidenciado pelas circunstâncias do caso. 5. O furto famélico subsiste com o princípio da insignificância, posto não integrarem binômio inseparável. É possível que o reincidente cometa o delito famélico que induz ao tratamento penal benéfico. 6. Os fatos, no Direito Penal, devem ser analisados sob o ângulo da efetividade e da proporcionalidade da Justiça Criminal. Na visão do saudoso Professor Heleno Cláudio Fragoso, alguns fatos devem escapar da esfera do Direito Penal e serem analisados no campo da assistência social, em suas palavras, preconizava que “não queria um direito penal melhor, mas que queria algo melhor do que o Direito Penal”. 7. A competência desta Corte para a apreciação de habeas corpus contra ato do Superior Tribunal de Justiça (CRFB, artigo 102, inciso I, alínea “i”) somente se inaugura com a prolação de decisão do colegiado, salvo as hipóteses de exceção à Súmula nº 691 do STF, sendo descabida a flexibilização desta norma, máxime por tratar-se de matéria de direito estrito, que não pode ser ampliada via interpretação para alcançar autoridades – no caso, membros de Tribunais Superiores – cujos atos não estão submetidos à apreciação do Supremo. 8. Habeas corpus extinto por inadequação da via eleita. Ordem concedida de ofício para determinar o trancamento da ação penal, em razão da atipicidade da conduta da paciente.

13 SOUZA, NUCCI, Guilherme. D. **Curso de Direito Penal - Parte Especial - Vol. 2**. Grupo GEN, 2021. p. 311-316. p. 311.

14 O Título II do Código não esgota os crimes contra o patrimônio, havendo em leis extravagantes e em outras partes do Código Penal a previsão de crimes de potencial ofensivo contra patrimônio, seja ele público ou privado (BITENCOURT, Cezar. R. **Tratado de Direito Penal 3 - Parte Especial: crimes contra o patrimônio até crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos**. Editora Saraiva, 2021. p. 16-22. p. 17).

compreender os demais tipos penais que abrange o título supracitado¹⁵. É também um crime antigo, visto que, como aponta Cezar Roberto Bitencourt, é punido desde a Lei das XII Tábuas, na república romana¹⁶.

Como evidenciado pela localização do tipo penal no Código, o patrimônio é o afetado pelo crime de furto. Entende-se, por conseguinte, que os bens jurídicos tutelados são a posse, a detenção ou a propriedade da coisa¹⁷. Ressalta-se, no entanto, que o tipo penal somente tutela a posse que goza de legitimidade, sendo o sujeito passivo da prática do furto sempre o legítimo possuidor da coisa móvel, ainda que esta tenha sido subtraída da posse de “dono” ilegítimo¹⁸. Sendo assim, o Código Penal define o furto, em seu art. 155 como: “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”, determinando para o delito pena de um a quatro anos e multa. A interpretação minuciosa do estatuto repressivo feita por Nucci, aponta que a simples subtração ou retirada de algo pertencente a outrem não caracteriza, por si só, o furto, mas que a apropriação por parte do sujeito daquilo que não o pertence é fundamental para configurar-se o crime¹⁹. Afirma, ainda, que a palavra “móvel” é utilizada no artigo em seu sentido real, de coisa deslocável, e não no jurídico, e que a “coisa” objeto do crime pode ser tudo que existe, seja animado ou inanimado, sólido, líquido ou gasoso. Para o autor, todavia, é essencial que a coisa possua valor econômico, já que o furto existe no contexto dos crimes contra o patrimônio.

15 FÖPPEL, Gamil; OLIVEIRA, Gabriel Dalla Favera de. **Capítulo I - Do Furto**. In: QUEIROZ, Paulo (coord.). **Direito Penal – Parte Especial**. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 289-298. p. 289-290.

16 BITENCOURT, Cezar. R. **Tratado de Direito Penal 3 - Parte Especial: crimes contra o patrimônio até crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos**. Editora Saraiva, 2021. p. 16-22. p. 16.

17 Esse é o entendimento de Gamil Föppel, Gabriel Dalla Favera de Oliveira, Guilherme de Souza Nucci e Cezar Roberto Bitencourt. Contudo, Bitencourt explica que, ainda que o discurso de Magalhães Noronha, de que o crime de furto protege prioritariamente a posse e secundariamente a propriedade, seja o entendimento majoritário, pode-se verificar na doutrina divergências quanto a esse aspecto. Nelson Hungria, por exemplo, afirmava que a mera posse não corresponde ao direito de propriedade e, conseqüentemente, não faz parte da caracterização do furto (BITENCOURT, Cezar. R. **Tratado de Direito Penal 3 - Parte Especial: crimes contra o patrimônio até crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos**. Editora Saraiva, 2021. p. 16-22. p. 17).

18 FÖPPEL, Gamil; OLIVEIRA, Gabriel Dalla Favera de. **Capítulo I - Do Furto**. In: QUEIROZ, Paulo (coord.). **Direito Penal – Parte Especial**. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 289-298. p. 290.

19 SOUZA, NUCCI, Guilherme. D. **Curso de Direito Penal - Parte Especial - Vol. 2**. Grupo GEN, 2021. p. 311-316. p. 311.

Desse modo, o sujeito ativo do crime de furto pode ser qualquer indivíduo que da coisa não seja proprietário, pois, em geral, este não pode furto coisa sua nem mesmo se esta estiver sob posse de outra pessoa. O sujeito passivo, por sua vez, pode ser qualquer pessoa que tenha propriedade, detenção ou posse da coisa visada²⁰.

A verificação fática desses crimes também traz algumas reflexões quanto à recorrência de tal prática. No Distrito Federal, por exemplo, de janeiro a junho de 2021, o furto de veículos representou 1.829 das ocorrências criminais observadas, de acordo com o Sistema Nacional de Estatística de Segurança Pública e Justiça Criminal²¹, tendo sido 2.908 das ocorrências contabilizadas de crimes contra o patrimônio. Como pertinentemente colocado por Magalhães Noronha²², é de extrema importância ter em mente que o furto é, recorrentemente, “o crime do necessitado”, do sujeito das classes menos abastadas da sociedade. Esse é aspecto chave não só para a discussão sobre o furto em geral, mas para o entendimento dos crimes de bagatela e de como o princípio da insignificância afeta o sistema penitenciário.

3.1. DO FURTO DE BAGATELA

O furto de bagatela, como já é possível inferir, é o furto de inexpressiva ofensividade para o bem jurídico tutelado, ou seja, para a propriedade e a posse. Levar em consideração que o furto é um crime cometido, em geral, por pessoas de menor poder aquisitivo e das classes mais vulneráveis da sociedade faz com que compreendamos o porquê o furto tem tanto destaque entre os crimes de bagatela. Produtos de higiene, gêneros alimentícios são produtos de valor econômico ínfimo, mas que, muitas vezes, são furtados por pessoas que não possuem as condições financeiras para adquiri-las.

O documentário “Bagatela”, dirigido por Clara Ramos²³, acompanha de perto a realidade de algumas pessoas que cometeram furtos de bagatela, explorando seus

20 FÖPPEL, Gamil; OLIVEIRA, Gabriel Dalla Favera de. **Capítulo I - Do Furto**. In: QUEIROZ, Paulo (coord.). **Direito Penal – Parte Especial**. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 289-298. p. 290-291.

21 Portal Brasileiro de Dados Abertos. **Ocorrências Criminais - Sinesp. 2021**. Disponível em: <<https://dados.gov.br/dataset/sistema-nacional-de-estatisticas-de-seguranca-publica>>. Acesso em 26 out. 2021.

22 NORONHA, 1979, p. 221 apud BITENCOURT, Cezar. R. **Tratado de Direito Penal 3 - Parte Especial: crimes contra o patrimônio até crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos**. Editora Saraiva, 2021. p. 16-22. p. 16.

23 **BAGATELA**. Direção: Clara Ramos. Coprodução de Clara Ramos. Brasil: Pólo de imagem, Fundação Padre Anchieta, 2010. TV Cultura.

motivos e as consequências que tais práticas tiveram para suas vidas. Sueli, uma das entrevistadas, foi presa pelo furto de desodorantes e biscoitos. Quando perguntada se, após toda a experiência da prisão, furtaria novamente, responde que sim, se fosse necessário para alimentar o neto. Essa é uma representação crua, vívida e muito verossímil do perfil de agentes em crimes de bagatela: pessoas movidas pela necessidade, vulnerabilizadas e sem recursos para viver em condições dignas.

3.2. DO FURTO FAMÉLICO

O furto famélico é uma modalidade de furto que torna ainda mais nítida a necessidade e a fundamentação do princípio da insignificância. Embora não seja definido e especificado em dispositivo legal, o furto famélico tem espaço na doutrina e na jurisprudência, sendo compreendido como o furto de elementos essenciais para a vida digna, como gêneros alimentícios e medicamentos, como única alternativa do agente para satisfazer necessidades básicas, fundamentais e relevantes próprias ou de ascendentes. Essas são ações decorrentes, evidentemente, da escassez de recursos e da condição financeira baixíssima em que, em geral, se encontram os agentes, que enxergam o furto como a única forma de sobrevivência viável.²⁴

Para esse tipo de prática, há entendimento jurisprudencial no sentido de que a necessidade justifica tais atitudes. Além do próprio princípio da insignificância, que tem importante papel na análise desses casos e exclui a tipicidade material do ato, o estado de necessidade também é instituto valioso para justificar o furto famélico²⁵. O art. 23 do Código Penal estabelece, entre as causas excludentes de ilicitude, o estado de necessidade, que é definido pelo art. 24 do mesmo documento como “considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”. Se enquadra perfeitamente na definição o furto cometido para salvar de perigo o direito constitucionalmente garantido à saúde e à alimentação²⁶, por exemplo.

24 MELLO, Deborah Bandeira de Deus; LIMA, Isabella Victorya de Carvalho. **O crime de bagatela e a relação com a superlotação do sistema carcerário brasileiro**. *Jornal Jurídico*, 2020. p. 129-146.

25 Idem, *ibidem*.

26 A Constituição Federal determina, em seu art. 6º que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Essas ocorrências são, mais que tudo, reflexo da gritante desigualdade social existente no Brasil, da falta de efetividade das garantias constitucionais e da falha do Estado em assegurar os direitos constitucionais e humanos dos cidadãos brasileiros²⁷. É nitidamente desarrazoado exigir que um indivíduo abra mão de seu direito à alimentação, que não só é um direito como também é imprescindível para a sobrevivência, em prol da propriedade de sujeitos passivos para os quais, em grande parte das vezes, o item subtraído é insignificante.

4. DO SUMIÇO DA INSIGNIFICÂNCIA DAS DECISÕES NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Recentemente, têm repercutido na mídia e nos veículos de notícia diversos casos de autuação e condenação por crimes de bagatela. Nessa senda, destaca-se casos de furto de produtos de necessidade básica. Em muitas situações em que poderia ser aplicado sem receio de erro o princípio da insignificância, por ser óbvia a inexpressividade da lesão, esses agentes, em geral, de classes menos abastadas da sociedade, foram submetidos à intervenção desproporcional do Estado.

Em grande parte das vezes, essas prisões não se mantêm e as decisões não se sustentam, sendo revistas. No entanto, a existência de decisões nesse sentido e a chegada desses casos às últimas instâncias do Judiciário brasileiro revela o esquecimento da importância do princípio da insignificância pelos aplicadores do Direito.

Exemplo de esquecimento do princípio está em decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso de Agravo ao Habeas Corpus 155.920/MG, 03/10/2020²⁸. Mesmo com jurisprudência firmada do Supremo Tribunal Federal quanto à aplicabilidade do princípio da insignificância, o Ministério Público Federal interpôs recurso à decisão que deferiu um Habeas Corpus em favor de agente que tentou furtar duas peças de queijo minas que, posteriormente, foram devolvidas. Percebe-

27 Idem, ibidem.

28 EMENTA: “HABEAS CORPUS” – TENTATIVA DE FURTO SIMPLES (CP, art. 155, “caput”, c/c o art. 14, II) – DUAS PEÇAS DE QUEIJO MINAS – OBJETOS SUBTRAÍDOS QUE FORAM DEVOLVIDOS À VÍTIMA, QUE É UMA SOCIEDADE EMPRESÁRIA – SITUAÇÃO DE REINCIDÊNCIA QUE NÃO DESCARACTERIZA, POR SI SÓ, O FATO INSIGNIFICANTE – PRECEDENTES, NESSE SENTIDO, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, QUE SE QUALIFICA COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SUA DIMENSÃO MATERIAL – DOCTRINA – PRECEDENTES – HIPÓTESE, NO CASO, DE ABSOLVIÇÃO PENAL DA PACIENTE (CPP, ART. 386, III) – “HABEAS CORPUS” DEFERIDO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO .

se que, apesar da óbvia situação de crime de bagatela, a aplicação do princípio da insignificância tem sido abandonada não apenas por tribunais e juízes, mas por funcionários do sistema do Direito em geral.

O Recurso em Habeas Corpus 126.272/MG²⁹, que recorre da decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais no Habeas Corpus 0279073-05.2020.8.13.0000. Na decisão em questão, não foi reconhecida a condição de crime de bagatela, ainda que o valor econômico da coisa subtraída fosse de quatro reais. A subjetividade da definição de “insignificante” não explica a decisão, já que dificilmente será sustentado o argumento de que a subtração de um valor como quatro reais é de grande ofensividade. Em segunda instância, contudo, a insignificância foi aplicada e o processo foi trancado.

Nesse caso, inclusive, o Ministro Sebastião Reis Júnior revelou que o número de processos recebidos pelo Superior Tribunal de Justiça entre 2017 e 2020 cresceu de 84.256 para 124.276. Para o magistrado, é absurdo que um furto de produtos no valor de quatro reais tenha chegado ao STJ quando os custos processuais ultrapassam em muito esse valor. Segundo ele:

Essa situação ocorre porque a advocacia e o Ministério Público insistem em teses superadas, mas também porque os tribunais se recusam a aplicar os entendimentos pacificados no STJ. No Legislativo, discute-se

29 EMENTA: RECURSO EM HABEAS CORPUS. FURTO. TRANCAMENTO DO PROCESSO. INSIGNIFICÂNCIA. VALOR ÍNFIMO. CONCEITO INTEGRAL DE CRIME. PUNIBILIDADE CONCRETA. CONTEÚDO MATERIAL. BEM JURÍDICO TUTELADO. GRAU DE OFENSA. VALOR ÍNFIMO DA SUBTRAÇÃO. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO. 1. Para que o fato seja considerado criminalmente relevante, não basta a mera subsunção formal a um tipo penal. Deve ser avaliado o desvalor representado pela conduta humana, bem como a extensão da lesão causada ao bem jurídico tutelado, com o intuito de aferir se há necessidade e merecimento da sanção, à luz dos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade. 2. As hipóteses de aplicação do princípio da insignificância se revelam com mais clareza no exame da punibilidade concreta possibilidade jurídica de incidência de uma pena, que atribui conteúdo material e sentido social a um conceito integral de delito como fato típico, ilícito, culpável e punível, em contraste com estrutura tripartite (formal). 3. Por se tratar de categorias de conteúdo absoluto, a tipicidade e a ilicitude não comportam dimensionamento do grau de ofensa ao bem jurídico tutelado compreendido a partir da apreciação dos contornos fáticos e dos condicionamentos sociais em que se inserem o agente e a vítima. 4. O diálogo entre a política criminal e a dogmática na jurisprudência sobre a bagatela é também informado pelos elementos subjacentes ao crime, que se compõem do valor dos bens subtraídos e do comportamento social do acusado nos últimos anos. 5. Na espécie, o réu primário subtraiu de estabelecimento comercial dois steaks de frango, avaliados em R\$ 4,00, valor ínfimo que não evidencia lesão ao bem jurídico tutelado e não autoriza a atividade punitiva estatal. 6. Recurso em habeas corpus provido, para determinar o trancamento da ação penal.

o aumento das penas, mas não se debate a ressocialização e a prevenção de crimes³⁰.

Há quem tente apontar problemas na utilização do princípio da insignificância para deixar de responsabilizar penalmente os agentes de crimes de bagatela. Airton Vieira³¹, por exemplo, entende que, se não forem punidos os furtos de bagatela, conseqüentemente, estará legitimado a todo indivíduo o ato de furtar algo de valor irrisório. No entanto, o princípio da insignificância não tem como premissa a impunidade dos agentes dessas práticas. A ideia do princípio é que o Direito Penal se ocupe com o mínimo possível e apenas com o que for socialmente relevante e de ofensividade significativa às normas penais. Como pertinentemente ressaltado por Carlos Vico Mañas³², a proposta é que tais casos sejam tratados por outras vias, outros ramos do Direito. Nessa senda, a conduta permaneceria sendo entendida como ilícita e ilegítima, apenas não incidiria em pena criminal.

Vieira³³ critica ainda a subjetividade e incontrollabilidade da ideia de “insignificância”. É fato que a avaliação de determinada coisa como insignificante varia. Para ele, no entanto, essa variação é perigosa até mesmo se fosse levado em consideração o valor do patrimônio da vítima para classificar o que, em seu contexto, seria uma ofensa inexpressiva à propriedade. Contudo, certamente não é a primeira vez que o Direito se depara com a subjetividade no momento de sua aplicação. De acordo com o próprio Ronald Dworkin, que fez a distinção entre regras e princípios, o princípio teria estrutura aberta e indeterminada, demandando que sejam levadas em consideração as especificidades do caso concreto em que serão aplicados³⁴. Somado a isso, os furtos de bagatela não possuem, por definição, importância penal e relevância na manutenção da harmonia social. Lembra-se a distinção entre irrelevância da coisa e ofensividade, que não necessariamente

30 STJ Notícias. **Sexta Turma tranca ação sobre furto de R\$ 4 em steaks de frango e critica chegada de casos semelhantes ao STJ**. jun. 2021. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/07062021-Sexta-Turma-tranca-acao-sobre-furto-de-R--4-em-steaks-de-frango-e-critica-chegada-de-casos-semelhantes-ao-STJ.aspx>>. Acesso em 29 out. 2021.

31 **BAGATELA**. Direção: Clara Ramos. Coprodução de Clara Ramos. Brasil: Pólo de imagem, Fundação Padre Anchieta, 2010. TV Cultura.

32 **BAGATELA**. Direção: Clara Ramos. Coprodução de Clara Ramos. Brasil: Pólo de imagem, Fundação Padre Anchieta, 2010. TV Cultura.

33 Idem, ibidem.

34 Fala de Menelick de Carvalho Netto, em aula de Teoria Geral do Estado para a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, em setembro de 2020.

depende da expressividade do valor econômico da coisa, mas é avaliada a partir do grau de afronta da conduta à norma e ao bem jurídico tutelado (no caso, a propriedade).

No entanto, ainda que não seja razão para se negar a legitimidade e importância da aplicabilidade do princípio, a subjetividade da avaliação de condutas como insignificantes e, por conseguinte, na seleção de quais casos podem ter incidência da insignificância, gera certa instabilidade na segurança jurídica. Diante disso, a fixação de critérios para essa aplicação poderia facilitar e melhorar as fundamentações de excludente de tipicidade material baseadas no princípio da insignificância³⁵. Isso porque, ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha estabelecido quatro critérios para avaliar a aplicabilidade do princípio, a subjetividade abre margem para o que é também uma das razões pelas quais o princípio da insignificância desaparece em situações em que deveria ser aplicado. Conforme colocado por Luiz Flávio Gomes³⁶, “os juízes adeptos da ideologia punitivista da segurança tendem a aplicar a insignificância restritivamente; ao contrário, os juízes que seguem a ideologia humanista da equidade tendem a admitir a insignificância formal mais ampla”.

Dessarte, uma possibilidade de solução para este obstáculo está no caderno de proposta legislativas 16 Medidas Contra o Encarceramento em Massa. No art. 3^a da Proposta 2, lê-se:

Art. 3^o O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 16-A:

“Insignificância da conduta ou do resultado.

Art. 16-A – Não se considera típica a ação ou omissão ou o resultado que não ofenda de forma significativa o bem jurídico tutelado legalmente.

Parágrafo único - A determinação da insignificância terá por base somente aspectos objetivos observando-se a relação entre o bem jurídico tutelado e o impacto pessoal ou social da conduta. Em nenhum caso serão considerados fatores pessoais como antecedentes, reincidência ou a natureza supraindividual do bem jurídico”³⁷.

35 FLORENZANO, Fernando Wesley Gotelip. **O Princípio da Insignificância no Direito Penal brasileiro**. Direito em Movimento, Rio de Janeiro, v. 16 - n. 1, p. 110-142, 1^o sem. 2018. p. 121.

36 GOMES, 2013, p. 158 apud FLORENZANO, Fernando Wesley Gotelip. **O Princípio da Insignificância no Direito Penal brasileiro**. Direito em Movimento, Rio de Janeiro, v. 16 - n. 1, p. 110-142, 1^o sem. 2018. p. 128-136.

37 IBCCRIM, Juízes para a Democracia, CEDD/UnB, Pastoral Carcerária. **Caderno de proposta legislativas 16 Medidas Contra o Encarceramento em Massa**. 2017. Disponível em: <<https://www.ajd.org.br/documentos/cidadania/650-74caderno-de-propostas-legislativas-16-medidas-contra-o-encarceramento-em-massa>>. Acesso em 26 out. 2021.

5. DA RELAÇÃO COM O JUDICIÁRIO E O SISTEMA PENITENCIÁRIO

O esquecimento do princípio da insignificância certamente tem impactos no sistema penal. Primeiramente, apenas contribui para o congestionamento do Judiciário, já abarrotado de processos que, muitas vezes, demoram quantidade significativa de tempo para serem julgados. O processamento de casos de furto de bagatela, em que não há nem mesmo tipicidade material, resulta em um número e processos desnecessários sobrecarregando o sistema.

Como ressaltado por Marcelo Semer³⁸ através de experiências de sua própria carreira, dado o valor, em geral, irrisório das coisas furtadas em casos de bagatela, muitas vezes os custos de processamento e trâmite, muitas vezes em várias instâncias, são mais onerosos para o Estado do que o próprio valor da coisa, o que só remete ao prejuízo ínfimo de tais furtos para a harmonia social. Além disso, manter o sistema prisional, já superlotado, repleto de indivíduos que praticaram crimes de bagatela, é mais um ônus para o sistema³⁹.

O sistema prisional brasileiro possui diversos problemas e está em duradoura crise. Nas unidades prisionais, as ocorrências de violência e violação dos direitos humanos são inúmeras. As condições do sistema no Brasil fazem com que, como colocado por Alessandro Baratta⁴⁰, este se torne um maquinário de violência e violação dos direitos individuais dos presos⁴¹. O problema da superlotação das unidades penitenciárias também é grave, e a população carcerária tem crescido. Segundo o Departamento Penitenciário Nacional, em 2019, chegou a haver mais de 750 mil presos para apenas cerca de 440 mil vagas no sistema. O Ministério da Justiça também concluiu, através de estudo, que 32,3 mil pessoas estariam presas em decorrência de furto simples⁴². A falta da aplicação do princípio da insignificância

38 **BAGATELA**. Direção: Clara Ramos. Coprodução de Clara Ramos. Brasil: Pólo de imagem, Fundação Padre Anchieta, 2010. TV Cultura.

39 FLORENZANO, Fernando Wesley Gotelip. **O Princípio da Insignificância no Direito Penal brasileiro**. Direito em Movimento, Rio de Janeiro, v. 16 - n. 1, p. 110-142, 1º sem. 2018. p. 136.

40 BARATTA, Alessandro. **Direitos Humanos: entre a violência estrutural e a violência penal**. Universität des Saarlandes, Sarre, Alemanha. [1993?]. p. 54-55.

41 Para Baratta ([1993?], p. 53), mesmo que as prisões estivessem nos padrões para resguardar os direitos do condenado, a pena continuaria sendo uma violência institucional, pois atinge o círculo social do preso e o priva dele.

42 SANCHÉS; SIMAS; DIUANA; LAROUZE, 2020 apud SALES, Rodrigo de Paula. **Colapso no sistema prisional brasileiro e a ressocialização do preso**. Jornal Eletrônico Faculdades Integradas Vianna Júnior. v. 13, n. 1, jan-jun 2021.

somente agrava essa situação, colocando nas unidades penitenciárias indivíduos que nem mesmo deveriam ter sido condenados na esfera penal.

Com todos os seus problemas infraestruturais e de salubridade, é evidente que o sistema prisional também tem falhado em sua missão de ressocialização, se tornando mais um instrumento de violência institucional. É importante pensar nos alvos dessa violência, minuciosamente escolhidos a partir da seletividade penal. Verena Serpa⁴³, ao analisar julgamentos do Supremo Tribunal Federal acerca de furtos e descaminho, escancara a seletividade penal que atinge a parcela mais vulnerável da sociedade (de onde vêm, em geral, os sujeitos ativos dos furtos de bagatela). Sua conclusão é a de que o Direito Penal valoriza o patrimônio privado mais que o patrimônio público e, por isso, o protege mais rigorosamente. Conseqüentemente é aplicado às pessoas vulneráveis um Direito Penal mais rigoroso em comparação ao aplicado quanto às pessoas de classes privilegiadas, que são a maioria dos agentes que cometem crimes contra o patrimônio público.

A tão disseminada lógica punitivista, de que o estado deve devolver ao indivíduo o prejuízo por ele causado à sociedade, é a que tenta argumentar que a conduta deve ser objeto de pena criminal independentemente da expressividade da ofensa. No entanto, o sistema penitenciário, atualmente, segue a lógica da ressocialização. Isso é o que está disposto na lei 7.210/84, a Lei da Execução Penal, quando esta determina, em seu art. 1º, que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Nesse sentido, não é função da pena gerar sofrimento, punição ou retribuição do dano causado pelo preso⁴⁴. Portanto, não há fundamento no próprio objetivo da execução penal que justifique a pena criminal para um agente que não causou abalo na harmonia social e, portanto, não requer ressocialização.

Além disso, não há relação estatisticamente comprovada entre as prisões e a redução da criminalidade. Como bem ressaltado por Semer⁴⁵, o excesso de punição pode fazer o efeito inverso, aumentando o contato dos condenados com o mundo do crime e, por conseguinte, aumentando a criminalidade.

43 SERPA, Verena Guerios. **A seletividade penal nos crimes de furto e descaminho julgados pelo Supremo Tribunal Federal**. Monografia - Direito (bacharelado). 2018.

44 FLORENZANO, Fernando Wesley Gotelip. **O Princípio da Insignificância no Direito Penal brasileiro**. Direito em Movimento, Rio de Janeiro, v. 16 - n. 1, p. 110-142, 1º sem. 2018. p. 114.

45 **BAGATELA**. Direção: Clara Ramos. Coprodução de Clara Ramos. Brasil: Pólo de imagem, Fundação Padre Anchieta, 2010. TV Cultura.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a traçagem de um panorama geral acerca da situação do princípio da insignificância na realidade brasileira, das motivações e consequências de seu esquecimento, é possível entender que tal instituto é de suma importância para o bom funcionamento do Direito Penal, para descomprimir o sistema penitenciário e para proteger a parcela mais vulnerável da população da violência institucional do Estado.

A lógica punitivista atrapalha a defesa dos direitos individuais dos infratores bagatelares por desconsiderar completamente a relação de desproporcionalidade entre a conduta, que não gera periculosidade social, e a intervenção estatal. A não aplicação do princípio da insignificância, por sua vez, submete o sujeito ativo da conduta à violência, condições degradantes, superlotação e falta de estrutura dos estabelecimentos prisionais, por conta de uma prática de pouca ou nenhuma reprovabilidade.

Por fim, fica evidente que, na verdade, quem rouba tostão não rouba milhão; ou seja, o ladrão de tostão e o ladrão de milhão não tem condutas de reprovabilidade equivalente. Sabe-se que a maioria dos agentes em crimes de bagatela são pessoas vulneráveis e de classes sociais menos abastadas. É desarrazoado, dessarte, exigir conduta diferente de quem vê no furto a única possibilidade para uma sobrevivência digna. O sofrimento, a violência institucional e a violação de direitos a que são submetidos os presos é mais que nitidamente incompatível com a gravidade de um crime bagatelar. É necessário um olhar mais profundo e dedicado para se desvencilhar das premissas rasas de senso comum, que repetem que criminoso é criminoso, que pena privativa de liberdade reduz a criminalidade e que a desigualdade e a situação de penúria não são justificativas para o crime pois há “muito pobre honesto por aí”, e entender que a realidade do sistema penitenciário e das ocorrências de furto mostram situações mais complexas e entristecedoras.

7. REFERÊNCIAS

BAGATELA. Direção: Clara Ramos. Coprodução de Clara Ramos. Brasil: Pólo de imagem, Fundação Padre Anchieta, 2010. TV Cultura.

BARATTA, Alessandro. **Direitos Humanos: entre a violência estrutural e a violência penal.** Universität des Saarlandes, Sarre, Alemanha. [1993?]. p. 44- 61.

BITENCOURT, Cezar. R. **Tratado de Direito Penal 3 - Parte Especial: crimes contra o patrimônio até crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos.** Editora Saraiva, 2021. p. 16-22.

Código Penal. (1940). Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

Constituição da República Federativa do Brasil. (1988). Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

FÖPPEL, Gamil; OLIVEIRA, Gabriel Dalla Favera de. **Capítulo I - Do Furto.** In: QUEIROZ, Paulo (coord.). **Direito Penal – Parte Especial.** Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 289-298.

FLORENZANO, Fernando Wesley Gotelip. **O Princípio da Insignificância no Direito Penal brasileiro.** Direito em Movimento, Rio de Janeiro, v. 16 - n. 1, p. 110-142, 1º sem. 2018. p. 110-142.

IBCCRIM, Juízes para a Democracia, CEDD/UnB, Pastoral Carcerária. **Caderno de proposta legislativas 16 Medidas Contra o Encarceramento em Massa.** 2017. Disponível em: <<https://www.ajd.org.br/documentos/cidadania/650-74caderno-de-propostas-legislativas-16-medidas-contr-o-encarceramento-em-massa>>. Acesso em 26 out. 2021.

INFOPEN (2020). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/numero-de-presos-no-brasilchega-755-mil-segundo-ministerio-da-justica>>. Acesso em: 29 out 2021.

Lei de execução Penal Brasileira.(1984). Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984. Rio de Janeiro.

MELLO, Deborah Bandeira de Deus e; LIMA, Isabella Victorya de Carvalho. **O crime de bagatela e a relação com a superlotação do sistema carcerário brasileiro.** Jornal Jurídico, 2020. p. 129-146.

Portal Brasileiro de Dados Abertos. **Ocorrências Criminais - Sinesp. 2021.** Disponível em: <<https://dados.gov.br/dataset/sistema-nacional-de-estatisticas-de-seguranca-publica>>. Acesso em 26 out. 2021.

SALES, Rodrigo de Paula. **Colapso no sistema prisional brasileiro e a ressocialização do preso.** Jornal Eletrônico Faculdades Integradas Vianna Júnior. v. 13, n. 1, jan-jun 2021.

SERPA, Verena Guerios. **A seletividade penal nos crimes de furto e descaminho julgados pelo Supremo Tribunal Federal.** Monografia - Direito (bacharelado). 2018.

SOUZA, NUCCI,Guilherme. D. **Curso de Direito Penal - Parte Especial - Vol. 2.** Grupo GEN, 2021. p. 311-316.

STF (2014). **HC 119672,** Relator: Min. LUIZ FUX. 06/05/2014.

STF (2020). **Ag. Reg. no HC 155920**, Relator: Min. CELSO DE MELLO. 03/10/2020.

STJ Notícias. **Sexta Turma tranca ação sobre furto de R\$ 4 em steaks de frango e critica chegada de casos semelhantes ao STJ**. jun. 2021. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/07062021-Sexta-Turma-tranca-acao-sobre-furto-de-R--4-em-steaks-de-frango-e-critica-chegada-de-casos-semelhantes-ao-STJ.aspx>>. Acesso em 29 out. 2021.

STJ (2021). **RHC 126272**, Relator: Min. ROGERIO CRUZ. 07/06/2021.

O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO COMO CRITÉRIO NO CONTROLE POLÍTICO PRÉVIO DE CONSTITUCIONALIDADE

THE PRINCIPLE OF SUPREMACY OF THE PUBLIC INTEREST AS A CRITERION IN POLITICAL CONTROL PRIOR TO CONSTITUTIONALITY

Diana Melissa Ferreira Alves Diniz¹

Djamiro Ferreira Acipreste Sobrinho²

Sebastião Casimiro de Sousa Neto³

Data de Submissão: 22/03/2022

Data de Aceite: 22/06/2022

Resumo: O presente trabalho trata da possibilidade de utilização do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, típico do Direito Administrativo, na aferição de constitucionalidade feita pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, quando do exercício do controle prévio político de constitucionalidade. Utilizou-se do método de abordagem hipotético-dedutivo, do método de procedimento histórico-evolutivo e das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, especialmente, por meio de livros, artigos selecionados no Portal Capes de Periódicos e de documentos legislativos extraídos do sítio da Câmara dos Deputados. Como síntese dos

1 Mestra em Direito pela Universidade Federal Rural do Semi-árido. Professora Substituta da graduação em Direito da Universidade Regional do Cariri – URCA. Ceará. diana.ferreira@urca.br. Trabalho fruto de Trabalho de Conclusão de Curso (monografia) da pós-graduação lato sensu em Direito Administrativo e Gestão Pública da Universidade Regional do Cariri em parceria com a Universidade Aberta do Brasil.

2 Mestre em Sociedade Democrática, Estado e Direito pela Universidade do País Basco - Espanha). Doutorando em Sociedade Democrática, Estado e Direito pela Universidade do País Basco – Espanha. Doutorando em Educação pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Professor do Departamento de Direito da Universidade Regional do Cariri – Ceará. djamiro.acipreste@urca.br.

3 Professor Temporário de Direito da URCA. Professor Formador no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da URCA/UAB em Direito Administrativo e Gestão Pública. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Regional do Cariri. Pós-Graduando em Direito Civil pela Uniasselvi. Assistente de Apoio Judiciário- TJCE. Universidade Regional do Cariri- URCA. Ceará. scasimironeto@gmail.com.

resultados, percebeu-se que, apesar de ter aptidão técnica compor o referido momento de controle de constitucionalidade, o princípio seria incapaz, por si mesmo, de evitar o avanço de emendas contrárias à constituição, podendo até mesmo ser utilizado como reforço retórico para sua aprovação.

Palavras-chave: Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Controle de Constitucionalidade. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

Abstract: The present work deals with the possibility of using the principle of supremacy of the public interest over the private, typical of Administrative Law, in the assessment of constitutionality made by the Constitution, Justice and Citizenship Commission of the Chamber of Deputies, when exercising prior control constitutional politics. The hypothetical-deductive method of approach and the techniques of bibliographic and documentary research were used, especially through books and articles selected in the Capes Portal of Periodicals and legislative documents extracted from the website of the Chamber of Deputies. As a synthesis of the results, it was noticed that, despite having technical aptitude to compose the referred moment of constitutionality control, the principle would be incapable, by itself, of preventing the advance of amendments contrary to the constitution, and could even be used as a reinforcement rhetoric for your approval.

Keywords: Principle of supremacy of public interest over private. Control of Constitutionality. Commission on Constitution, Justice and Citizenship.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o tema da possibilidade de utilização do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, típico do Direito Administrativo, na aferição de constitucionalidade feita pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, quando do exercício do controle prévio político de constitucionalidade.

Justifica-se a escolha do tema pela relevância social e científica de se discutir mecanismos para um controle mais efetivo de constitucionalidade de projetos e propostas que tenham potencial de causar danos ao interesse público. Nos últimos anos, no Brasil, diversas medidas lesivas aos interesses sociais foram aprovadas, como a Emenda do Teto dos Gastos e as Reformas Trabalhista e Previdenciária.

Assim, o problema de pesquisa do referido estudo se expressa como: o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado seria um critério apto a ser utilizado no controle político prévio de constitucionalidade exercido pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados?

Como hipótese obtida a partir de estudos preliminares, compreendeu-se que: sim, o referido princípio conta com aptidão técnica para tanto. Ocorre que, ao final, a hipótese foi apenas parcialmente confirmada, eis que, apesar de contar com aptidão técnica, o princípio se torna incapaz de, por si só, impedir o avanço de medidas inconstitucionais em um contexto neoliberal, podendo ainda reforçar a retórica para aprovação delas.

Para concretizar a pesquisa, utilizou-se do método de abordagem hipotético-dedutivo e dos métodos de procedimento histórico-evolutivo e observacional. De abordagem qualitativa, a pesquisa contou com o uso das técnicas bibliográfica e documental. Foram utilizados livros, dissertações, artigos, periódicos, dando-se primazia a base de dados do Portal Capes, com artigos revisados por pares nos últimos cinco anos. Quanto às legislações, foram obtidas no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados.

O artigo foi dividido em três seções. Na primeira, abordaram-se questões relativas à teoria constitucional, especialmente relacionadas ao poder constituinte e a possibilidade de emendar a Constituição. Na segunda seção, foi discutida a natureza do Controle de Constitucionalidade, seus fundamentos e sua instrumentalização no Brasil, assim como as questões relativas à CCJC. Por fim, na terceira seção, debateu-se sobre a conceituação do princípio em comento e sobre a viabilidade de sua utilização no controle político prévio de constitucionalidade.

Como visão geral do tema, com base na Teoria Geral da Constituição e, partindo de um ponto de vista histórico, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade gerou discussões quanto a emendas constitucionais com tendência a violar o interesse público. Em seu aspecto político prévio, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados se destacou. Afastando-se das críticas de viés liberal, discutiu-se o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado como possível critério na condução desse processo.

Assim, embora sua aptidão jurídico-teórica tenha sido confirmada, a materialidade demonstrou sua insuficiência para barrar as referidas emendas, ainda que inserido no procedimento regimental de aferição e ou como cláusula pétrea constitucional. Vislumbrou-se, entretanto, que sua *ratio* principiológica tem potencial para estimular novos mecanismos populares de pressão durante o exercício do controle político prévio de constitucionalidade.

2. APORTES DA TEORIA CONSTITUCIONAL PARA A COMPREENSÃO DO TEMA

A mudança constitucional permeia o constitucionalismo brasileiro. Em menos de 200 anos, foram produzidas sete constituições e mais de cem emendas à Constituição vigente. Como observa Paixão (2014), nesse processo de criação, o discurso assume lugar de destaque junto da pluralidade de significações de categorias constitucionais, como é o caso do poder constituinte, que alimenta os embates políticos em torno do poder.

O Poder Constituinte, dentro disso, relaciona-se à justificação e à existência de uma Constituição. Ele possui aspectos jurídicos e os que superam a esfera da positividade. Evidencia-se a sua fundamentação material ao direito em geral e a força de legitimidade que confere à Constituição. Assim, é mais do que norma ou fundamento normativo, tendo também uma dimensão política (BÖCKENFÖRDE, 2000).

Bonavides (2004) se refere à teoria do Poder Constituinte como uma teoria de legitimação do Poder, sendo inerente às sociedades humanas organizadas, havendo apenas a ocorrência de sua teorização, necessária para legitimar a fundamentação do Estado. Interessante observar que os teóricos deste Poder beberam da filosofia contratualista, sua característica de originalidade leva à compreensão de que determinados homens, pelo uso da razão, teriam se unido para fundar e estruturar um Estado.

No panorama mais recente da América Latina, a teoria do Poder Constituinte tem feito parte da retórica de rupturas institucionais e sucessões constitucionais, conduzindo à ideia de que o povo poderia, a qualquer momento, sair de sua ordem

política e substituir a constituição. O continente se destaca por um alto volume constitucional, o que se relaciona com a alternância de regimes vivenciados. Assim, a retórica do poder constituinte na América Latina tem tido a função de permitir às elites políticas uma fuga das negociações com opositores, salientando os benefícios de uma elaboração constitucional negociada (LANDAU, 2019).

No aspecto formal, a possibilidade de emenda é uma realidade jurídica quase universal, posto que elas permitiriam atualizações, correções e melhorias das escolhas do projeto constitucional, não havendo, a princípio, óbices a alterações de aspectos específicos ou estruturais da Constituição. Alerta-se para o potencial prejudicial das constituições muito flexíveis devido à falta de estabilidade, embora a existência de vários ritos ou obstáculos não seja capaz de influenciar o índice de alteração constitucional (DIXON, 2011).

Essa observação corrobora a ideia de que os procedimentos mais dificultosos de emenda, no caso brasileiro, podem ter uso simbólico. Não se trata apenas de uma questão formal, ideal ou de direito, mas, havendo alteração do cerne do Estado e dos seus investimentos, tem-se uma questão material que muda diretamente a vida das pessoas, sendo preciso vislumbrar as consequências sociais daquilo que, à primeira vista, pode parecer uma questão puramente jurídica.

Como foi observado, a mudança constitucional é uma constante no Brasil. A emendabilidade e suas restrições vêm inscritas no texto constitucional, não havendo largo espaço para construção teórica dos Tribunais a respeito do tema, diferentemente do que aconteceu com o Tribunal Constitucional colombiano, que desenvolveu a teoria das emendas constitucionais inconstitucionais (BENVINDO, 2018).

No bojo da CF/88, as controvérsias gravitam em torno do alcance do art. 60, § 4º, segundo o qual: “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” (BRASIL, 1988, n.p).

A Constituição traz disposições abertas e de longo alcance que são capazes de derrubar uma emenda constitucional, tendo o Supremo Tribunal Federal (STF) alargado suas possibilidades de atuação, já que as cláusulas vêm explícitas. A literatura, em sua maioria, confirma a tese de que o STF é o detentor da última palavra quanto à compatibilidade das emendas, devido às próprias disposições do texto legal. O Órgão, entretanto, tem se mostrado mais contido quando a polêmica se relaciona aos direitos sociais (BENVINDO, 2018).

Acerca da questão das cláusulas pétreas, tema central consiste na inalterabilidade constitucional concernente aos direitos sociais, de modo que a discussão

reside em saber se eles configuram limites materiais às possibilidades de reforma constitucional (BENVINDO, 2018).

Sarlet (2003) foi um dos primeiros a apontar para a amplitude dos limites materiais à reforma constitucional. Os direitos fundamentais, inclusive sociais, figurariam como limitadores, apesar da expressão “individuais” ter sido utilizada na redação do art. 60, 4º, IV, da CF/88. Uma interpretação sistemática apresenta-se como satisfatória, diante da insuficiência e contradição de uma interpretação literal para caso, eis que os direitos sociais são valores basilares para um Estado Social e Democrático de Direito.

As cláusulas pétreas, nesse sentido, teriam como objetivo a proteção dos bens constitucionais que perfazem a identidade constitucional, incluindo-se os direitos fundamentais sociais como limites necessários ao poder de reforma. Sua abolição consistiria, portanto, na própria abolição estatal (SARLET, 2003).

3. O CONTROLE POLÍTICO PRÉVIO DE CONSTITUCIONALIDADE E A COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA

Silva (2016) busca em duas noções o fundamento para o controle de constitucionalidade: a rigidez constitucional e a supremacia da constituição. A primeira se relaciona com a maior dificuldade para modificação do texto constitucional quando comparado a normas jurídicas de menor hierarquia. A segunda se traduz pela ideia de que a constituição se coloca no ápice de todo o sistema jurídico do Estado, contendo suas normas fundamentais de organização, razão pela qual é superior a todas as normas jurídicas que buscam nela o seu próprio fundamento.

Fazendo um apanhado histórico acerca do controle de constitucionalidade, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017) compreendem que a Constituição de 1988 manteve uma tradição de controle difuso, mas também ampliou o sistema de controle concentrado. Observa-se que foi ela que estabeleceu o controle abstrato da omissão e que potencializou a Ação direta com a expansão de seus legitimados.

Ademais, previu a Arguição de descumprimento de preceito fundamental, bem como, por meio da Emenda Constitucional nº 3 de 1993, criou a Ação declaratória de constitucionalidade. Manteve, ainda, a representação interventiva e voltou a inserir no sistema o controle de constitucionalidade estadual em face das constituições locais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017).

Nesse sentido, Silva (2016) aponta que o controle de constitucionalidade é uma técnica especial que a constituição estabelece para defender sua supremacia constitucional de inconstitucionalidades, o que se pode fazer por meio de três sistemas: o político, o jurídico e o misto. O primeiro é aquele que encarrega órgãos po-

líticos, como o Poder Legislativo, da verificação de constitucionalidade. O segundo outorga ao Poder Judiciário o poder-dever do *judicial review*. No sistema misto, por sua vez, a Constituição submete diferentes categorias de leis a um ou outro órgão.

Há, dentro disso, dois “critérios de controle” usualmente utilizados, o difuso, quando o exercício é permitido a todos os componentes do Poder Judiciário, e o concentrado, quando exercido por um apenas alguns órgãos judiciários ou por uma corte especial. O chamado sistema brasileiro comporta a inconstitucionalidade por ação e por omissão, em um sistema predominantemente jurisdicional, que combina os critérios difuso e concentrado (SILVA, 2016).

Há, porém, o chamado controle político no Brasil, ainda que não predominante. Esse tipo de controle, normalmente, é realizado por um órgão ligado ao parlamento, por isso mesmo carrega a nomenclatura. Por razões históricas, o modelo é associado à experiência constitucional francesa, tanto que sua constituição de 1958 criou um “Conselho Constitucional”, para manifestar-se previamente à promulgação de determinadas leis (BARROSO, 2012).

No caso brasileiro, há instâncias de controle político no âmbito do Executivo, por meio do veto, e do Legislativo, por exemplo, por meio da rejeição de um projeto pelas comissões de constituição e justiça das casas legislativas brasileiras (BARROSO, 2012).

Destaca-se também a questão do momento de exercício. O controle repressivo é aquele que se dá quando a lei já está em vigor, com vistas a paralisar sua eficácia, o que não faz parte dos estudos ora empreendidos. Interessa-nos o chamado controle preventivo, que se dá anteriormente à conversão do projeto/proposta em lei, para evitar que um ato inconstitucional venha a entrar em vigor (BARROSO, 2012).

No Brasil, o controle prévio também é político, exercido pelo Legislativo nas Comissões e Constituição e Justiça e, de forma difusa, por parlamentar que impetre mandado de segurança perante o Supremo Tribunal Federal, para garantir seu direito líquido e certo de participar de um processo legislativo dentro dos conformes. Mas, o que interessa a esse estudo, é o controle político prévio realizado pela CCJC da Câmara dos Deputados.

Após se realizar pesquisa avançada no Portal Capes de Periódicos com os termos “controle de constitucionalidade”; “controle prévio”; “controle político”, encontrou-se uma vasta quantidade de artigos revisados por pares. Ocorre que, após filtrá-los, percebeu-se que a grande maioria trava do controle judicial, notadamente, realizado pelo STF, demonstrando-se haver forte interesse de pesquisa de temas como “ativismo judicial” e “legitimidade democrática das decisões”.

O desinteresse pelos aspectos políticos do controle e, especialmente, pelo papel das comissões no processo legislativo seria explicado pelos seguintes motivos:

As comissões parlamentares permanentes do congresso brasileiro ganham pouca atenção nas pesquisas da ciência política nacional. O conjunto de mecanismos que enfraquecem o poder desses órgãos, como os fortes poderes legislativos do Executivo, das lideranças partidárias e da presidência da Câmara, além dos instrumentos que reduzem o tempo hábil para a produção de pareceres de opinião técnica por parte das comissões, como as Medidas Provisórias e o pedido de urgência, faz com que grande parte da literatura tenha considerado o papel das comissões no processo legislativo como algo secundário (VENTURELLI, 2017, p. 09).

Necessário, portanto, compreender o papel das comissões em meio a aferição do que vem na legislação. Filtrando-se, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os termos “comissão” e “comissões”, percebe-se que o primeiro aparece 36 vezes e o segundo 16 vezes. Eles se relacionam, especialmente, com os temas: dos cargos em comissão no âmbito da administração pública; das atribuições do Congresso Nacional; e do Processo Legislativo.

No que concerne ao sentido atribuído para esta pesquisa, destacam-se as previsões dos arts. 50 e 61, pois demonstram a importância das Comissões da Câmara e do Senado. Constam previsões de que elas podem convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem informações sobre assunto determinado, bem como que detêm a iniciativa de leis complementares e ordinárias, sobressaindo-se o papel da Comissão Mista. É, entretanto, o art. 58 da CF/88 que traz um maior detalhamento sobre elas e sobre aquilo que lhes cabe:

SEÇÃO VII DAS COMISSÕES

Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

§ 1º Na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa.

§ 2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe:

I - discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa;

- II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil;
 - III - convocar Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições;
 - IV - receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas;
 - V - solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão;
 - VI - apreciar programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emitir parecer.
- § 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.
- § 4º Durante o recesso, haverá uma Comissão representativa do Congresso Nacional, eleita por suas Casas na última sessão ordinária do período legislativo, com atribuições definidas no regimento comum, cuja composição reproduzirá, quanto possível, a proporcionalidade da representação partidária (BRASIL, 1988).

Conforme se apreende do texto constitucional, ficou a cargo do Regimento Interno do Congresso Nacional e de cada casa legislativa a constituição de comissões temporárias e permanentes. Verificando as legislações indexadas aos termos “Câmara dos Deputados – Regime Interno” no sítio da casa legislativa, chegou-se à Resolução da Câmara dos Deputados nº 30 de 1972, que dispunha sobre o Regimento Interno, trazendo em seu art. 20 a previsão das Comissões e em seu art. 23, listava a Comissão de Constituição e Justiça dentre as permanentes.

Ela foi modificada pela Resolução da Câmara dos Deputados nº 5 de 1989, que alterou dispositivos daquela, listando como primeira comissão permanente a de Constituição e Justiça e Redação. Pouco depois, ainda em 1989, a partir da necessidade de adaptar seu funcionamento e o processo legislativo, emitiu-se a Resolução nº 17, que aprovou o Regime Interno da Câmara dos Deputados (RICD) que se encontra em vigor, tendo sofrido, desde então, diversas alterações.

O art. 4º da Resolução nº 17 manteve as comissões permanentes estabelecidas na Resolução anterior. Ficou a cargo do art. 22 apontar as Comissões Permanentes cuja finalidade seria apreciar assuntos ou proposições que lhes foram submetidos, também deliberando e acompanhando planos e programas governa-

mentais; e as Comissões temporárias, criadas para apreciar assunto determinado e extinguindo-se quando do alcance de seus fins ou ao término da legislatura. É o art. 24, por sua vez, que prevê a competência das Comissões Permanentes, como é o caso da CCJC (BRASIL, 1989).

É possível extrair da legislação, portanto, que as comissões são órgãos temáticos compostas por parlamentares, no caso, os deputados, para debater e votar propostas em suas respectivas áreas. São responsáveis por emitir pareceres e levá-los a Plenário, e podem, salvo as exceções previstas do próprio Regimento, votar projeto de lei com dispensa da competência do Plenário, bem como são utilizadas como mecanismos de controle e fiscalização de programas do Poder Executivo.

Por meio do RICD, as Comissões são consideradas órgãos informacionais, com a tarefa precípua de reduzir a incerteza na tomada de decisões pelo Plenário, a partir da qualificação dos debates. O art. 32 enumera as comissões permanentes e áreas temáticas, sendo a CCJC pautada pelo inciso IV, na seguinte maneira, ressaltando-se a alínea “b”, por tratar da admissibilidade⁴ de proposta de emenda à Constituição:

IV - Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania:

- a) aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas Comissões;
- b) admissibilidade de proposta de emenda à Constituição;
- c) assunto de natureza jurídica ou constitucional que lhe seja submetido, em consulta, pelo Presidente da Câmara, pelo Plenário ou por outra Comissão, ou em razão de recurso previsto neste Regimento;
- d) assuntos atinentes aos direitos e garantias fundamentais, à organização do Estado, à organização dos Poderes e às funções essenciais da Justiça;
- e) matérias relativas a direito constitucional, eleitoral, civil, penal, penitenciário, processual, notarial;
- f) Partidos Políticos, mandato e representação política, sistemas eleitorais e eleições;
- g) registros públicos;
- h) desapropriações;
- i) nacionalidade, cidadania, naturalização, regime jurídico dos estrangeiros; emigração e imigração;

4 O art. 60 da CF/88 trata da Emenda à Constituição, sendo que o seu § 4º expõe não será objeto sequer de deliberação, isto é, não deveriam ser admitidas PECS tendentes a abolir a forma federativa do Estado; o voto secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais (BRASIL, 1988).

- j) intervenção federal;
- l) uso dos símbolos nacionais;
- m) criação de novos Estados e Territórios; incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Estados ou de Territórios;
- n) transferência temporária da sede do Governo;
- o) anistia;
- p) direitos e deveres do mandato; perda de mandato de Deputado, nas hipóteses dos incisos I, II e VI do art. 55 da Constituição Federal; pedidos de licença para incorporação de Deputados às Forças Armadas;
- q) redação do vencido em Plenário e redação final das proposições em geral (BRASIL, 1989).

Portanto, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados é uma comissão permanente com atribuições elencadas no art. 32, IV, do Regimento Interno do Órgão. A CCJC tem diversas competências, cabendo destacar as relativas aos aspectos constitucionais, legais, jurídicos, regimentais e técnicos de projetos e emendas, verificando, especialmente, a admissibilidade das PECs, dentre outros assuntos de natureza jurídica ou constitucional que lhes sejam submetidos.

4. O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO NO CONTROLE POLÍTICO PRÉVIO DE CONSTITUCIONALIDADE

O interesse público vem expressamente previsto na lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, a Lei nº 9.784/1999: “Art. 2º: A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência” (BRASIL, 1999, n.p). Portanto, não se trata de um produto meramente doutrinário.

Di Pietro (2020), a esse respeito, adverte que o princípio está presente não apenas na execução da lei pela Administração, mas também pelo legislador, quando de sua elaboração, eis que serve de inspiração para aquele. Interessante observar que “o interesse a que se visa proteger” é o critério definidor da natureza pública ou privada da norma, embora essa dicotomia seja atenuada no direito contemporâneo.

Há de se ressaltar que o princípio da supremacia está na base das funções do Estado, notadamente, nos quatro tipos de função administrativa, quais sejam: serviço, fomento, polícia e intervenção. Dentro disso é que a defesa do interesse público corresponde ao próprio fim do Estado, que tem de defender os interesses da cole-

tividade e atuar no sentido do bem-estar social. Ao se negar tal princípio, nega-se o fim mesmo daquele (DI PIETRO, 2020).

No mesmo sentido advoga Meirelles (2016). O princípio do interesse público é inerente à atuação estatal, eis que a existência do Estado somente se justifica pelo interesse da coletividade, e não do próprio Estado ou de seu aparelhamento. A extração do que seria o interesse público se faz em cada caso. Salvo exceção legal, ele é indisponível.

Em perspectiva histórica, a construção do entendimento que sedimenta todo o direito público, ou seja, a de que os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais, foi gradual e passou pela superação do individualismo como razão de Estado. Em meados do século XIX, o Estado foi obrigado a sair da sua condição de abstenção e com isso se dá o panorama do Estado Social, ao tempo em que foi sendo necessária uma maior intervenção estatal na vida privada e na economia.

Sobre esse processo, Di Pietro (2020, p. 222-223):

Em nome do primado do interesse público, inúmeras transformações ocorreram: houve uma ampliação das atividades assumidas pelo Estado para atender às necessidades coletivas, com a conseqüente ampliação do próprio conceito de serviço público. O mesmo ocorreu com o poder de polícia do Estado, que deixou de impor obrigações apenas negativas (não fazer) visando resguardar a ordem pública, e passou a impor obrigações positivas, além de ampliar o seu campo de atuação, que passou a abranger, além da ordem pública, também a ordem econômica e social [...] tudo isso em nome dos interesses públicos que incumbe ao Estado tutelar. É, pois, no âmbito do direito público, em especial do Direito Constitucional e Administrativo, que o princípio da supremacia do interesse público tem a sua sede principal.

Di Pietro (2020) tece os fundamentos filosóficos e constitucionais do Direito Administrativo, reconhecendo que autores mais recentes encontram nele e, especificamente, no princípio ora tratado, um conteúdo autoritário. Argumenta de forma contrária que o binômio prerrogativas-sujeições, característico do Direito Administrativo, é responsável por retirar esse conteúdo autoritário que pode lhe ter cabido antes do Estado de Direito, inclusive pelo fato de ter sido elaborado sob princípios fundamentais do constitucionalismo, quando ainda incipiente.

A autora inteira-se das polêmicas acerca do tema e lança como questão atual e sensível a oposição entre centralidade da pessoa humana e o princípio da supremacia. Observa nesse argumento uma tentativa de bani-lo do mundo jurídico, sob

as seguintes alegações: feriria direitos fundamentais constitucionalmente garantidos; indeterminação do conceito; substituição pela razoabilidade (DI PIETRO, 2020).

Elucida que a oposição ao princípio parte de um erro de interpretação, eis que não há generalidade em seu conteúdo, nem direito individual que possa ser exercido de forma ilimitada. Ademais, tal princípio não coloca em risco os direitos individuais, eis que deve ser aplicado junto a todos os demais que informam o ramo jurídico da administração (DI PIETRO, 2020).

Bandeira de Mello (2015), por sua vez, vislumbra o referido princípio como inerente a qualquer sociedade, sendo condição de sua existência. Embora em alguns dos artigos da Constituição ele venha contemplado de forma indireta, como é o caso da função social da propriedade, da proteção ao consumidor e da defesa ao meio ambiente, não há um dispositivo constitucional expresso acerca dele. É princípio geral, mas, no Direito Administrativo, refere-se à atuação da Administração.

Mello (2015) concorda com Di Pietro no sentido de que a atuação da Administração não pode se pautar em tal princípio para exacerbar suas prerrogativas. Mais do que poderes-deveres, a Administração exerce “função institucional” e, onde há função, não há autonomia da vontade, mas busca pelo atendimento ao interesse da coletividade.

É a supremacia do interesse público, por exemplo, que autoriza a Administração a constituir terceiros em obrigações por meio de atos unilaterais, isto é, atos imperativos do Estado. Portanto, dela decorrem os atributos da exigibilidade e autoexecutoriedade, bem como a autotutela dos atos administrativos. A Constituição prevê, diante disso, possibilidades de correção judicial para má utilização de tais prerrogativas (MELLO, 2015).

Tecidas essas considerações da literatura para sedimentar o entendimento do princípio, faz-se interessante contrapor as percepções de Gabardo (2017), com seu artigo “O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social”, publicado na Revista de Investigações Constitucionais, em 2017, e o artigo “O declínio da supremacia do interesse público sobre o particular com a constitucionalização do direito administrativo” de Karla Fernandez Gomes, publicado em 2021 na Revista Controle. Acerca dos periódicos, o primeiro veículo costuma conter publicações de viés progressistas, enquanto o segundo conta com artigos que tendem a endossar o ponto de vista neoliberal.

Gomes (2021) compreende que, ante a constitucionalização do direito administrativo e ante o Estado Democrático de Direito, a supremacia do interesse público sobre o privado seria incompatível com a democracia e com a dignidade da

pessoa humana. A postura ativa do Estado, nesse sentido, deveria ser balizada pelo postulado da proporcionalidade. Ademais, os direitos e garantias positivados acabariam por transmutar a compreensão de interesse público.

Atribui essa mudança ao advento da Constituição de 1988, quando a Administração Pública teria ficado vinculada ao cumprimento dos dispositivos constitucionais, passando de patrimonialista à gerencial, ficando, portanto, submetida à juridicidade. Assim, o Estado de Direito tem dever de viabilizar e efetivar os direitos fundamentais, com esteio na dignidade humana (GOMES, 2021).

A nosso ver, falta historicidade à perspectiva, como se a Constituição tivesse conduzido a uma ruptura abrupta entre o patrimonialismo e o gerencialismo, havendo certa dose de romantização constitucional, mas não por motivos inocentes.

Ainda segundo a autora, a supremacia do interesse público destoaria do fundamento humanitário da constituição e de seu dever de conformação dos interesses da maioria e da minoria. Aponta, por fim, que a supremacia não seria norma-princípio, mas resquício do patrimonialismo (GOMES, 2021).

Já segundo Gabardo (2017) a noção de interesse público teria passado à centralidade no Direito Administrativo em período recente, permeando a noção mais “moderna” deste ramo do Direito. Nesse sentido, o interesse público que compõe o princípio da supremacia se diferencia da noção liberal de vontade geral do povo, bem como do “interesse geral” contido na ideia de serviço público característica do Estado Social. Nessa senda:

O princípio da supremacia do interesse público, nos termos em que dispõe o sistema constitucional brasileiro, possui forte caráter contestatório de uma atuação do Estado de caráter meramente acessória ou desprestigiada; trata-se de uma manifestação clara da alocação ao Estado do dever primordial de promoção dos objetivos republicanos do artigo 3º da Constituição de 1988 (GABARDO, 2017, p. 103).

Partindo disso, importante atentar para os princípios e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que abrem o diploma legal. Destacam-se a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, enquanto princípios. Dentre os objetivos, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza; a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem-estar de todos deixam expostas posições essenciais do Constituinte originário (BRASIL, 1988). Conforme se vê, além do fundamento na dignidade humana, há diversos outros de caráter predominantemente social.

Necessário lembrar, dentro disso, que em seu art. 6º, a CF/88 enuncia como direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transpor-

te, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados e que o art. 170 da Carta Magna trata dos princípios gerais da atividade econômica, dentro do título “Da Ordem Econômica e Financeira”. Percebe-se que a atividade econômica no Brasil é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, sendo que a finalidade desta é assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social (BRASIL, 1988).

Assim, as bases políticas do Estado brasileiro, fincadas na Constituição Federal, demonstram a realização de uma opção pelo Sistema Capitalista, pois é fundado na livre iniciativa e o Estado não é detentor dos meios de produção. Entretanto, não vigora o Capitalismo puro e irrestrito, diante das finalidades sociais da ordem econômica, voltadas à dignidade das pessoas e à justiça social.

Dessa forma, o Estado Brasileiro se configura como estado de bem-estar social, no sentido de que se propõe a atuar para que a livre iniciativa esteja equacionada com a justiça social, buscando uma existência digna para todos, seja atuando/intervindo na economia, seja através de políticas públicas, o que está intimamente ligado com o interesse público.

Em vista disso, a perspectiva mais atual de interesse público decorre de uma visão do Direito Administrativo pautada por seu regime jurídico, a partir de um sistema constitucional positivo e soberano, que precisa conviver com direitos dos administrados. Uma origem única para esta noção, portando, parece equivocada. É certo, entretanto, que identificação do Direito Administrativo, dentro de um regime constitucional, com os direitos humanos e as reivindicações populares parece acertada (GABARDO, 2017).

A doutrina que nega, por sua vez, a supremacia do interesse público é permeada por uma mentalidade anti-estatista, bem como por um ideário de predominância dos direitos humanos e da dignidade humana. De modo contrário, vislumbra-se que não há conflito entre essas perspectivas, a Dignidade Humana fornece fundamento liberal aos direitos fundamentais, enquanto o Interesse Público fornece fundamento social.

Gabardo (2017) tensiona ainda os critérios do chamado Direito Administrativo Social, típico do Estado Social com os do Direito Administrativo Neoliberal, do Estado cada vez mais subsidiário, para reconhecer que este modelo diverge da República social estabelecida na Constituição de 1988.

Vislumbrando a impossibilidade de negar a decisão constituinte, baseia-se no pensamento de Hachem (2013), para definir o Direito Administrativo Social como aquele preocupado com uma Administração pública inclusiva, não meramen-

te legalista e pautado pela opção em concretizar valores constitucionais. Já para o Direito Administrativo Neoliberal:

[...] a defesa de valores coletivos tende a ser sempre reservada ao espaço da subjetividade ou da irracionalidade, enquanto a defesa dos valores individuais é elevada à condição de perfeita harmonia com a razão e com a objetividade das instituições [...] alguns teóricos aparentemente recusam o fato de que o interesse público está muito mais conectado aos direitos de todo tipo que o interesse privado, pois este último é totalmente descompromissado. O interesse privado pode se referir a direitos, mas esta possibilidade é extrínseca. Ao contrário, a proteção de direitos é interna à essência do interesse público, sob pena de sua desnaturação. Para o interesse público o respeito aos direitos é uma condição necessária; para o interesse privado é apenas uma consequência possível (GABARDO, 2017, p. 121-122).

Adota-se, para essa pesquisa, portanto, os pontos de vista defendidos por Di Pietro e Gabardo acerca do interesse público. Ocorre que, durante as investigações, também se vislumbrou as colocações críticas de Passos (2019) acerca do tema. Elas foram essenciais para os resultados obtidos com este trabalho. Por esse motivo, sintetiza-se suas observações em seguida.

Passos (2019) afasta-se da tarefa de conceituar o “interesse público” que fundamenta os atos de potestade do Estado, eis que aquele, como todos os “termos”, estão dentro de um contexto de significação dado pelos homens e derivado de questões sociais, históricas e culturais. Isso não obsta, para a autora, a possibilidade de promover uma dialética entre o interesse público e o privado, eis que o princípio é utilizado como discurso jurídico e, portanto, legitimador de poder e posições historicamente ocupadas.

Parte, assim, da teoria da dominação na modernidade, que resulta do progresso econômico e do processo de autovalorização do valor. Desse modo, sua perspectiva é crítica, embora difira daqueles que opõem o princípio às normas constitucional (matriz liberal). Vislumbra, assim o princípio da supremacia do interesse público como “arranjo institucional discursivo e simbólico para legitimar a autoridade do Estado [...] de forma a perpetuar a força dominante que mascara um falso propósito de “bem comum” (PASSOS, 2019, p. 73).

Ocorre que a forma que Passos encara essa utilização do princípio se dá como uma oposição da atuação do Estado Neoliberal em face do chamado cidadão precário, sendo utilizado como arma de justificação, dando a aparência de um Esta-

do construído com participação popular e representatividade, mas que, na verdade, atua para a “economização” abstrata do mundo. Nesse sentido:

[...] busca-se desconstituir tal princípio por uma incursão crítica voltada à formação histórica do Estado como organização social instituidora de um poder dominante, que na Modernidade alberga sua legitimidade e infalibilidade de dominação na Lei, qual não retrata a vontade popular. Pois, em todo o processo político de formatação do Estado, em todas as suas instâncias ou poderes, o “povo” foi aliado de participação, o que se deflagra até os dias atuais (PASSOS, 2019, p. 15).

Portanto, para se responder ao problema de pesquisa do trabalho de um ponto de vista técnico, o princípio da supremacia do interesse privado inserido no contexto do Direito Administrativo Social terá lugar, mas para não se incorrer em romantizações de sua utilização, a ideia de discurso legitimador servirá de ressalva crítica ante às confrontações com a materialidade concreta da vida.

Assim, partindo da aceitação de sua importância, destaca-se que o citado princípio direciona, em geral, para a atividade administrativa, não sendo razoável que juízes e legisladores o tomem como critério de suas ações, salvo em caso de inconstitucionalidade (GABARDO, 2017). É nesta exceção, justamente, que se encontra o objeto desta pesquisa.

Nesse sentido, Soares (2012) sinaliza para uma lacuna existente no Direito Administrativo devido à falta de intersecção entre a ciência política e a ciência jurídica, o que se reflete na questão do controle de constitucionalidade de políticas públicas. Refletindo sobre o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, confirma a justiciabilidade dos direitos fundamentais, mas destaca que somente seria cabível a intervenção do Judiciário, mediante a discricionariedade administrativa que permeia as políticas públicas, quando houvesse desconformidade com a Constituição Federal, e ainda de forma fundamentada e racional.

Embora estejamos a tratar de controle político, a reflexão sobre a questão do controle (judicial) de constitucionalidade de políticas públicas se nos faz oportuna. Isto porque uma das conclusões a que Soares (2012) chega é que o controle judicial de políticas públicas não pode ser ilimitado. Disto podemos retirar que um controle político e prévio adequadamente realizado pode diminuir a necessidade controle judicial posterior. Ademais, se cabe às esferas políticas, predominantemente, o controle e a implementação das políticas públicas, essa modalidade de controle tem sua importância fortalecida nesses casos.

Correia, Borges e Pinhão (2019), por sua vez, observaram a importância das audiências públicas para a legitimação democrática do controle de constituionali-

dade, eis que há limites institucionais para a capacidade de atuação do Judiciário na construção de uma sociedade mais justa.

Inserem a problemática na tensão Direito e Política, mediada pela chamada “crise de representatividade”, que se reflete em clamores populares. Apesar de conter limites institucionais, as audiências públicas ampliam a participação democrática para além dos legitimados para as ações constitucionais. A reflexão pode ser transportada para o controle político (CORREIA; BORGES; PINHÃO, 2019).

Embora contem com legitimidade em abstrato, eis que representantes eleitos, os Deputados membros da CCJC também se inserem nesse contexto de crise de representação, de modo que suas ações poderiam receber reforço democrático mediante a realização de audiências públicas. No processo legislativo, muitas vezes, os requerimentos de realização delas são rejeitados, diante da exigência para um célere andamento.

Mediante a regulamentação fornecida pela Constituição e pelo Regimento Interno, observou-se ser função do relator proferir voto acerca da questão da constitucionalidade, momento em que confronta a proposta com o art. 60, § 4º da Carta Magna, buscando afrontas à forma federativa de Estado; ao voto, secreto, universal e periódico; à separação dos Poderes; e, especialmente, aos direitos e garantias. Supondo-se que fosse acrescentado um quinto inciso a este parágrafo, no sentido de não ser objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir “interesse público”, isso viria a influenciar o relator?

Acredita-se que seria uma ilusão pensar que sim, eis que mesmo diante de intensos debates sobre os direitos fundamentais, emendas constitucionais que retirem direitos dos cidadãos e prejudicam serviços públicos continuam a ser aprovadas nessas instâncias. Sendo justamente o tema dos serviços públicos um dos mais alinhados com a ideia de interesse público, conforme Di Pietro (2020).

Fato é que o interesse público, pautado conforme o Direito Administrativo Social (GABARDO, 2017) deveria servir de fundo de discussão em todas as atuações da CCJC, notadamente, em emendas constitucionais, para não se banalizar o instituto e para se evitar mudanças da identidade constitucional por dentro.

Entretanto, como isso não se exterioriza do que se vê, partindo das alternativas elencadas na literatura, acrescentar ao procedimento via Regimento Interno a obrigatoriedade de audiências públicas e outros mecanismos de participação popular, poderiam se mostrar alternativas para a utilização do interesse público como critério objetivo de controle de constitucionalidade. Ter-se-ia, na verdade, modos de exercício de pressão para que os membros da CCJC fossem conduzidos a observar

o interesse público em suas decisões acerca da constitucionalidade de projetos e propostas.

Portanto, ao se confrontar a realidade com a hipótese inicial, verificou-se que, apesar de ter sua importância reconhecida dentro de um Direito Administrativo dito social e de se mostrar um critério apto do ponto de vista técnico para fazer parte do processo legislativo constitucional quando do controle prévio político de constitucionalidade, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é incapaz de, por si mesmo, conter inconstitucionalidades e ainda pode servir de reforço teórico para que se concretizem.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa buscou testar a hipótese de que o princípio basilar do Direito Administrativo, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, pudesse ser utilizado como critério para aferição da constitucionalidade de propostas quando do exercício do controle político prévio pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

Na primeira seção, foi necessário buscar na teoria constitucional um aparato de solidificasse as discussões, razão pela qual se debateram temas como teoria do Poder Constituinte, as possibilidades de mudança constitucional, com destaque para o estudo do art. 60, § 4º, da CF/88 e para as colocações de Sarlet (2003) a esse respeito e, ainda, os regramentos legais acerca das comissões.

Na segunda seção, de um ponto de vista histórico, analisou-se o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, focando-se no controle político prévio. Em seguida, buscou-se na Constituição e na legislação ordinária um apanhado acerca da natureza e do funcionamento da CCJC, eis que se trata do principal órgão a realizar a citada forma de controle.

Na última seção buscou-se estabelecer o conteúdo do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, afastando críticas de viés liberal. Utilizou-se como base as construções de Di Pietro (2020), e, como ponto de vista, as colocações de Gabardo (2017), no panorama de um Direito Administrativo Social, mas valeu-se ainda das ponderações críticas de Passos (2019). Assim, passou-se a discutir o interesse público como critério do controle político prévio de constitucionalidade.

Por fim, buscou obter uma resposta para o problema de pesquisa, confirmando ou refutando a hipótese lançada. Com base em todo o colhido, percebeu-se que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado tem sim aptidão

técnica para figurar como critério de controle prévio político e que a sua observância, dentro da ideia de Direito Administrativo Social, deve sempre ser buscada.

Ocorre que a hipótese foi apenas parcialmente confirmada, eis que, apesar de possuir essa aptidão técnica, não se acredita que uma possível modificação constitucional, inserindo-o no art. 60, § 4º, da CF/88, pudesse evitar a aprovação de medidas contrárias ao interesse social. Isto pelo fato de que as condições materiais se impuseram e demonstraram que este princípio pode, inclusive, ser utilizado como reforço retórico para concretização de interesses outros.

O que não impede que, inspirados na *ratio* principiológica do interesse público, se possa abrir novos mecanismos populares de pressão para que, quando do exercício do controle político prévio de constitucionalidade de propostas desta magnitude, os parlamentares levem o verdadeiro interesse público em consideração.

Como se observou nos parágrafos finais da última seção, encontra-se no Legislativo, precipuamente, o âmbito para se discutir emendas constitucionais, especialmente as relativas às políticas e os serviços públicos. A realização adequada de controle político e prévio de sua constitucionalidade pode, como se viu, diminuir a necessidade controle judicial posterior.

Entretanto, mediada pelas tensões entre Direito e Política, a crise de representatividade do Legislativo tem gerado questionamentos quanto a essa atuação, tendo em vista a quantidade de emendas lesivas aos direitos sociais promulgadas nos últimos anos e que passaram com facilidade pelas instâncias de controle.

Nesse sentido, encontrou-se uma forma de reforço democrático das decisões dos representantes eleitos com potencial de materializar o princípio do interesse público. Trata-se do estabelecimento da obrigatoriedade de audiências públicas e outros mecanismos de participação popular quando do exercício do controle de constitucionalidade, contando com ampla divulgação, via Regimento Interno.

Acredita-se que, por esse meio, ampliaram-se os modos de exercício de pressão popular para que os membros da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania fossem conduzidos a observar o interesse público em suas decisões acerca da constitucionalidade de projetos e propostas, resguardando-se assim o cerne a Constituição vigente.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2012.
- BENVINDO J. Z. Brazil in the Context of the Debate Over Unamendability in Latin America. In: ALBERT, R.; ODER, B. (eds.) **An Unamendable Constitution?** Unamendability in constitutional democracies. Cham: Springer, 2018, p. 345-364.
- BÖCKENFÖRDE, E. W. El poder constituyente del pueblo: un concepto limite del derecho constitucional. In: BÖCKENFÖRDE, E. W. **Estudios sobre el estado de derecho y la democracia.** Espanha: Trotta, 2000, p. 159-180.
- BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional.** 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados:** Resolução nº 17 de 1989. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2021-2021.pdf>. Acesso em: 23 out. 2021.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.
- CORREIA, A. L. M.; BORGES, A. W.; PINHÃO, K. G. A Democracia nas audiências públicas em controle de constitucionalidade concentrado no Brasil. **Revista de Direito Brasileira,** Florianópolis; v.22, n.9, p. 29-49, jan-abr, 2019. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/4557>. Acesso em: 15 fev. 2022.
- DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo.** 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- DIXON, R. Constitutional Amendment Rules: A Comparative Perspective. In: GINSBURG, T.; DIXON, R. (ed.). **Comparative Constitutional Law.** Cheltenham:Edward Elgar, 2011, p. 96-111.
- GABARDO, E. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. **Revista de Investigações Constitucionais,** Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i2.53437. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/53437#:~:text=O%20artigo%20tem%20como%20objetivo,de%20supremacia%20do%20interesse%20p%C3%ABlico>. Acesso em: 15 fev. 2022.
- GOMES, K.F. O declínio da supremacia do interesse público sobre o particular com a constitucionalização do direito administrativo. **Revista Controle,** Fortaleza, v.19, n.2, p. 366-389, jul-dez. 2021. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8100090>. Acesso em: 02 fev. 2022.
- LANDAU, D. Constituent power and constitution making in Latin America. In: LANDAU, D.; LERNER, H. (ed.). **Comparative Constitution Making.** Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 567-588.
- MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro.** 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

- MELLO, C. A. B. de M. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- PASSOS, M. S. C. de P. **O mítico princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado: uma análise sob a perspectiva do/a cidadão/ã precário**. 2019. 92 p. Dissertação. Programa de Pós-graduação interdisciplinar em Políticas Sociais e Cidadania da Universidade Católica de Salvador, Salvador, 2019.
- SARLET, I. W. Os Direitos Fundamentais Sociais como “Cláusulas Pétreas”. **Cadernos de Direito**/ Universidade Metodista de Piracicaba. Piracicaba, v. 3, n. 5, p. 78-97, dez 2003. DOI <https://doi.org/10.15600/2238-1228/cd.v3n5p78-97>.
- SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- SOARES, H. C. Políticas Públicas e Controle de Constitucionalidade: aproximações entre a ciência jurídica e a ciência política. **Revista Debates**, Porto Alegre, v.6, n.2, p. 151-172, maio-agosto, 2012. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/debates/article/view/26110>. Acesso em: 15 fev. 2022.
- VENTURELI, G. **Expertise como critério para a composição da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados (2011-2016)**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina. 106 p. 2017.

A DEMOCRACIA DELIBERATIVA DIGITAL ENQUANTO ELEMENTO TRANSFORMADOR DA ESFERA PÚBLICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

DIGITAL DELIBERATIVE DEMOCRACY AS A TRANSFORMER ELEMENT OF PUBLIC SPHERE IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

Rogério Emiliano Guedes Alcoforado¹
Diego Damasceno de Melo²

Data de Submissão: 26/03/2022

Data de Aceite: 20/06/2022

Resumo: A pesquisa científica em evidência propõe sondar, sistematicamente, as repercussões democráticas em razão da adoção de instrumentos virtuais pelo Estado brasileiro num contexto de mudanças significativas nos modos de participação política e de implementação do e-Governo. Fez-se, então, análise comparada crítica a partir da consolidação dos direitos fundamentais como força à ação política moderna, até aos conceitos de burocracia e esfera pública elencados por Max Weber e Jürgen Habermas. Logo, a democracia deliberativa surge como modelo essencial à comunicação do debate público, bem como a democracia digital aparece como novo modelo às transformações causadas pelo avanço das novas Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs), o que modifica a tradicional dinâmica da esfera pública. Essa esfera, portanto, não mais limitada ao modelo de representatividade democrática, passa a influenciar diretamente as tomadas de decisões políticas e o engajamento social.

Palavras-Chave: Comunicação pública. E-Governo. Direitos fundamentais. Deliberação.

1 Professor de Direito na Universidade do Estado do Rio Grande do Norte - UERN. Especialista, Mestre e Doutor (todos pela UFRN). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2252768204298375>. E-mail: rogerioalcoforado@uern.br.

2 Graduando em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte - UERN. O trabalho é fruto do projeto de fluxo contínuo intitulado “Democracia, ética e justiça sob a ótica dos valores do Estado democrático de direito”, sob a orientação do Prof. Dr. Rogério Emiliano Guedes Alcoforado. Estagiário jurídico no estádio Arena das Dunas, nas áreas de Direito Contratual e Empresarial. E-mail: diego.dmelo4@gmail.com.

Abstract: The scientific research in evidence proposes to probe, systematically, democratic repercussions of adopting virtual instruments by the Brazilian State in a context of significant changes on modes of political participation and e-Government implementation. So, a critical comparative analysis was made from consolidation of Fundamental Rights as a force to modern political action, until the concepts of bureaucracy and public sphere listed by Max Weber and Jurgen Habermas. Therefore, deliberative democracy appears like an essential model to communication in public debate, besides that, digital democracy comes up like a new model to changes caused by advancements of the new information and communication technologies (ICT), which changes traditional dynamics of the public sphere. This sphere, not more limited by the model of representative democracy, passes to directly influence Decision making and social engagement.

Keywords: Public communication. E-Government. Fundamental rights. deliberation.

1. INTRODUÇÃO

A manifestação política social encontra uma dimensão histórica-evolutiva em razão da sucessiva garantia de Direitos Fundamentais em seu caráter dimensional. Nesse prisma, a dinamicidade acima correspondeu à criação de meios alternativos à eficácia normativa, sobretudo em um contexto de revolução tecnocientífica informacional, o que fez o Brasil constitucionalizar a necessidade dos entes federativos em proporcionar acessibilidade tecnológica.

Logo, os princípios democráticos tradicionais migram para um contexto de democracia digital, à medida que nascem manuseios excepcionais de proximidade aos serviços públicos. Em meio a isso, entende-se que a burocracia é elemento estrutural para o processo de institucionalização da sociedade, tendo em vista a constatação weberiana quanto aos dilemas envolvendo burocracia, responsabilidade pública e política.

Sendo assim, a esfera pública apontada pelo consagrado filósofo Jürgen Habermas, enquanto usual espaço de interação social, passa por mudanças importantes em sua estrutura democrática. Cabe, então, buscar compreender quais elementos fundamentais foram alterados neste processo de reconfiguração e se a sociedade brasileira foi devidamente inserida à mudança em questão. E, para que o raciocínio elaborado tenha coerente grau de argumentação, a democracia tratada busca seguir um modelo prático pelo qual propicia-se participação política efetiva, enquanto que a esfera pública é o espaço onde tais ações são concretizadas.

Nota-se, com isso, que as relações entre cidadãos e Estado se tornam cada vez mais virtualizadas e rápidas, o que permite a proposição de um pertinente questionamento: a incorporação de novas Tecnologias da Informação e Comunicação à sociedade brasileira confere proximidade ou distância aos valores democráticos participativos? É em face a essa indagação anterior que a política deliberativa -em contexto virtual- aparece como crucial elemento da prática democrática de base para o estudo proposto.

Para tanto, foram consultados estudos importantes acerca desta nova realidade junto à prospecção de dados e relatórios; ambos disponibilizados pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (CE-TIC.BR) e pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.BR), os quais serão explorados no decorrer desta apuração científica, juntamente a outras entidades institucionais relevantes na área.

Ademais, há de se ressaltar que as diretrizes científicas deste trabalho não seguirão tão somente uma espécie de reducionismo à lei, já que os elementos extra

normativos são fatores estruturantes e inerentes para a compreensão da realidade tal como ela é; embora se reconheça que a Constituição Federal de 1988 e o conjunto de normas gerais tratam a respeito do acesso às novas tecnologias. Tal complexidade foi, portanto, interpretada por um largo apoio teórico somado às conclusões nascidas do confronto entre ideias e fatos constatados.

Por fim, urge elucidar que a presente pesquisa se trata de uma compilação dos aspectos gerais que contextualizam e explicitam a temática central, junto à convergência de elementos concernentes ao direito, à democracia e à tecnologia. É, também, uma produção construída por composições teóricas cujos alicerces encontram fundamento das teorias clássicas às teorias contemporâneas.

2. A AÇÃO POLÍTICA PARTICIPATIVA COMO FRUTO DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de tudo, é imprescindível compreender os aspectos geracionais dos Direitos Fundamentais, bem como as suas respectivas dimensões histórico-evolutivas. Nesse contexto, de início, o seu surgimento esbarra nas passadas concepções jusnaturalistas, sobre as quais repousavam as ideias de direitos naturais e inalienáveis que acompanham a essência da pessoa humana, mesmo que ainda não presentes na esfera do direito positivo à época.

Importa ressaltar que dentre os diferentes ideais jusnaturalistas apregoados, o jusnaturalismo racionalista foi causa preliminar à evolução dos direitos fundamentais, na medida em que aproximou a conquista de direitos à razão. Com isso, para que se protejam os direitos naturais no estado de natureza e se evite o estado de guerra é preciso que os indivíduos eliminem o poder absoluto que os assola (LOCKE, 2018, p. 72).

Nessa perspectiva, em razão de inúmeras revoluções sociais em favor de liberdades civis e em desfavor dos privilégios resguardados às classes sociais dominantes na Europa, houve a elaboração de importantes documentos de viés garantista, como a promulgação do *Bill of Rights* em 1689 e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, os quais pavimentaram um vasto caminho de ações institucionais na proteção de direitos.

À vista disso, a limitação do poder institucional e o largo reconhecimento dos direitos de igualdade e de liberdade expandiram a necessidade de positivação das conquistas adquiridas, o que provocou o alastramento da teoria do poder constituinte como forma de legitimidade do poder (BONAVIDES, 1980, p. 141).

Nesse contexto, a primeira dimensão foi marcada pela conquista da autonomia individual frente ao Estado, seja em aspectos políticos ou civis. Em sequência,

na busca por igualdade material, a segunda dimensão propiciou maior participação do Estado na impetração de políticas públicas de bem estar social. E, por fim, a terceira dimensão aparece como de alcance coletivo ao enxergar as necessidades de solidariedade dos indivíduos.

Nota-se, pois, que os direitos fundamentais seguem uma linha de adesão evolutiva, de maneira que cada dimensão alçada é considerada complemento à dimensão anterior, não havendo, portanto, descarte do que se passou. Além do mais, com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, uma nova concepção de universalidade surge, consagrando os direitos fundamentais em superior: “Juridicidade, concretude, positividade e eficácia” (BONAVIDES, 1980, p. 573).

Em especial, na conjuntura jurídica brasileira, cabe ressaltar que a manifestação do ser político social foi marca na construção de nossa República Federativa. Tal narrativa é esclarecida desde os movimentos pró-independência em meados do Século XVIII até à passeata dos Cem Mil contra a ditadura militar brasileira no ano de 1968. Ambos os levantes apontam para a dimensão de liberdade que consagram os direitos fundamentais, sem submissão desmedida a um poder ilimitado e concentrado.

O nascimento da Constituição Federal de 1988 (CF/1988) consagrou a proteção e garantia de direitos: “A amplitude do catálogo dos direitos fundamentais, aumentando, de forma sem precedentes, o elenco dos direitos protegidos, é outra característica preponderantemente positiva digna de referência” (SARLET, 2007, p. 79). Os direitos fundamentais nasceram no Brasil em condição das transformações sociais de reatividade às violações de direitos e, principalmente, na defesa da integridade da dignidade da pessoa humana.

Ocorre que o conjunto de reflexos sociais apontam para a formação dos valores morais que compõem um ordenamento jurídico. Não é, então, o fenômeno jurídico a mera criação legal manifestada pela vontade particular do legislador, mas sim o fruto do conjunto de elementos extra normativos, sejam eles de ordem política, cultural, sociológica ou econômica. Logo, a norma perpassa o texto legal, isto é, podem-se considerar normas de direitos fundamentais atribuídas (ALEXY, 2008, p. 69).

Por conseguinte, os direitos fundamentais são elevados a uma esfera interpretativa mais ampliativa do que taxativa, de maneira que a sua aplicação ultrapassa os limites linguísticos ao se fazer o uso do aspecto normativo como instrumento de eficácia. Nesse sentido, a abstração elencada é preenchida por valores atemporais,

sejam eles o direito à vida, por exemplo. A mudança se dá na estrutura de propagação, ou seja, nos seus devidos meios instrumentais.

Com efeito, o cumprimento normativo ganha novos escopos de aplicação, e é em face a esta compreensão dinâmica que nascem os meios alternativos de se efetivar a participação política, especialmente num contexto de alta volatilidade tecnológica. Conclui-se, assim, que os direitos fundamentais, após longos períodos de aprimoramentos, estacionam numa fase de busca por eficácia e concretização do que já lhe foi conquistado.

Cumpre, então, atentar-se à aplicação imediata dos direitos fundamentais:

O postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º da CF) pode ser compreendido como um mandato de otimização de sua eficácia, pelo menos ao sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível. (SARLET, 2007, p. 389).

Sendo assim, sem a devida eficácia normativa, a estrutura legal positivada é vista como impotente em causar os seus efeitos previamente intencionados, o que pode torná-la desnecessária. Para além disso, o aspecto de universalidade da norma é crucial, à medida que compreende a necessidade de viabilizar o seu alcance geral e, desse modo, evitar uma espécie de seletividade da cidadania (ALCOFORADO, 2017, p. 47). Não há que se aceitar, então, a organização dos direitos de uma Constituição sem que haja nela efeito otimizador e universal.

Logo, se encontradas novas vias de aplicação à norma, compatíveis aos princípios constitucionais e que preservem as suas respectivas eficácias, que sejam devidamente aplicadas. Essa execução responsiva dos direitos fundamentais corrobora para a formação de atores sociais ativos já que lhes serão garantidos direitos políticos de participação. Além disso, vale ressaltar que uma fácil acessibilidade aos meios instrumentais disponibilizados pelo Estado é determinante para este processo, em contraposição a excessos burocráticos.

3. A BUROCRACIA WEBERIANA COMO IMPEDITIVO À PARTICIPAÇÃO POLÍTICA EFETIVA

A ação coletiva voltada para o bem público é dificultada pelos seus custos de participação, o que faz com que os assuntos de interesse privado, por muitas vezes, sobreponham o interesse em participar efetivamente de ações políticas (HIRSCHMAN, 1983, p. 84). Nesse sentido, o desinteresse social é posto como um forte fator de crescente individualização da política, visto que o tradicional

caminho percorrido -coletivamente- pelos cidadãos não lhes geram satisfação à medida de suas vontades.

Dentre os custos de participação social na esfera política, surge um elemento decisivo a fim de prejudicar ainda mais a ligação entre sociedade civil e Estado:

Hoje poderíamos acrescentar a última e talvez a mais formidável forma de tal dominação: a burocracia, ou o domínio de um sistema intrincado de departamentos nos quais, nenhum homem, nem um único, nem os melhores, nem a minoria, nem a maioria pode ser tomada como responsável e que deveria mais propriamente chamar-se domínio de ninguém. (ARENDETT, 2016, p. 54).

A dominação burocrática enquanto forma de poder controlador e ocultador de responsabilidades é responsável por minar a *accountability*³, uma vez que gera dificuldades de acesso à informação pública, como uma espécie de excessos processuais incorporados pelo Estado brasileiro. Todavia, em consonância a seção IX⁴, do capítulo I⁵, do título IV⁶ da CF/1988, convém lembrar que no Brasil existe regulamentação adequada para a atuação de órgãos fiscalizatórios de controle da administração pública, como o Tribunal de Contas da União (TCU) e os Tribunais de Contas dos Municípios (TCMs).

Também, há de se salientar que não se quer fazer aqui uma crítica contrária ao implemento de trâmites procedimentais, já que o seu devido uso confere legitimidade às ações institucionais:

Uma norma jurídica somente é validada se se sujeitar aos trâmites procedimentais. Aí, sim, encontra uma possibilidade relevante de ser legitimada pelos membros da associação política. Trata-se de uma legitimidade da forma, do procedimento de elaboração da norma jurídica e não de seu conteúdo. (BRANCO, 2016, p. 54).

3 Termo em inglês que não encontra exata tradução para a língua portuguesa, mas que se aproxima daquilo que muitos teóricos chamam de “Prestação de Contas”.

4 Dispõe sobre a fiscalização contábil, financeira e orçamentária.

5 Dispõe sobre o poder legislativo.

6 Dispõe sobre a organização dos poderes.

Contudo, entende-se que a burocracia⁷ é uma forma de dominação⁸ que encontra respaldo na legalidade para permanecer em caráter de legitimidade. O sociólogo Max Weber (1963, p. 229), ao analisar a composição de estrutura organizacional, identifica a presença de uma área de jurisdição com hierarquia de cargos especializados, autoridade de mando delimitada junto aos meios coativos, atividades regulares e medidas metódicas. Tais são os elementos que constituem a autoridade burocrática formatada pela administração pública; porém, como esta roupagem pode configurar uma forma de dominação?

Ainda pela perspectiva de Max Weber (2004, p. 191), a dominação, para além de ser uma imposição de vontade a terceiro, trata-se da obediência de quem está sendo dominado, isto é, um certo tipo de consentimento implícito que a sociedade carrega consigo em meio a hábitos e costumes, o que desemboca na legitimação da autoridade. Logo, a sociedade civil é impelida -veladamente- a validar a tradicional estrutura administrativa que lhe é apresentada e, sobretudo, auto justificá-la. Em contrapartida, segundo Weber (2004, p. 193), a democracia é o limite que impõe embargos à dominação administrativa, a fim de que o poder de mando seja restrito.

Nesse panorama, havendo a dominação burocrática, a responsabilização política pessoal é passada ao maquinário burocrático impessoal e a informação pública -sobre ações políticas- torna-se intangível, o que dificulta a prevalência do princípio constitucional da publicidade. Consequentemente, os atores sociais têm as suas ações políticas limitadas, de maneira que as participações populares se tornam inócuas tanto nas tomadas de decisões políticas quanto nas fiscalizações públicas. Em suma: “a burocratização crescente provoca desumanização, despolitização e elitização” (BRANCO, 2016, p. 66).

7 No capítulo 8 de seu livro *Ensaio da Sociologia*, Max Weber esclarece que o funcionamento da burocracia é um sistema organizado gerado em razão do desenvolvimento econômico de determinada sociedade. Nesse sentido, foi imprescindível para os Estados modernos que eles se organizassem administrativamente, de maneira que o poder de mando pudesse ganhar validade social. A partir disso, uma série de vantagens técnicas consolidaram a forma de organização burocrática, assim como o seu excesso sufoca a participação política popular e centraliza o poder pela tecnocracia. Para maior aprofundamento, acesse: http://www.ldaceliaoliveira.seed.pr.gov.br/redeescola/escolas/18/1380/184/arquivos/File/materiais/2014/sociologia/Ensaio_de_Sociologia_-_Max_Weber.pdf

8 Na primeira seção do capítulo 9 de seu livro: *Economia e Sociedade Fundamentos da Sociologia Compreensiva Volume 2*, o filósofo Max Weber conceitua a dominação como a possibilidade de impor a vontade pessoal sobre o comportamento alheio. Para maior aprofundamento, acesse: <https://ayanrafael.files.wordpress.com/2011/08/weber-m-economia-e-sociedade-fundamentos-da-sociologia-compreensiva-volume-2.pdf>

Em sentido contrário, a expansão gradual das novas Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) aparecem como possível efeito de aceleração aos procedimentos burocráticos do maquinário público, bem como fomentam uma tentativa de acesso democrático à internet como nova forma de manifestação do ser político moderno. Em virtude disso, crescem as iniciativas de portais de transparência, de amplo acesso à informação pública, de emissão de documentos por via não presencial, entre outros. Entretanto, é preciso lembrar que o meio digital também é constituído de entraves à parcela da sociedade, não se tratando, por isso, de uma solução absoluta.

4. O E-GOVERNO COMO TENTATIVA DE FORTALECER A COMUNICAÇÃO DEMOCRÁTICA CONTEMPORÂNEA

Inicialmente, antes de se abordar a temática central, é fundamental salientar quais são as principais características que constroem o conceito de democracia contemporânea para assim melhor compreender os elementos que serão analisados e/ou contestados mais à frente. Sendo assim, segundo o filósofo Robert Dahl (2001, p. 49) a democracia se manifesta numa associação mesmo que em diferentes modelos, dentre os quais devem, necessariamente, prevalecer a participação efetiva, a igualdade do voto, o entendimento esclarecido e o controle do programa de planejamento.

Nesse enfoque, a democracia é relevante não só por seu modelo ideal potencializador para a inclusão, mas também em razão dos efeitos imediatos e póstumos de sua aplicação, a exemplo da garantia de direitos fundamentais. Percebe-se, pois, que a correta adesão aos fundamentos expostos acima garante uma estrutura democrática abrangente, permanente, auto reguladora e que se distancia de preceitos autocratas (DAHL, 2001, p. 58).

No Brasil, em especial, de acordo com o caput do art. 14⁹ e o inc. II¹⁰, § 4^o do art. 60 da CF/1988, a democracia representativa manifesta-se por meio do voto direto e universal em respeito ao princípio da isonomia. Acontece que, apesar de existirem outros mecanismos democráticos disponíveis, culturalmente, reduziu-se a ação democrática ao voto, em descrédito à plena capacidade de atuação cidadã. Há, pois, que se escutar esse desinteresse do eleitorado brasileiro, já que: “Desin-

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

10 Art. 60, § 4^o. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

formação e apatia são a resposta racional num contexto em que o peso do eleitor é tão pequeno - já que cada um controla apenas um voto, em meio a milhares ou milhões.” (MIGUEL, 2005, p. 10).

Sendo assim, como expandir -instrumentalmente- o acesso à cidadania? Como credibilizar um sistema que está em aparente crise? É em meio a esse contexto que convém salientar o advento da revolução técnico-científica-informacional como elemento que reorganiza a dinâmica social e que instiga o Brasil a seguir um ritmo evolutivo em vista de ações que oportunizam vinculação entre acessibilidade e tecnologia, como apontam o inc. V¹¹ do art. 23º, o inc. IX¹² do art. 24º, o art. 218^{o13} e o art. 219^{o14} da CF/1988.

A partir disso, já em maior compreensão aos contornos da democracia, cabe ao Estado brasileiro e aos seus entes federativos viabilizar o encontro entre informação pública, participação política e sociedade da informação. Marco disso foi a criação do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.BR) em 1995 com o intuito de estabelecer ações no uso da internet, bem como a posterior criação do Centro de Estudos sobre as Tecnologias da Informação e Comunicação (CETIC.BR) em 2005, o qual produz pesquisas regulares com a finalidade de aplicar conhecimento científico no desenvolvimento da sociedade da informação. Desde então, departamentos relevantes surgiram no intuito de se consagrar uma abordagem multisetorial.

Em meio a isso, o E-governo nasce como uma extensão da capacidade de atuação do poder público, que, por sua vez, busca favorecer as gestões administrativas e a acessibilidade social. Diante disso, de acordo com um vasto relatório¹⁵ dos NIC.BR e CETIC.BR (2020, p. 111), é oportuno apontar uma gradual evolução nos serviços disponibilizados em *Websites* por prefeituras ao redor do país, a exemplo do

11 Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação.

12 Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: IX - educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação.

13 Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

14 Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

15 Pesquisa publicada no ano de 2020 sobre o uso das tecnologias da informação e comunicação no setor público brasileiro no ano de 2019.

percentual de ouvidorias online disponibilizadas aos cidadãos que cresceu de 29% no ano de 2015 para 69% no ano de 2019, bem como o aumento no percentual de emissão de documentos como licenças e certidões que cresceram de 31% no ano de 2015 para 50% no ano de 2019.

No entanto, apesar do evidente crescimento adesivo aos mecanismos digitais, importa ressaltar que há uma disparidade de oferta tecnológica em razão do número de habitantes nos municípios brasileiros ao ano de 2019:

Quanto maior o porte populacional do município, mais prefeituras ofereceram os serviços eletrônicos investigados pela pesquisa. Enquanto nem metade das cidades com população até 5 mil habitantes (36%) e com mais de 5 mil a 10 mil habitantes (43%) permitiam a emissão on-line de pelo menos um documento como licenças, certidões e permissões, este mesmo serviço era disponibilizado por 79% dos municípios com mais de 100 mil até 500 mil habitantes e 89% daqueles com mais de 500 mil habitantes. (NIC.BR; CETIC.BR, 2020, p. 111).

A constatação acima implica em reconhecer a acessibilidade intensamente desigual entre os diferentes municípios do país, onde o espaço urbano aparece como concentrador das inovações em tecnologia pública. Caberia, pois, a busca por maior articulação entre os entes federativos e os seus respectivos municípios interioranos em vista de ações que aperfeiçoem as suas estruturas digitais da gestão pública, sobretudo quando se sabe que a competência em proporcionar meios de acesso à tecnologia é de caráter comum. Haveria, portanto, o cumprimento efetivo do decreto nº 10.332¹⁶ de 2020 e da Lei nº 14.129¹⁷ de 2021.

Ademais, não basta avaliar apenas a condição estrutural do e-governo; também é necessário que se observem os dados referentes à condição de acessibilidade dos brasileiros às TICs. Nesse panorama, de acordo com um outro relatório¹⁸ realizado pelos NIC.BR e CETIC.BR (2020, p. 62), em 2019 um a cada quatro brasileiros não usava a internet e apenas 14% das classes D e E tinham computadores

16 Institui a Estratégia de Governo Digital para o período de 2020 a 2022, no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências.

17 Lei que propicia a ampliação dos serviços de internet no Brasil.

18 Pesquisa publicada no ano de 2020 sobre o uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nos domicílios brasileiros no ano de 2019.

em seus domicílios, embora a participação das referidas classes tenha aumentado¹⁹ gradualmente a cada ano.

Por outro lado, no que diz respeito aos elementos intermediários da informação, acrescenta-se que:

A análise sociotécnica das práticas comunicacionais nas sociedades democráticas permite afirmar que a crescente interatividade entre os indivíduos se dá a partir de intermediários tecnológicos baseados em arquiteturas de controle. [...] Assim, fundamentais para a análise do poder na sociedade informacional são as técnicas de decodificação do biopoder contido nos protocolos e nos demais intermediários da comunicação, tais como softwares e seus formatos de digitalização. (SILVEIRA, 2014, p. 18).

Nesse sentido, diante de um sistema capaz de gerar ações virtuais de influência sobre o comportamento político social, importa alertar que as TICs podem ser utilizadas como instrumentos de poder que aparentemente trazem elementos democráticos em sua forma. Por conseguinte, enquanto o entendimento esclarecido apontado por Dahl (2001, p. 51) estiver comprometido por interferências externas, a formação da opinião pública não encontra a sua dimensão de autonomia e de liberdade.

Consequentemente, o poder legislativo brasileiro reagiu por meio da elaboração de importantes regulamentações normativas acerca destas intempéries. A Exemplo do Marco Civil da Internet²⁰ em 2014 e da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais²¹ (LGPD) que, desde 2020, passou a regulamentar a privacidade de dados pessoais, tendo em vista as suas crescentes virtualização e usufruto por certas empresas. Tais ações protetivas revelam, portanto, que o atual espaço público está sujeito a interferências lesivas à harmonia comunicativa coletiva.

5. A DELIBERAÇÃO COMO ELEMENTO DETERMINANTE PARA A DEMOCRACIA DIGITAL

Como visto anteriormente, o modelo democrático brasileiro está se redesenhando por novos contornos digitais, à medida que o e-governo passa a fazer parte da estrutura de serviços públicos disponíveis. Difere-se, nesse sentido, de uma mu-

19 De 30% no ano de 2015 para 50% no ano de 2019, houve um aumento na conexão com a internet.

20 Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

21 Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, que dispõe sobre a proteção de dados pessoais.

dança na essência democrática, mas sim no seu formato de aplicação; sobretudo, no modo de transmissão da mensagem. É, então, uma nova linguagem política que pretende considerar a participação social mais direta e efetiva como elemento imprescindível. Dessarte, convém falar em deliberação digital.

A democracia deliberativa representa o ideal da prática política ao considerar a convergência entre as vozes sociais dissonantes como condição *sine qua non*²² ao debate público. Além disso, essa perspectiva permite que parte do aparato normativo legal tenha traços sociais em sua formação ao considerar que as decisões coletivas geram respingos normativos à lei. Logo: “O modelo deliberativo postula uma forma legítima de produção de decisões coletivas” (MIGUEL, 2005, p. 19).

Contudo, ao considerar que a sociedade se forma pela adesão de inúmeros grupos socioculturais distintos, a deliberação não encontra tanta aplicação prática na dimensão macro do mundo real, a não ser que se considere a sua aplicação em perspectiva de micro ações deliberativas, como ocorre em assembleias populares. Acontece que a internet enquanto rede de interconexões sociais mostra-se como um mecanismo independente de representatividade na manifestação do pensamento, haja vista a sua característica marcante de individualidade manual.

Por outro lado, não é válido formular uma lógica pura e ingênua das redes; é válido, pois, considerar que aqueles que estão devidamente inseridos em seu meio já são um recorte específico da sociedade em seus aspectos econômicos e culturais, o que foge do elemento de isonomia participativa presente no modelo de democracia deliberativa. E, mesmo que haja acolhimento geral ao meio digital:

As diferentes posições sociais dos interlocutores contaminam a situação de fala, que, portanto, é marcada por assimetrias. Status, dinheiro, poder ou o domínio do padrão culto condicionam, de formas muito sutis, o acolhimento que é dado à intervenção de cada um dos falantes e, na aparência, não agridem a exigência do “livre debate entre iguais”. (MIGUEL, 2005, p. 15).

Em meio a isso, convém destacar a iniciativa pública de Telecentros, que consiste na criação de espaços comunitários como forma de proporcionar acesso democrático às TICs. No entanto, segundo o relatório²³ publicado pela NIC.BR e CETIC.BR (2020, p. 52), apenas 55% do total de telecentros apoiados pelo Governo Federal estavam a funcionar no ano de 2019. Ainda de acordo com a pesquisa,

22 Expressão em latim que se traduzido para a língua portuguesa significa: “sem a/o qual não pode ser”.

23 Pesquisa publicada no ano de 2020 sobre o uso das tecnologias da informação e comunicação nos centros públicos de acesso do ano de 2019.

o não funcionamento se deu principalmente pela ausência de computadores funcionando, pela falta de assistência técnica e pela falta de recursos financeiros para a manutenção do espaço.

Diante dessa perspectiva de atenção à inclusão digital, torna-se ilógico compreender o Brasil como um país de caráter democrático digital em sua integralidade, o que dificulta, sobremaneira, a consolidação de uma deliberação digital em escala macro. Entretanto, reforça-se aqui a necessidade de se atentar para a viabilidade de tais deliberações em escala micro, como interessante meio de ação democrática.

Nesse prisma, em conformidade ao Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia em Democracia Digital (INCTDD) (2020, p. 21) pode haver deliberação no ambiente virtual pelos seguintes meios:

Fóruns deliberativos, consultas públicas baseadas em trocas argumentativas, elaboração de textos de projetos de lei, decretos e outros documentos mediante o emprego de tecnologia wiki, ambientes online para a formação de redes sociais voltadas para a deliberação pública.

Logo, percebe-se que a participação social por mecanismos em rede perpassa o entendimento de exclusividade do voto virtual como manifestação da democracia digital. Existem ferramentas diversas que possibilitam maior proximidade aos serviços públicos e à deliberação. Todavia, ainda de acordo com o INCTDD, em 2019 identificou-se que das 140 iniciativas dos poderes executivo e legislativo sobre democracia digital no país, nenhuma dizia respeito à categoria de deliberação. Trata-se, portanto, de um desinteresse generalizado em se aplicar ferramentas que valorizam o alcance da opinião pública.

Apesar dessa evidente carência de políticas públicas deliberativas, entende-se que a deliberação é elemento determinante para a democracia digital por exercer a função de amálgama entre os modelos de democracia representativa e democracia direta (CAVALLAZZI, 2020, p. 50). Na vida prática, a deliberação não se torna, então, uma ação exclusivista, pois nela se encontrarão elementos representativos (CAVALLAZZI, 2020, p. 53). Logo, essa forma de complementaridade confere à esfera pública digital a capacidade de interligar formas distintas de participação popular, sobretudo, ao considerar que a tomada de decisão política pode ter mais influência da opinião pública.

6. A RECONFIGURAÇÃO DA ESFERA PÚBLICA PELA DELIBERAÇÃO DIGITAL

A esfera pública²⁴ é uma estrutura comunicacional pela qual se discutem assuntos concernentes à vida pública, por critérios de racionalidade (HABERMAS, 1997, p. 46). Para tanto, a publicidade se torna fator estruturante da referida esfera, já que na ausência de acessibilidade tem-se a esfera como de caráter privado. Por conseguinte, a proteção ao instituto da publicidade é fator crucial aos Estados democráticos, assim como reconhece o Brasil pelo § 1º²⁵ do art. 37 da CF/1988 e pela Lei de Acesso à Informação (LAI)²⁶ de 2011.

Por outro lado, é preciso ressaltar que a singularidade do termo “esfera pública” não corresponde à realidade prática das relações sociais, haja vista a ampla disposição de esferas públicas distintas (HABERMAS, 1990 p. 41) em face da complexidade organizacional social, cada qual se constitui em razão de questões culturais, regionais, socioeconômicas e políticas. Isto posto, diante de variadas coletividades que constituem o espaço público, também é coerente falar em variadas opiniões públicas.

Nesse panorama, segundo o filósofo Wilson Gomes (2006, p. 57), para se formar a opinião pública com consequências políticas na esfera pública, deve haver comunicação efetiva entre os atores sociais que formam a sociedade civil, numa espécie de conversação civil. Acontece que o Brasil é um país de modelo democrático representativo, o que implica em tomadas de decisões gerenciadas pelo poder legislativo. Entretanto, ao se considerar a importância da conversação civil, as tomadas de decisões sujeitam-se às deliberações populares, já que o ressoar da vontade social é consequencial.

Ocorre que a voz pública não é uníssona. É preciso que se identifique, então, o interesse causalista que diferencia a opinião pública da opinião da população:

24 Com base nas mudanças sociopolíticas ocasionadas pela revolução francesa a partir de 1789, o filósofo Jürgen Habermas identifica um novo modelo de esfera pública: a esfera pública burguesa. Nela, os meios de comunicação de massa são os reais regentes do debate público. Por outro lado, já em análise particular, para Habermas a esfera pública em si é uma rede adequada para a comunicação de conteúdos que formam a opinião pública. Para um maior aprofundamento, acesse: <https://marcosfabionuva.files.wordpress.com/2011/08/direito-e-democracia-entre-facticidade-e-validade-ii.pdf>

25 Art. 37, § 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

26 Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que regula sobre o acesso à informação.

A esfera pública não incorpora, efetivamente, o conjunto dos cidadãos, o que leva Neidhardt a distinguir a opinião pública da opinião da população: a opinião pública corresponde à opinião dominante entre aqueles que, de fato, têm voz ativa na esfera pública, enquanto a opinião da população compreende a opinião reinante entre o público. (COSTA, 2002, p. 18).

Nesse sentido, em meio a esses aspectos aparentemente dúbios da capacidade de comunicação do grande público, o filósofo Jürgen Habermas (1990, p. 61) reconhece que o público de massa pluralista está apto para proporcionar discussões políticas críticas na esfera pública. Para ele os meios de comunicação em massa aparecem como produtores de uma suposta opinião pública, mas que na verdade se utilizam de uma relação de poder para promover um discurso de caráter privado.

Frente a essa mudança estrutural regida pelo uso do poder nas vias de comunicação, denota-se que o discurso de massa fica sujeito àqueles que detêm a capacidade de gerenciar a fala pública, o que difere de uma perspectiva democrática da comunicação, cujos grupos sociais teriam de ter, necessariamente, vozes ativas nas deliberações.

Ademais, há de se dar destaque ao avanço das técnicas como elemento que compõem o novo formato de esfera pública. No caso da técnica informática, o seu evidente alargamento em rede promove uma espécie de interconexão às demais técnicas, o que gera unicidade técnica (SANTOS, 2008, p. 25). Logo, esse processo dissolve os limites geográficos impostos às esferas públicas, o que resulta em formatações cada vez mais globais, abstratas e interligadas.

A partir dessas recorrentes simultaneidades, afere-se que a evolução de tais disposições passou a causar repercussões em diferentes áreas da dinâmica social:

O uso alternativo das tecnologias e de redes informáticas (R. Kroes, S. Finkelievich, J. L. Molina) na reconstrução da esfera pública passa, sem dúvidas, por profundas mudanças nos mapas mentais, nas linguagens, e nos desenhos de políticas, exigidos, todos eles, pelas novas formas de complexidade que revestem as reconfigurações e hibridações do público e do privado. (BARBERO, 2006, p. 69)

Percebe-se, com isso, que a hodierna esfera pública precisa ser compreendida em ótica sistêmica, já que os elementos comunicacionais que a formam não são apenas espaciais, mas também políticos e sociológicos. É importante que se façam notados os atores que se comunicam neste meio, o grau de alcance da fala dos respectivos, bem como a linguagem utilizada para se efetuar a comunicação.

Ainda sob esse ponto de vista, também é necessário que se atente para a compreensibilidade geral da mensagem como forma de produzir uma opinião pública integrada e participativa:

Nos processos públicos de comunicação não se trata, em primeiro lugar, da difusão de conteúdos e tomadas de posição através dos meios de transmissão efetivos. A ampla circulação de mensagens compreensíveis, estimuladoras da atenção, assegura certamente uma inclusão suficiente aos participantes. (HABERMAS, 1997, P. 94).

Por fim, as alterações gerais, que o modelo de democracia digital deliberativa propicia à esfera pública, devem ser analisadas em níveis específicos de impacto relativos ao limite de influência que o modelo democrático brasileiro permite (GOMES, 2018, p. 66). Nessa lógica, os mecanismos digitais podem tanto fortalecer o vínculo entre participação política e cidadania, quanto evidenciar um modelo desigual no qual a sociedade da informação tem graus desnivelados de acessibilidade e de conhecimento técnico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da consolidação dos direitos fundamentais na república federativa do Brasil, os meios instrumentais de participação popular na esfera pública ganham dimensão normativa. Diante disso, com o advento das novas Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs), concebeu-se um novo espaço de interação social que traz consigo um árduo desafio de regulamentação ao ordenamento jurídico brasileiro, haja vista a sua robustez tecnicista.

Assim sendo, o Estado, enquanto agente responsável por prestar serviços públicos, tem buscado uma melhor comunicação com a sociedade civil por meio da implementação do e-Governo a fim de enfraquecer os despropósitos burocráticos. Ocorre que as iniciativas, apesar de existirem, mostram-se insuficientes em seus aspectos de alcance às classes sociais marginalizadas, sobretudo ao desconsiderar a importância de se promover uma intensa capacitação social. Não há, portanto, que se falar em democracia digital se não há participação geral e grau similar de importância da fala.

Com isso, a formulação de uma sociedade deliberativa nas vias institucionais de comunicação é extremamente significativa, pois permite a possibilidade de se equilibrar a força comunicativa do poder dominante. Para tanto, é oportuno que se estimule a inserção de mecanismos deliberativos em resposta ao hábito cultural de centralizar a cidadania ao voto. Ademais, há de se reconhecer que, em respeito ao

princípio da publicidade, os serviços eletrônicos têm aproximado a sociedade civil da informação pública como forma de prestação de contas.

É preciso, ademais, que se considere a necessidade de individualização do acesso ao e-Governo como ferramenta de participação popular democrática, pois assim como ocorre na esfera pública tradicional, a deliberação manifesta-se primeiramente em demandas individualizadas para posteriormente conjugar-se às demandas comuns de coletividade. Contesta-se, além do mais, a presença de um tecnicismo de meio que pode, inclusive, equiparar-se aos elementos que formam o domínio da autoridade burocrática.

Por fim, não se trata de considerar a deliberação digital como um incentivo à obliteração da democracia representativa, mas como forma de aperfeiçoá-la, já que possibilitar-se-á maior influência da opinião pública sobre a tomada de decisão política; isto é, uma convergência entre a esfera pública e a esfera política. Diante de toda essa compreensão sistêmica, a esfera pública digital representa uma tentativa de dirimir os custos de participação política, e tem na deliberação a sua forma mais impactante de mudança.

REFERÊNCIAS

- ALCOFORADO, R. E. G. **Uma breve história dos direitos fundamentais: do esboço teórico ao mundo real.** EDUERN: Mossoró, 2017.
- ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Disponível em: <<http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3657/alexey-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf>> Acesso em: 27 dez. de 2020.
- ARENDT, H. **Sobre a violência.** 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2016.
- BARBERO, J. M. Tecnicidades, identidades, alteridades: mudanças e opacidades da comunicação no novo século. In: MORAES, D. (org.). **Sociedade midiaticizada.** Rio de Janeiro: Mauad, 2006. p. 51-76.
- BRANCO, P. H. V. B. **Burocracia e crise de legitimidade: a profecia de Max Weber.** Lua Nova. São Paulo, n. 99, p. 47-77, 2016. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/ln/n99/1807-0175-ln-99-00047.pdf>> Acesso em: 05 jan. de 2021.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Diário Oficial, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 11 dez. de 2020.
- BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm> Acesso em: 27 jan. de 2021.
- 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: Presidência da República, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm> Acesso em: 20 de jan. de 2021
- BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Diário Oficial da União. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm> Acesso em: 20 de jan. de 2021.
- BRASIL. **Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021.** Dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública e altera a Lei nº 7.116, de 29 de agosto de 1983, a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), a Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012, e a Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017. Diário Oficial da União. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.129-de-29-de-marco-de-2021-311282132>> Acesso em: 01 de Mar. de 2021.
- BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional.** 26. ed. São Paulo: Malheiros editores, 1980.

CAVALLAZZI, V. W. **E-democracia deliberativa**: a criação de espaços de deliberação social em rede para a implementação de direitos sociais. Salvador: Juspodivm, 2020.

COSTA, S. **As Cores de Ercília**: esfera pública, democracia, configurações pós-nacionais. Belo Horizonte: UFMG, 2002

DAHL, R. A. **Sobre a democracia**. Brasília: UNB, 2001. Disponível em: <<https://oidmercosul.files.wordpress.com/2012/11/63830651-dahl-robert-sobre-a-democracia.pdf>> Acesso em: 28 jan. de 2021.

INCT.DD. **Democracia digital no Brasil**: prospecção sobre o legislativo e o poder executivo federal 2019. Salvador: INCTDD, 2020. Disponível em: <<https://storage.googleapis.com/sta-teless-inctdd-website/2020/08/b6d7148c-democracia-digital-no-brasil-2019-final.pdf>> Acesso em: 10 jan. de 2021.

LOCKE, J. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Lebooks Editora, 2018, E-book.

GOMES, W. Apontamentos sobre o conceito de esfera pública. *In*: MAIA, R; CASTRO, M. C. P. S. (org.). **Mídia, esfera pública e identidades coletivas**. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

GOMES, W. **A democracia no mundo digital**: história, problemas e temas. *In*: SILVEIRA, S. M. (org.). SESC, 2018, E-book.

MIGUEL, L. F. Teoria Democrática Atual: Esboço de Mapeamento. **Revista brasileira de informação bibliográfica em ciências sociais**. São Paulo, n. 59, p. 5-42, 2005.

NIC.BR; CETIC.BR. **TIC Centros públicos de acesso**: Pesquisa sobre centros públicos de acesso à internet no Brasil. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2020. Disponível em: <https://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20200707095230/tic_centros_publicos_de_acesso_2019_livro_eletronico.pdf> Acesso em: 21 jan. de 2021.

NIC.BR; CETIC.BR. **TIC Domicílios**: Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2020. Disponível em: <https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20201123121817/tic_dom_2019_livro_eletronico.pdf> Acesso em: 21 jan. de 2021.

NIC.BR; CETIC.BR. **TIC Governo eletrônico**: Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação no setor público brasileiro. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2020. Disponível em: <https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20200707094309/tic_governo_eletronico_2019_livro_eletronico.pdf> Acesso em: 21 jan. de 2021.

SANTOS, M. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 16. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVEIRA, S. A. Para analisar o poder tecnológico como poder político (2011). *In*: SILVEIRA, S. A; BRAGA, S; PENTEADO, C. (org.). **Cultura, política e ativismo nas redes**. São Paulo, Fundação Perseu Abramo, 2014.

HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, volume II.. Rio de Janeiro, Tempo brasileiro, 1997. Disponível em: <<https://marcosfabionuva.files.wordpress>.

com/2011/08/direito-e-democracia-entre-facticidade-e-validade-ii.pdf> Acesso em 15 de jan. de 2021.

HABERMAS, J. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. São Paulo, UNESP, 1990. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4498665/mod_resource/content/0/Habermas_Mudan%C3%A7a%20estrutural%20da%20esfera%20p%C3%ABblica_Pref%C3%A1cio%201990.pdf> Acesso em 15 de jan. de 2021

HIRSCHMAN, A. O. **Do consumidor ao cidadão**: atividades privadas e participação na vida pública. São Paulo, Brasiliense, 1983.

WEBER, M. **Ensaio de sociologia**. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1963. Disponível em: <http://www.ldaceliaoliveira.seed.pr.gov.br/redeescola/escolas/18/1380/184/arquivos/File/materiais/2014/sociologia/Ensaio_de_Sociologia_-_Max_Weber.pdf> Acesso em: 14 jan. de 2021.

WEBER, M. **Economia e sociedade**: fundamentos da economia compreensiva. Vol. 2. São Paulo: UNB, 2004. Disponível em: <<https://ayanrafael.files.wordpress.com/2011/08/weber-m-economia-e-sociedade-fundamentos-da-sociologia-compreensiva-volume-2.pdf>> Acesso em: 14 jan. de 2021.

A BOA-FÉ OBJETIVA E A ASSIMETRIA INFORMACIONAL COMO LEGITIMADORAS DO DEVER DE INFORMAR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: O EXEMPLO DO CONSENTIMENTO INFORMADO ENTRE MÉDICO E PACIENTE

THE OBJECTIVE GOOD FAITH AND THE INFORMATIONAL ASYMMETRY AS LEGITIMATORS OF THE DUTY TO INFORM IN CONSUMER RELATIONS: THE EXAMPLE OF INFORMED CONSENT BETWEEN DOCTOR AND PATIENT

Gabriel Alves Fonseca¹

Data de Submissão: 28/03/2022

Data de Aceite: 28/06/2022

Resumo: A presente pesquisa teve como objetivo geral compreender as razões da necessidade de existência do dever de informar nas relações de consumo, à luz da incidência da boa-fé objetiva e da assimetria informacional própria a tais relações. Para o alcance desse objetivo geral, houve a investigação do estado da arte doutrinário, normativo e jurisprudencial sobre a relação de consumo, a assimetria informacional no mercado de consumo, a boa-fé objetiva e o dever de informar nas esferas civil e consumerista. Após, houve a visualização de como os conceitos abordados podem ser verticalizados na análise do consentimento informado entre médico e paciente. No tocante aos materiais empregados, estes foram, em suma, livros e artigos científicos, cotejados através do método dedutivo. No curso da pesquisa, os resultados principais apontaram para uma assimetria informacional na relação de consumo que precisa ser mitigada em prol do mercado e principalmente do consumidor, mediante um dever de informar que tem fundamentação substancial na boa-fé objetiva e que é capaz de reduzir os custos de transação entre fornecedores e consumidores. Outrossim,

1 Pós-graduando em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pesquisador do Núcleo de Criminologia e de Política Criminal (NCPC) do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (PPGD-UFPR). E-mail: gabrielalvesfonseca95@gmail.com.

concluiu-se que o consentimento informado é obtido com uma informação completa sobre os riscos significativos do serviço prestado pelo médico ao paciente.

Palavras-chave: assimetria informacional. boa-fé objetiva. dever de informar.

Abstract: This research had the general objective of understanding the reasons for the need of existence of the duty to inform in consumer relations, in the light of the incidence of objective good faith and the informational asymmetry inherent to such relations. In order to reach this general objective, there was an investigation about the state of the art of doctrine, norms and jurisprudence on the consumer relation, informational asymmetry in the consumer market, objective good faith and the duty to inform in the civil and consumer spheres. After that, there was the visualization of how the concepts approached can be verticalized in the analysis of the informed consent between doctor and patient. Regarding the materials used, they were, in short, books and scientific articles, collated using the deductive method. In the course of the research, the main results pointed to an informational asymmetry in the consumer relation that needs to be mitigated in favor of the market and especially of the consumer, by means of a duty to inform that is substantially based on objective good faith and that is capable of reducing the transaction costs between suppliers and consumers. Furthermore, it was concluded that informed consent is obtained with full information about the significant risks of the service provided by the doctor to the patient.

Keywords: informational asymmetry. objective good faith. duty to inform.

1. INTRODUÇÃO

Não são apenas as previsões legais em si que obrigam o fornecedor de produtos e serviços a prestar informações claras, adequadas e úteis ao consumidor, mas antes a boa-fé objetiva, a qual já vinha sendo aplicada pela jurisprudência mesmo antes da superveniência do Código de Defesa do Consumidor como matriz cogente, em uma relação na qual a assimetria informacional é uma das notas distintivas. Tendo isso em vista, o presente trabalho buscará expor, ainda que de maneira sumária, a legitimação da observância do dever de informar nas relações obrigacionais consumeristas em face da presença das assimetrias informacionais, próprias a tais relações, bem como da incidência da boa-fé objetiva, enquanto um eixo axiológico e normativo central do Direito do Consumidor.

A justificativa desse esforço reside na importância de se visualizar o dever de informar não como um ônus, em suas mais variadas faces nas relações consumeristas, dotado de uma extensa regulação engessadora das transações entre consumidores e fornecedores, mas, sim, como um dever que concretiza a igualdade material e efetiva a transparência, cara à existência do próprio mercado consumerista.

Quanto aos objetivos que nortearam a presente pesquisa, estes foram precipuamente três, sendo o primeiro geral e os dois restantes específicos: (1) compreender as razões da necessidade de existência do dever de informar nas relações de consumo, à luz da incidência da boa-fé objetiva e da assimetria informacional própria a tais relações; (2) investigar o estado da arte doutrinário, normativo e jurisprudencial sobre a relação de consumo, a assimetria informacional no mercado de consumo, a boa-fé objetiva e o dever de informar nas esferas civil e consumerista; 3) visualizar como os conceitos abordados podem ser verticalizados na análise do consentimento informado entre médico e paciente.

No que concerne à metodologia empregada, houve a instrumentalização prioritária de livros e artigos científicos, sobretudo de autores com estudos nas áreas do Direito Civil e do Direito do Consumidor. Essa análise eminentemente bibliográfica foi feita à luz do método dedutivo, na medida em que, para se chegar aos resultados obtidos, se partiu de premissas gerais (representativas dos objetivos já anunciados alhures) que foram organizadas em tópicos interconexos e integrantes da estrutura de desenvolvimento do trabalho.

Ao fim do percurso investigatório, os resultados principais apontaram para uma assimetria informacional na relação de consumo que precisa ser mitigada em prol do mercado e principalmente do consumidor, mediante um dever de informar que tem fundamentação substancial na boa-fé objetiva e que é capaz de reduzir os

custos de transação entre fornecedores e consumidores. Outrossim, concluiu-se que o consentimento informado é obtido com uma informação completa sobre os riscos significativos do serviço prestado pelo médico ao paciente.

2. A RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL DE CONSUMO E SUA ASSIMETRIA INFORMACIONAL

A mais simples (e ainda a melhor) via que conduz a uma definição de obrigação é a que parte da noção de relação jurídica. Uma relação jurídica pode ser entendida como um vínculo que, nas situações que envolvem duas ou mais pessoas, atribui a umas e outras poderes e deveres juridicamente exigíveis, com vista à realização de determinadas finalidades. Partindo desse pressuposto, pode-se dizer que uma obrigação é uma relação jurídica na qual uma pessoa (ou mais de uma), credora, pode exigir de outra (ou de outras), devedora, uma prestação que satisfaz um interesse da primeira (ou das primeiras).²

Se houver a incidência do Código de Defesa do Consumidor nessa relação obrigacional, isto é, se uma das partes se enquadrar no conceito de consumidor e a outra no conceito de fornecedor e, entre elas, houver um nexo de causalidade capaz de obrigar uma a entregar a outra uma prestação, haverá uma relação de consumo. Em termos bem gerais, a relação de consumo é aquela que envolve de um lado uma pessoa (física ou jurídica) que fornece um produto ou serviço, a qual é chamada de fornecedor e, de outro, uma pessoa (física ou jurídica) que adquire o produto ou o serviço ofertado, denominada de consumidor.³

Na inteligência dos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, é consumidora a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatária final, sendo fornecedora toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira (incluindo-se, igualmente, os entes despersonalizados), que desenvolve atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.⁴ Cumpre atentar que há certos sujeitos considerados pela lei como equiparados à figura do consumidor, nos termos do parágrafo único do artigo 2º e dos artigos 17 e 29 do Código de Defesa do Consumidor.⁵

2 NORONHA, F. **Direito das obrigações**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 29.

3 MARTINS, P. L. **Anotações ao código de defesa do consumidor: (lei 8.078/90):** conceitos e noções básicas. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 26-30.

4 BERTOLDI, M. M.; RIBEIRO, M. C. P. **Curso avançado de direito comercial**. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 768.

5 MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 322.

O ponto de partida dessa extensão do campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos consumidores por equiparação é a observação de que muitas pessoas, mesmo não sendo consumidoras *stricto sensu*, podem ser atingidas ou prejudicadas pelas atividades dos fornecedores no mercado. Tais pessoas, bem como grupos e mesmo profissionais podem intervir nas relações de consumo de outra forma a ocupar uma posição de vulnerabilidade.⁶ Tal extensão ajuda a ratificar que a relação qualificada pela lei como uma relação de consumo é, paradigmaticamente, uma relação assimétrica entre seus polos, quais sejam, o fornecedor e o consumidor.⁷

Entendida a relação de consumo como sendo aquela ocorrida entre um consumidor e um fornecedor, entende-se que tal relação comporta um desequilíbrio maior quando é comparada, por exemplo, com uma relação entre dois empresários, ou entre dois particulares. Com efeito, considera-se que o consumidor é a parte hipossuficiente, isto é, a parte mais fraca da relação consumerista. Uma das causas responsáveis por esse reconhecimento da hipossuficiência do consumidor decorre do fenômeno da assimetria informacional.⁸ A assimetria informacional é um fenômeno econômico que se caracteriza pelo fato de uma das partes de uma transação comercial possuir mais informações do que a outra, relativamente ao produto ou ao serviço que é negociado.⁹

Quando existe uma assimetria informacional, há a tendência de que ocorram conflitos de interesse. Isso porque pode-se reconhecer dois tipos de problemas advindos da assimetria informacional: uma seleção adversa, que ocorre quando um lado do mercado não pode observar o tipo ou a qualidade dos bens e serviços colocados à disposição do outro lado; e um risco moral, que ocorre quando um lado do mercado não pode observar a ação do outro lado.¹⁰

6 MARQUES, C. L.; BENJAMIN, A. H. V.; MIRAGEM, B. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 119.

7 MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 323.

8 CZELUSNIAK, V. A. O consumidor pessoa jurídica sob uma análise jurisprudencial. **Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas**, Santo Ângelo, v. 19, n. 33, p. 161-182, jan./abr. 2019. p. 169.

9 MARTINS, J. V. R.; RIBEIRO, M. C. P. Economia do compartilhamento, assimetria informacional e regulação econômica consumerista. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 34-52, jul./dez. 2016. p. 37.

10 BELO, N. M.; BRASIL, H. G. Assimetria informacional e eficiência semiforte do mercado. **Revista de Administração de Empresas**, v. 46, Edição Especial Minas Gerais, p. 48-57, dez.

Uma vez que os mercados estão repletos de assimetrias informacionais e que destas resultam efeitos desestabilizadores, responsáveis por muitas das ineficiências e dos desequilíbrios enfrentados, urge perceber que a assimetria informacional constitui um óbice a ser comumente superado por todos os agentes econômicos. Especificamente no âmbito das relações consumeristas, as adversidades das assimetrias informacionais tendem a desestabilizar ainda mais uma relação naturalmente desequilibrada, decorrendo daí a necessidade de existência de instituições capazes de amenizar os efeitos ineficientes e socialmente indesejados das informações imperfeitas inerentes às relações de consumo.¹¹

Com efeito, a assimetria informacional nos contratos de consumo é uma falha que intensifica o desequilíbrio entre os fornecedores e os consumidores de produtos e serviços. É evidente que, se o consumidor não tem, por exemplo, o aparato informacional adequado para avaliar qual dos produtos tem maior qualidade ou melhor preço, presencia-se uma situação de desequilíbrio no mercado. Nessa situação, os consumidores podem se tornar grandes reféns dos fornecedores de maus produtos e serviços, ou dos preços praticados por estes agentes.¹²

Por essa razão, exsurge o imperativo dever de intervenção estatal para que, através de um regramento de normas consumeristas que resguardem o direito à informação, seja diminuída ou ao menos mitigada a assimetria informacional entre consumidores e fornecedores, tutelando-se não apenas a própria dignidade humana do consumidor vulnerável, como também o próprio mercado consumerista contra comportamentos autofágicos, fomentando-se, assim, o consumo, vez que cria-se incentivos para o consumidor avesso ao risco adentre em um cenário incerto.¹³

Ainda assim, em que pese a atuação do Estado seja indispensável, como o ente público não detém a mesma quantidade de informações que o fornecedor, é igualmente necessária a manutenção de um mercado no qual impere a livre concorrência, pois, com a existência de um variado grupo de competidores e de bens e

2006. p. 50-51.

11 NASCIMENTO, C. B. L. A problemática da informação imperfeita nas relações de consumo e a necessidade de proteção do vulnerável. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, a. 1, n. 2, p. 381-408, 2015. p. 404.

12 CZELUSNIAK, V. A. O consumidor pessoa jurídica sob uma análise jurisprudencial. **Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas**, Santo Ângelo, v. 19, n. 33, p. 161-182, jan./abr. 2019. p. 162.

13 NASCIMENTO, C. B. L. A problemática da informação imperfeita nas relações de consumo e a necessidade de proteção do vulnerável. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, a. 1, n. 2, p. 381-408, 2015. p. 406-407.

serviços, os consumidores poderão eleger aquele que melhor atende ao seu desejo de informação.¹⁴ Ademais, outro importante mecanismo corretor das assimetrias informacionais é a boa-fé objetiva, que tem o condão de atuar como um valioso instrumento de correção de iniquidades informacionais tão comuns nas relações hodiernas, marcadamente nas relações de consumo.¹⁵

3. BREVES NOÇÕES SOBRE A BOA-FÉ OBJETIVA

A expressão boa-fé objetiva não traduz um estado de fato (o estar de boa-fé) que afasta a culpa ou gera determinadas pretensões aquisitivas (como, por exemplo, a aquisição da posse), ou salvaguarda posições jurídicas (como as do credor de boa-fé).¹⁶ Esse estado de fato remete, em verdade, à boa-fé em sua vertente subjetiva, a qual tem o sentido de uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio, ou na adstrição egoística à literalidade do pactuado.¹⁷ Em outras palavras, a boa-fé subjetiva pode ser compreendida como um dado interno que está na consciência do sujeito e que o leva a acreditar (crença) na legitimidade de sua conduta. Isto é, a pessoa crê que está sendo fiel ao ordenamento jurídico.¹⁸

Contudo, há um outro sentido de boa-fé, como algo exterior ao sujeito, que se lhe impõe. Essa é, pois, a boa-fé objetiva.¹⁹ Entende-se por boa-fé objetiva um fator externo ao sujeito, que fundamenta a existência de uma norma de conduta exigente da concreção do princípio de lealdade na relação, e que estabelece um dever de agir de acordo com padrões socialmente recomendados, paradigma com o qual será avaliado o comportamento da parte, no caso concreto. Trata-se, pois, de um critério de comportamento e de um elemento normativo e instrumental, e não um

14 ESTRALIOTO, W. R. **A livre concorrência como redutora da assimetria de informação na relação de consumo**. 2013. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Mestrado em Direito, Universidade de Marília, Marília (SP), 2013. p. 132-133.

15 SILVA, R. G. Em busca do conceito contemporâneo de (in)adimplemento contratual: análise funcional à luz da boa-fé objetiva. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 16, n. 02, p. 293-322, abr./jun. 2017. p. 304.

16 MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 42.

17 MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 412.

18 AGUIAR JÚNIOR, R. R. Proteção da boa-fé subjetiva. **Revista da AJURIS**, v. 39, n. 126, p. 187-233, jun. 2012. p. 190.

19 CORDEIRO, A. M. R. M. **Da boa-fé no direito civil**. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 1997. p. 24.

fato intelectual ou volitivo como é a boa-fé subjetiva, ainda que ambas as modalidades de boa-fé fluam do mesmo núcleo de fidelidade e lealdade.²⁰

A distinção conceitual entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva é relevante para reafirmar a coexistência de ambas as vertentes da boa-fé no plano da codificação civil brasileira. Em que pese ser mais visível a aplicação da boa-fé subjetiva no contexto dos direitos reais, afigura-se ela igualmente incidente no campo dos negócios contratuais, uma vez que a regra geral de hermenêutica contratual prevista no artigo 113 do Código Civil não faz qualquer distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva, ao lançar mão desta para cumprir um papel hermenêutico. Ainda assim, indiscutivelmente, é a boa-fé objetiva que ganhou maior espaço e materialização no texto e no contexto do Código Civil de 2002.²¹

O sentido da boa-fé objetiva caminha desde os primórdios do Direito Romano, como uma orientação à conduta das partes de um negócio ou um contrato. Com a superveniência do jusnaturalismo, a boa-fé objetiva, relacionada com a conduta dos negociantes, ganhou uma faceta própria no Direito Comparado. Esse movimento de objetivação da boa-fé foi consolidado pelas codificações privadas europeias, em superação à primitiva subjetivação da boa-fé. Como exemplos notórios desse processo, destacam-se o Código Civil Alemão de 1896, o Código Civil Italiano de 1942 e o Código Civil Português de 1966, que fazem menção à faceta objetiva da boa-fé.²²

Uma das indagações iniciais que surgem acerca da boa-fé objetiva é se ela é um *standard* jurídico ou um princípio geral. Alguns ordenamentos, como o francês e o estadunidense, a consideram como um *standard*, servindo de critério de julgamento, ao passo que outros, como o alemão e o japonês, qualificam-na como um princípio, o que lhe dá maior importância. No ordenamento brasileiro, pode-se dizer que a boa-fé objetiva é entendida, algumas vezes, como *standard*, e, em outras, como princípio (posição que parece ser a prevalente). Ela era pressuposta no Código Civil de 1916 como um princípio subjacente e, com a sobrevinda do Código

20 AGUIAR JÚNIOR, R. R. Proteção da boa-fé subjetiva. **Revista da AJURIS**, v. 39, n. 126, p. 187-233, jun. 2012. p. 191.

21 NALIN, P. Princípios do direito contratual: função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justiça contratual, igualdade. *In*: LOTUFO, R.; NANNI, G. E. (Coords.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 97-143. p. 123.

22 TARTUCE, F. **Direito civil**: direito das coisas – v. 4. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 51.

Civil de 2002, ganhou previsão expressa, tendo aplicação em outras disciplinas além do Direito Civil.²³

Ainda que seja impossível, tecnicamente, definir a boa-fé objetiva, pode-se, contudo, indicar, em sentido relacional, as condutas que lhe são conformes, bem como discernir funcionalmente sua atuação e eficácia como: (1) fonte geradora de deveres jurídicos de cooperação, informação, proteção e consideração às legítimas expectativas do outro parceiro da relação obrigacional; (2) baliza do modo de exercício de posições jurídicas, servindo como via de correção do conteúdo contratual, em certos casos, e como correção ao próprio exercício contratual; e (3) cânone hermenêutico dos negócios jurídicos obrigacionais. Ao atuar desse modo funcional, a boa-fé serve como pauta de interpretação, como fonte de integração e como critério para a correção de condutas contratuais e até do conteúdo contratual.²⁴

Importa destacar que a visão funcional da boa-fé objetiva já podia ser identificada nos primórdios do reconhecimento, pelos tribunais brasileiros, de sua incidência em casos atinentes às relações privadas de Direito Comum, de Direito do Consumidor e de Direito Administrativo, tendo a boa-fé objetiva funções de otimização do comportamento contratual, de reequilíbrio contratual e de limitação ao exercício de direitos subjetivos.²⁵

As funções atribuídas à boa-fé, assim como as numerosas doutrinas construídas sob o seu impacto e as ideias que lhe são próprias (confiança, finalidade, probidade, lealdade, honestidade...), só podem ser harmonizadas em um enquadramento constitucional. E a fundamentação dada à boa-fé objetiva pela Constituição Federal centra-se na ideia de dignidade da pessoa humana como princípio reorientador das relações patrimoniais, o que é consonante com as transformações personalíssimas que foram promovidas na teoria dos contratos.²⁶

Quanto ao âmbito de atuação no campo contratual, a boa-fé possui uma irradiação ampla, eis que se faz presente já na formação contratual (ensejando a responsabilidade pré-contratual por *culpa in contrahendo*), passando pelo seu desen-

23 FRADERA, V. M. J. A boa fé objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**, Volume Especial, p. 125-140, nov. 2003. p. 133-137.

24 MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 44-45.

25 MARTINS-COSTA, J.; BRANCO, G. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 199.

26 NEGREIROS, T. P. A. T. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 252.

volvimento (de modo a coibir abusos de direito) e alcançando a eventual inexecução do contrato (o que implica na responsabilidade pós-contratual).²⁷

Essa exigência da boa-fé objetiva antes, durante e após o contrato adveio da valorização do elemento da confiança quando da assunção e do desenvolvimento dos vínculos jurídicos de natureza privada. Esse fenômeno decorreu da perspectiva de valorização dos sujeitos das relações obrigacionais vistos enquanto pessoas, e não como meros personagens da trama contratual, o que foi um reflexo da visão ética sobrevinda com a atual codificação civil.²⁸ Com efeito, o personalismo ético (que eleva o respeito pela dignidade pessoal de cada ser humano à categoria de imperativo moral supremo) não seria suficiente para fundamentar uma ordem jurídica (ou as relações privadas) se não intervisse também a boa-fé como um elemento ético-social indispensável.²⁹

Assim, a boa-fé objetiva ganhou um destaque especial no Código Civil de 2002, a partir da adoção do denominado princípio da eticidade.³⁰

E, especificamente em face das normas do Código Civil, a boa-fé objetiva se põe, expressamente, como metro para a aferição da licitude no exercício de direitos derivados de negócios jurídicos (artigo 187); como cânone de interpretação dos negócios (artigo 113); e como cláusula geral dos contratos, servindo à sua integração (artigo 422). Essas três previsões possuem um caráter geral, espraiando a sua eficácia em numerosos institutos. Paralelamente, o Código de Defesa do Consumidor também situa a boa-fé objetiva em caráter geral, como princípio fundante da Política Nacional das Relações de Consumo (artigo 4º, inciso III) e como critério de aferição da validade das cláusulas contratuais (artigo 51, inciso IV).³¹

27 AMARAL, F. **Direito civil**: introdução. 9. ed. rev., modif. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 137.

28 CARNEIRO FILHO, H. J. Responsabilidade civil pré-contratual e nos contratos preliminares. *In*: MARINONI, L. G. (Dir.). **Precedentes jurisprudenciais**: direito contratual. Coleção juristendência; v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 31-41. p. 34.

29 MELO, D. L. M. Culpa extracontratual: uma visita, dez anos depois. *In*: LOTUFO, R.; NANNI, G. E.; MARTINS, F. R. (Coords.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo**: reflexões sobre os 10 anos do código civil. São Paulo: Atlas, 2012. p. 596-640. p. 605.

30 GEDIEL, J. A. P.; CORRÊA, A. E. Interpretações – art. 113 do código civil. *In*: MARQUES NETO, F. P.; RODRIGUES JUNIOR, O. L.; LEONARDO, R. X. (Coords.). **Comentários à lei de liberdade econômica**: lei 13.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 327-361. p. 346.

31 MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 45.

Também nas relações de consumo, a boa-fé objetiva tem uma função socioeconômica. Isso porque ela garante um comportamento dos contraentes pelo qual cada um deles possa realizar seus fins ou suas expectativas do negócio.³² Genericamente, não é absurdo dizer que a boa-fé objetiva é o princípio máximo orientador do Código de Defesa do Consumidor. Contudo, é igualmente importante destacar o princípio da transparência, o qual, em última instância, não deixa de ser um reflexo da boa-fé objetiva exigida aos agentes contratuais.³³

Já no seio do Código Civil, a apreensão explícita da boa-fé objetiva como um modelo jurídico prescritivo (que já seria autonomamente atuante, ainda se acolhido de forma apenas implícita), só faz demonstrar a sua importância verdadeiramente nuclear para o Direito das Obrigações, emparelhando à autonomia privada as ideias de confiança legítima e de cooperação devida em vista da utilidade da prestação.³⁴

De mais a mais, a Análise Econômica do Direito evidencia que os custos de transação tendem a reduzir-se em mercados de ambiente institucional marcado pela fidúcia, no qual os agentes econômicos confiam na retidão do comportamento dos outros, ou seja, em que se pode legitimamente esperar ou prever a adoção de determinadas atitudes pelos parceiros comerciais. A possibilidade de se prever o comportamento dos agentes aumenta o grau de segurança e reduz a preocupação durante a celebração e a execução do negócio. Assim, o comportamento honesto derivado da boa-fé objetiva implica em economia tanto para o agente quanto para o mercado como um todo.³⁵

Não por outra razão é que a boa-fé objetiva sempre foi um dos vértices do sistema mercantil, pois, ao atuar como um catalisador da fluência das relações no mercado, reforça as possibilidades de confiança dos agentes econômicos no sistema, diminuindo o risco das negociações.³⁶ Destarte, não há discussão quanto à

32 FABIAN, C. **O dever de informar no direito civil**. Prefácio de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 61.

33 MARQUES, C. L.; BENJAMIN, A. H. V.; MIRAGEM, B. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 234.

34 MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 46.

35 FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil: contratos**. v. 4. 9. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. p. 187.

36 FORGIONI, P. A. A interpretação dos negócios jurídicos II – alteração do art. 113 do código civil: art. 7º. *In*: MARQUES NETO, F. P.; RODRIGUES JUNIOR, O. L.; LEONARDO, R. X. (Coords.). **Comentários à lei de liberdade econômica: lei 13.874/2019**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 363-394. p. 379-380.

enorme aplicação do princípio da boa-fé objetiva no Direito das Obrigações, posto que redefine o conceito de relação obrigacional para alargá-lo e, ao fazer isso, ganha novo *status* e autonomia própria. Assim, não seria exagerado afirmar que o princípio em questão está arraigado ao estudo do Direito das Obrigações na atualidade, sendo absolutamente insuficiente uma análise que não o leve em consideração.³⁷

Tanto é assim que, mesmo antes da previsão expressa do princípio da boa-fé objetiva no Código Civil de 2002, já se reconhecia a sua vigência no Direito das Obrigações, como uma máxima objetiva determinante do aumento de deveres (além daqueles explicitamente constituídos pela convenção), endereçada a todos os partícipes do vínculo e criadora, inclusive, de deveres para o credor, o qual, tradicionalmente, era considerado apenas um titular de direitos.³⁸ No Direito das Obrigações contemporâneo, o princípio da boa-fé objetiva deve ser entendido como um mandamento de consideração com os demais participantes da relação obrigacional, cujos deveres emanam de um efetivo preceito bilateral de conduta.³⁹

Do princípio da boa-fé objetiva, de acordo com a sistematização da jurisprudência alemã, derivam três deveres específicos: os deveres de proteção, que determinam que as partes devem evitar qualquer atuação suscetível de causar danos à outra parte, sejam eles pessoais ou patrimoniais; os deveres de lealdade, para evitar comportamentos que traduzam deslealdade para com a outra parte; e os deveres de informação, em especial quanto às circunstâncias que possam ser relevantes para a formação do consenso da outra parte e com especial intensidade quando uma das partes se apresenta como mais fraca.⁴⁰

4. O DEVER DE INFORMAR E SUA INCIDÊNCIA NAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS: UMA VERTICALIZAÇÃO NO CONSENTIMENTO INFORMADO ENTRE MÉDICO E PACIENTE

Os deveres laterais de conduta que são voltados à informação e ao esclarecimento do partícipe contratual são trabalhados de forma exaustiva pela doutrina e

37 STEINER, R. C. **Descumprimento contratual**: boa-fé e violação positiva do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 65-66.

38 SILVA, C. V. C. **A obrigação como processo**. Reimpr. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 33.

39 XAVIER, L. P.; XAVIER, M. P.; NALIN, P. A obrigação como processo: breve releitura trinta anos após. In: TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. (Orgs.). **Diálogos sobre direito civil**. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 299-322. p. 317.

40 LÔBO, P. **Direito civil**: volume 2: obrigações. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 88.

reconhecidos amplamente pelos tribunais pátrios. Seu campo proeminente de aplicação, certamente, são as relações consumeristas, ainda que não se possa limitá-los a este campo do Direito.⁴¹ Os deveres de esclarecimento obrigam as partes a, na vigência do contrato que as une, informarem-se mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, de ocorrências que, com ele, tenham certa relação e, ainda, de todos os efeitos que, da execução contratual, possam advir.⁴²

Dirige-se o dever de esclarecimento ao outro participante da relação jurídica, para tornar clara uma certa circunstância da qual o destinatário tem um conhecimento imperfeito, errôneo ou totalmente ignorado. Esclarecimento esse, evidentemente, relacionado com alguma circunstância relevante. Um sujeito passa a indicar, notificar, comunicar ou avisar o outro em favor deste. É certo que dessa indicação pode resultar uma situação mais favorável inclusive para quem indica. Os deveres de esclarecimento têm como objeto uma declaração de conhecimento. São resultantes do pensamento cognitivo e não volitivo e, por esse motivo, possuem somente um caráter declaratório.⁴³

O campo mais produtivo no domínio do dever de esclarecimento é o dos contratos de prestação de serviços médicos (sendo que a jurisprudência alemã já chegou a alargar o dever de esclarecer aos médicos veterinários), utilizáveis como exemplares, sobretudo em casos nos quais o médico emprega cirurgias e tratamentos no paciente sem informá-lo das consequências das medidas adotadas. Outros contratos também comportam deveres de esclarecimento, de natureza, desta feita, patrimonial, como nos contratos bancários e nos contratos de seguro.⁴⁴ O dever de indicar também aparece frequentemente nas relações provenientes do contrato de locação, quando ocorre alguma situação suscetível de afetar o imóvel locado.⁴⁵

Poder-se-ia dizer, em nível mais amplo, que os deveres de informação também são de importância acentuada nos contratos de prestação de serviços de ca-

41 STEINER, R. C. **Descumprimento contratual: boa-fé e violação positiva do contrato**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 100.

42 CORDEIRO, A. M. R. M. **Da boa-fé no direito civil**. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 1997. p. 605.

43 SILVA, C. V. C. **A obrigação como processo**. Reimpr. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 94.

44 CORDEIRO, A. M. R. M. **Da boa-fé no direito civil**. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 1997. p. 605-606.

45 SILVA, C. V. C. **A obrigação como processo**. Reimpr. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 95.

ráter personalíssimo, como ocorre nas contratações de advogados.⁴⁶ Contudo, os deveres de informação encontram uma exponencial relevância no âmbito das relações jurídicas de consumo, seja por expressa disposição legal, seja em atenção ao princípio da boa-fé objetiva.⁴⁷ Com efeito, o ramo do Direito que mais avançou no dever de informar foi o Direito do Consumidor, cujo desenvolvimento aproveita a todo o Direito Privado.⁴⁸

Feitas essas considerações preliminares, a fim de aprofundar a tratativa do dever de informação na órbita do universo das relações obrigacionais consumeristas, os tópicos seguintes tecerão noções basilares para a compreensão do dever em comento, bem como traçarão, a fim de otimizar a percepção de sua importância prática, uma verticalização de sua operacionalidade no consentimento informado na relação entre médico e paciente.

4.1. O DEVER DE INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS

Há muito a jurisprudência tem reconhecido a necessária observância do dever de informação por parte dos fornecedores de produtos e serviços, tendo o Código de Defesa do Consumidor estatuído uma obrigação geral de informação. Em se tratando de relação de consumo, assim, o dever de informação decorre do próprio Código de Defesa do Consumidor, que, em seu artigo 6º, inciso III, o consagra como um direito básico do consumidor.⁴⁹

O direito à informação assegurado no artigo 6º, inciso III corresponde ao dever de informar imposto ao fornecedor pelo Código de Defesa do Consumidor nos artigos 12, 14, 18, 20, 30, 31, 46 e 54. Esse dever de prestar informações não se restringe à fase pré-contratual da publicidade, das práticas comerciais ou da oferta (artigos 30, 31, 34, 35, 40 e 52), mas inclui o dever de informar através do contrato (artigos 46, 48, 52 e 54) e de informar durante o transcorrer da relação de consumo (*a contrario*, artigo 51, incisos I, IV e XIII, cumulados com o artigo 6º, inciso III),

46 STEINER, R. C. **Descumprimento contratual**: boa-fé e violação positiva do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 100.

47 MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 439.

48 LÔBO, P. **Direito civil**: volume 2: obrigações. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 103.

49 STEINER, R. C. **Descumprimento contratual**: boa-fé e violação positiva do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 101.

especialmente no momento da cobrança de dívida (*a contrario*, artigo 42, parágrafo único, cumulado com o artigo 6º, inciso III).⁵⁰

Cumpra-se o dever de informar quando a informação recebida pelo típico contratante consumidor preenche os seguintes requisitos, os quais devem estar interligados: (1) adequação, que exige que os meios de informação utilizados devam ser compatíveis com o produto ou o serviço, de modo que os signos empregados sejam claros e precisos, estimulantes do conhecimento e da compreensão; (2) suficiência, que traz à informação os imperativos de completude e integralidade; e (3) veracidade, que impõe a necessidade de que a informação corresponda às reais características do produto ou do serviço, bem como apresente os dados concretos de composição, conteúdo, preço, prazos, garantias e riscos.⁵¹

A importância do dever de informar no transcurso do contrato se evidencia nos contratos cativos de longa duração, pois, se o consumidor não sabe, por exemplo, dos riscos no momento da formação do contrato, ele não pode decidir plenamente sobre a continuação do vínculo ou o tipo de prestação futura, se contínua; ainda, se o consumidor não sabe quanto pagar, se houve erro na cobrança ou se há discussão sobre o valor a ser pago, ele necessita da informação clara e correta sobre a dívida e suas parcelas. Nesses momentos, informar é mais do que cumprir com o dever anexo de informação: é cooperar e ter cuidado com o parceiro contratual, evitando possíveis danos morais e agindo com lealdade e boa-fé objetiva.⁵²

Ainda, nos artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, há expressão atribuição de responsabilidade objetiva em caso de informações insuficientes ou inadequadas sobre a utilização e os riscos dos produtos e serviços.⁵³ Importa dizer que, para a informação ser adequada, ela não precisa ser profunda ou muito detalhada, mas sim esclarecer essencialmente os atributos do produto ou do serviço (como os atinentes à quantidade e à qualidade), para que o consumidor possa formar livre-

50 MARQUES, C. L.; BENJAMIN, A. H. V.; MIRAGEM, B. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 284.

51 LÔBO, P. **Direito civil**: volume 2: obrigações. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 103-104.

52 MARQUES, C. L.; BENJAMIN, A. H. V.; MIRAGEM, B. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 284.

53 STEINER, R. C. **Descumprimento contratual**: boa-fé e violação positiva do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 101.

mente a sua vontade de consumir. Tal ressalva é uma delimitação para que o dever de informar torne-se praticável.⁵⁴

No âmbito do Direito do Consumidor, não se pode concluir que a falta de indicação seria desculpável sempre que aquele que deveria informar desconhecesse a circunstância, especialmente porque, nesse ramo jurídico, o desconhecimento de circunstâncias em relação ao produto ou ao serviço prestado é uma infração de dever. Em sede consumerista, há um dever de conhecer precedente ao dever de informar, sendo tais deveres decorrentes do princípio da boa-fé objetiva, independentemente de uma indicação legal expressa. Assim, sua aplicação na seara do Direito do Consumidor não está apenas embasada na expressa determinação legal, mas, antes, no princípio da boa-fé objetiva.⁵⁵ Ora, o direito à informação nas relações de consumo é uma expressão concreta do princípio da boa-fé objetiva.⁵⁶

Nesse sentido, tanto a transparência quanto os deveres informativos que a concretizam decorrem da boa-fé objetiva, e a expressam como um instituto jurídico vocacionado ao direcionamento de condutas. A função otimizadora da boa-fé objetiva permite compreender que a informação adequada, não raramente, ocorre processualmente, não se esgotando num único e fixo momento temporal, sendo devida em razão de novas informações que venham a incidir nas qualidades de um produto ou nos modos de sua utilização (por exemplo, por meio de um *recall*). A boa-fé objetiva como norma de direcionamento de condutas também aponta ao caráter substancial da informação devida, a fim de lograr-se a transparência.⁵⁷

Vinculados intimamente ao princípio da boa-fé objetiva, os deveres de informação também são delimitados pelas circunstâncias histórico-sociais que os envolvem, tal como ocorre com a própria boa-fé objetiva, cujo conteúdo não pode ser dado *a priori*. Ainda, pode-se afirmar que não é apenas o Código de Defesa do Consumidor que impõe o dever de informação, sendo antes o princípio da boa-fé objetiva que regula o trânsito jurídico e a compreensão de obrigação na atualidade. Não se pode olvidar, contudo, que a existência de um dever imposto expressamen-

54 FABIAN, C. **O dever de informar no direito civil**. Prefácio de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 81-82.

55 STEINER, R. C. **Descumprimento contratual: boa-fé e violação positiva do contrato**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 101-102.

56 COSTA FILHO, V. T. Contornos doutrinários e jurisprudenciais da boa-fé objetiva. *In*: MARINONI, L. G. (Dir.). **Precedentes jurisprudenciais: direito contratual**. Coleção juristen-
dência; v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 96-114. p. 103.

57 MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 328.

te, assim como a inclusão da cláusula geral de boa-fé objetiva no Código Civil, são facilitadores do seu reconhecimento, embora a eventual ausência de uma disposição legal não levasse a uma conclusão diversa.⁵⁸

De qualquer modo, o Código de Defesa do Consumidor incluiu regras expressas a respeito do dever de informar nas relações de consumo. A inovação legislativa certamente facilitou a tarefa dos tribunais. Entretanto, mesmo antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, a jurisprudência mais esclarecida havia, exclusivamente com base na aplicação da boa-fé, logrado alcançar soluções que não discrepam daquela posteriormente alcançada com a lei consumerista.⁵⁹

Ademais, tendo em vista o que se pode chamar de autonomia do dever de informação e esclarecimento no campo afeto ao Direito do Consumidor, diga-se que, da origem histórica no princípio da boa-fé objetiva, o direito à informação acabou por adquirir autonomia própria, o que explica a razão do tratamento diferenciado do dever de informar nas relações de consumo.⁶⁰ Salvaguardadas tais considerações, importa destacar que, na relação entre médico e paciente, a dialética da informação também está presente, vez que, pela incidência do Código de Ética Médica e do Código de Defesa do Consumidor, o paciente consumidor deve ser clara e ostensivamente informado, a fim de que seja concretizado um genuíno consentimento informado.⁶¹

4.2. O CONSENTIMENTO INFORMADO NA RELAÇÃO ENTRE MÉDICO E PACIENTE

A semântica do consentimento informado, pelo referencial da Bioética, compreende um processo dialógico entre médicos e pacientes que se prolonga no tempo e inclui até mesmo o momento posterior à prestação do serviço profissional. Esse processo de consentimento informado é integrado pelos deveres informativos dos médicos (estando incluídos os deveres de esclarecimento e de conselho), que derivam, no Direito Privado, do princípio da boa-fé objetiva. Esse imperativo, por sua vez, exige das partes contratantes uma conduta reciprocamente leal de respeito

58 STEINER, R. C. **Descumprimento contratual: boa-fé e violação positiva do contrato.** São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 102-103.

59 MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional.** 1. ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 450.

60 STEINER, R. C. **Descumprimento contratual: boa-fé e violação positiva do contrato.** São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 103.

61 GIOSTRI, H. T. **Responsabilidade médica – as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação.** 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2002. p. 83.

aos interesses do outro e um dever de cooperação que inclui deveres dos pacientes para com os médicos, como o de prestar informações pessoais verazes.⁶²

É dizer, pelo princípio da boa-fé objetiva, que as relações entre médico e paciente devem ser guiadas por cooperação, lealdade, transparência, correção, probidade e confiança, donde exsurge o dever, por parte do médico, de transmitir ao paciente uma informação completa, verdadeira e adequada.⁶³ Nesse diapasão, nas relações travadas entre médico e paciente, o princípio da boa-fé objetiva deve servir de parâmetro de comportamento, definido pela necessidade de compatibilizar o agir das partes às normas e aos valores fundamentais da ordem jurídica atinentes à proteção do corpo humano, entre os quais se destacam a vida, a integridade psicofísica, a saúde, a autodeterminação individual e a preservação da intimidade.⁶⁴

Cumprido consignar que a relação jurídica privada entre médico e paciente encerra uma relação de consumo, pois o médico enquadra-se como fornecedor ao realizar uma prestação de serviços ao seu paciente que é considerado consumidor.⁶⁵ É bem verdade que o Código de Ética Médica estabelece, entre os princípios fundamentais da Medicina, que a natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza uma relação de consumo.

Todavia, há muito o Superior Tribunal de Justiça entende que o Código de Defesa do Consumidor aplica-se às relações entre médico e paciente, sem descuidar da natureza *intuitu personae* dos serviços prestados, pelo que condiciona a responsabilização civil do médico à comprovação de culpa, como prescreve o artigo 14, § 4º, do aludido diploma, incidente à atividade dos profissionais liberais.⁶⁶ Com efeito, a relação entre médico e paciente é manifestamente de consumo, posto que congrega: (1) um paciente consumidor, que busca a promoção de sua saúde com o serviço adquirido; (2) um médico fornecedor, que é detentor de um conhecimento técnico

62 PITHAN, L. H. **O consentimento informado na assistência médica: uma análise jurídica orientada pela bioética.** 2009. 213 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre (RS), 2009. p. 184-185.

63 CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil.** 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 440.

64 CORRÊA, A. E. **Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 49.

65 CALADO, V. N. Responsabilidade civil do médico e consentimento informado na visão do Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Revista Jurídica – UNICURITIBA**, v. 3, n. 36, p. 262-289, 2014. p. 284.

66 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 731.078 – SP. Relator: Ministro Castro Filho. Terceira Turma. Julgado em 13 dez. 2005. **Diário da Justiça**, 13 fev. 2006, p. 799.

indispensável para exercer, por meio de pagamento, uma prestação de serviço à saúde de seus pacientes; e (3) um serviço especializado de promoção da saúde.⁶⁷

E, como decorrência do enquadramento dessa relação em uma relação jurídica de consumo, reconhece-se o paciente como titular de um direito subjetivo básico à informação.⁶⁸ A matriz geral do direito à informação encontra-se no artigo 5º, inciso XIV, da Constituição Federal, que garante o acesso de todos a quaisquer tipos de informações, nas quais incluem-se, por extensão, as informações médicas, as quais, contudo, têm um fundamento legal mais direto e específico que está insculpido no artigo 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor (do qual se extrai a necessidade de prestação de uma informação clara e adequada sobre o serviço prestado, inclusive sobre seus riscos), dada a existência de uma relação consumerista entre médico e paciente.⁶⁹

Quando o médico deixa de informar o seu paciente, acaba por descumprir o princípio da boa-fé objetiva e as regras deontológicas do Código de Ética Médica, além de violar um direito básico do consumidor.⁷⁰ Tanto é assim que o Código de Ética Médica, em seu artigo 34, veda que o médico deixe de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar danos, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao representante legal do paciente.

Não se pode olvidar que a assimetria informacional, diante da responsabilidade médica, obriga que o paciente seja informado dos problemas que atingem a sua saúde, de todas as formas de tratamento, dos riscos e das convicções pessoais do médico, para que então o paciente possa manifestar a sua vontade e seu consentimento.⁷¹ Inclusive, no campo da responsabilidade civil médica, reconhece-se que a inobservância, por parte do profissional médico, em cumprir seu dever de informar

67 CORRÊA, D. M.; AMARAL, A. C. Z. M. Relação obrigacional entre médico-paciente: medicamentos “off-label” e responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, v. 6, n. 2, p. 98-114, jul./dez. 2020. p. 106.

68 CALADO, V. N. Responsabilidade civil do médico e consentimento informado na visão do Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Revista Jurídica –UNICURITIBA**, v. 3, n. 36, p. 262-289, 2014. p. 284.

69 DADALTO, L. **Testamento vital**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 62-63.

70 FACCHINI NETO, E.; EICK, L. G. Responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informação, à luz do princípio da boa-fé objetiva. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 42, n. 138, p. 51-86, jun. 2015. p. 73.

71 BELTRÃO, S. R. A fenomenologia do consentimento informado na relação médico paciente: estudo baseado na teoria geral do direito civil. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, a. 3, n. 7, p. 4751-4816, 2014. p. 4772.

e obter o consentimento informado do paciente viola o direito à autodeterminação deste, o que enseja uma responsabilidade civil extracontratual que decorre de uma especial tutela conferida ao dever de bem informar, da qual exsurge a possibilidade de indenização pela prestação de informações falhas ou deficientes.⁷²

Além da informação propriamente dita, o médico também deve aconselhar o paciente, prescrevendo cuidados que este deverá adotar.⁷³ Afinal, os deveres decorrentes da boa-fé objetiva podem se estender para além da relação contratual propriamente dita (*post contractum finitum*), devendo o médico informar como o paciente deverá agir, de forma clara e minudente. Inclusive, é ônus do médico provar que a informação foi compreensivelmente dada ao paciente e que houve um consentimento genuinamente informado.⁷⁴

Todavia, para que o processo de consentimento seja efetivo, não se olvida da necessidade de que ambas as partes tenham uma participação ativa, de modo que não apenas o médico deve fornecer detalhes básicos acerca do tratamento para que o paciente decida se o aceita ou não, mas também este deve fornecer informações a fim de que o médico programe sua conduta, no que diz respeito aos riscos e benefícios concernentes ao caso.⁷⁵ Trata-se, pois, de um modelo interativo de relação, no qual se busca um adequado intercâmbio, visto que o médico conhece a enfermidade, ao passo de que o paciente sabe sobre suas necessidades.⁷⁶

Outrossim, para que o consentimento seja considerado válido e genuinamente informado, o paciente deve ser competente para decidir autonomamente, receber a informação completa, compreender essa mesma informação, decidir voluntariamente e, finalmente, consentir com a intervenção médica. E apenas em circunstâncias excepcionais que é autorizada ao profissional de saúde a invocação do privilégio terapêutico para se eximir da responsabilidade de informar e esclarecer. Tais circunstâncias referem-se à existência de uma elevada probabilidade de dano

72 BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Novo Manual de Responsabilidade Civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021. p. 204-205.

73 KFOURI NETO, M. **Responsabilidade civil do médico**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 45.

74 BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Novo Manual de Responsabilidade Civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021. p. 748.

75 GIOSTRI, H. T. **Responsabilidade médica – as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação**. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2002. p. 83.

76 KFOURI NETO, M. **Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 296.

físico ou mental no paciente que obste a formação de sua vontade, e não um mero transtorno emocional dependente da transmissão da verdade factual.⁷⁷

Sinteticamente, é possível dizer que o dever de informação na relação entre médico e paciente é orientado por princípios como os da transparência, da vulnerabilidade do paciente, da autonomia (ou liberdade), da informação adequada, da temporalidade, da revogabilidade e da beneficência (para além do já tratado princípio da boa-fé objetiva):

Hoje as razões dos deveres de informação estão asseguradas pela incidência dos princípios da transparência e da vulnerabilidade do paciente, tendo no seu consentimento informado a devida e imprescindível correspondência. [...] O dever de informar é imperioso como requisito prévio para o consentimento e a legitimidade do ato médico terapêutico ou propedêutico a ser utilizado. Isso atende ao *princípio da autonomia* ou *princípio da liberdade*, em que todo indivíduo tem por consagrado o direito de ser autor do seu destino e de escolher o caminho que lhe convém. Além do mais, exige-se que o consentimento seja esclarecido, entendendo-se como tal o obtido de um indivíduo capaz de considerar razoavelmente uma conduta médica, em que fiquem evidentes suas vantagens e desvantagens, riscos e benefícios, sem a necessidade de se chegar aos detalhes das condutas e dos procedimentos mais complicados (*princípio da informação adequada*). Sempre que houver mudanças significativas no procedimento médico e isso possa ser levado ao paciente, como, por exemplo, passar de uma conduta terapêutica para outra, deve-se obter o novo consentimento, pois a permissão inicial tinha tempo e forma definidos (*princípio da temporalidade*). Admite-se também que mesmo após o consentimento o paciente e seus responsáveis legais podem revogar a permissão outorgada (*princípio da revogabilidade*). O paciente tem também o direito de recusar um tipo de conduta médica, desde que isso não lhe traga graves prejuízos nem esteja ele em perigo de vida. [...] Desse modo, se o caso é de urgência e não se pode atender a recusa, as normas éticas e legais legitimam este ato cuja necessidade era imperiosa e irrecusável (*princípio da beneficência*).⁷⁸

Importa tecer uma breve digressão para apontar que, embora há muito a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entenda pela inaplicabilidade do re-

77 NUNES, R. Testamento vital. **Nascer e Crescer**, Revista de Pediatria do Centro Hospitalar do Porto, Perspectivas Atuais em Bioética, v. 21, n. 4, p. 250-255, 2012. p. 251.

78 FRANÇA, G. V. **Pareceres iv**: (esclarecimentos sobre questões de medicina legal e de direito médico). Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2006. p. 106, grifos no original.

gramento consumerista ao serviço público de saúde,⁷⁹ e em que pese o presente trabalho centre sua investigação nas relações privadas de consumo, é possível inferir, com segurança, que as considerações presentemente suscitadas acerca do direito à informação também são aplicáveis à relação entre médico e paciente no serviço público de saúde. Tanto é assim que a Lei nº 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde) prevê, entre os princípios das ações e dos serviços públicos de saúde, o direito à informação acerca da saúde das pessoas assistidas (artigo 7º, inciso V).

Com efeito, em qualquer âmbito, o médico deve estar adequadamente informado e atualizado sobre o seu campo de atuação profissional e agir, permanentemente, com lealdade, correção, transparência e responsabilidade. Contudo, não se pode perder de vista que, por mais diligente que o médico seja, não há como este controlar todas as reações e os comportamentos do corpo do paciente.⁸⁰ Nesse diapasão, é preciso dizer que, caso se adote o entendimento no sentido de que o médico deve ser obrigado a informar absolutamente todos os riscos graves de uma operação, mesmo aqueles de natureza rara, podem ocorrer algumas desvantagens:

O paciente mais sensível ficará com um grande nível de angústia em função de riscos que dificilmente se concretizarão. O fato de ter que comunicar todos os riscos também trará um aumento do volume de litígios médicos, por quebra do dever de informação, e, por conseguinte, formação inválida do consentimento. Ademais disso, esse fator poderá ainda desencadear o fenômeno da “medicina defensiva”, na qual os pacientes são vistos como potenciais inimigos, que, a qualquer momento poderão processá-los judicial ou administrativamente. Ademais os profissionais passam a requerer um volume, por vezes inútil, de exames complementares (que lhes servirão de prova no futuro, se necessário) e antes de proporem qualquer tratamento, avaliarão quais as chances de sucesso do tratamento escolhido, inibindo uma eventual atitude mais ousada em termos de escolha, por medo de virem a ser demandados judicialmente. Cabe lembrar que isso representa um custo extra para o sistema de saúde, que – visto sob o prisma do *Health Economics* (análise econômica do direito) – ao fim e ao cabo será suportado pelo próprio paciente.⁸¹

79 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 493.181 – SP. Relatora: Ministra Denise Arruda. Primeira Turma. Julgado em 15 dez. 2005. **Diário da Justiça**, 01 fev. 2006, p. 431.

80 BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Novo Manual de Responsabilidade Civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021. p. 738.

81 BERGSTEIN, G. **Os limites do dever de informação na relação médico-paciente e sua prova**. 2012. 271 f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito Civil da Fa-

Em verdade, o âmbito do dever de esclarecimento por parte do médico estende-se aos efeitos típicos das terapias prescritas e não a todos os efeitos possíveis que estas possam acarretar. Esse escopo varia, ainda, em profundidade, consoante a inteligência e os conhecimentos do paciente e as necessidades do caso. A título ilustrativo, em um caso julgado pelo Tribunal de Justiça Federal da Alemanha em 1958, em consequência de uma terapia com eletrochoques, surgiram complicações inesperadas ao paciente. Ao apreciar o caso, a Corte rejeitou a ação posta contra o médico responsável, por este não ter esclarecido os efeitos possíveis do tratamento empregado. Nesse caso, se entendeu que os efeitos secundários surgidos eram tão remotos que prescindiam de esclarecimento.⁸²

Em outro caso exemplificativo, em 1959, o mesmo Tribunal de Justiça Federal da Alemanha se deparou com a seguinte situação: em um estabelecimento hospitalar, houve a dúvida quanto a intervir cirurgicamente em um caso de cancro do útero ou a seguir um tratamento com raios X e com rádio. Em razão da evolução do caso, optou-se pela segunda hipótese. Contudo, devido às radiações, a paciente veio a apresentar uma série de perturbações que levaram à interrupção da terapia. Tendo sido acionados vários médicos, a Corte entendeu que havia sido violado o dever de esclarecer a paciente das consequências possíveis do tratamento seguido.⁸³

Seja qual for a hipótese enfrentada pelo médico, hão de ser consideradas as peculiaridades da saúde humana (é dizer: do próprio ser humano em sua especificidade biológica). O que pode ser difícil é a determinação da exata medida da informação devida sobre os riscos que hão de ser objeto da informação (como advertência). Para a solução dessa dificuldade, o razoável é informar sobre os riscos frequentes e os riscos graves normalmente previsíveis, isto é, os riscos significativos, deixando de fora da órbita do dever de informar os riscos excepcionais.⁸⁴

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, cabe tecer algumas observações. Primeiramente, em que pese a relação jurídica de consumo ter uma natureza eminentemente obrigacional, ela não goza da presunção de simetria entre as partes contratantes (presente, *a priori*,

culdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo (SP), 2012. p. 158, grifos no original.

82 CORDEIRO, A. M. R. M. **Da boa-fé no direito civil**. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 1997. p. 606.

83 CORDEIRO, A. M. R. M. **Da boa-fé no direito civil**. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 1997. p. 605.

84 MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 597.

nas relações contratuais civis de uma maneira geral), eis que há uma assimetria entre os sujeitos participantes dessa relação, quais sejam, o fornecedor e o consumidor, sobretudo em face da vulnerabilidade deste último frente àquele.

Essa vulnerabilidade presente entre fornecedor e consumidor se mostra intensa na assimetria informacional que existe entre ambos, a qual, por sua vez, se não for controlada por um mercado com uma concorrência genuína, por diretrizes normativas que exijam a concreção do dever de informação e pela incidência da boa-fé objetiva, pode lesar não apenas o consumidor não informado suficientemente sobre os produtos e serviços adquiridos, como também pode levar, a longo prazo, ao colapso do próprio mercado de consumo, eis que uma informação assimétrica é uma falha de mercado que, no seio das relações consumeristas, pode desestimular o consumidor vulnerável a correr o risco de consumir um produto ou serviço sem a devida informação.

Como efeito, urge um dever de informação por parte do fornecedor de produtos e serviços que, além de surgir como uma reação à necessidade de superação das assimetrias informacionais nas relações obrigacionais consumeristas, também encontra fundamento material na incidência da boa-fé objetiva (cujo instituto, embora tenha uma semântica fluida, possui uma funcionalidade interpretativa, integrativa e corretora das relações obrigacionais que pode ser bem delineada casuisticamente), eis que tal princípio é o grande núcleo axiológico da normativa consumerista, e que embasa, inclusive, o próprio princípio da transparência, igualmente caríssimo às relações consumeristas.

Esse princípio da transparência, corolário do princípio da boa-fé objetiva, se concretiza através da incidência do dever de informação ao longo de toda a relação obrigacional consumerista (dever esse que há muito vem sendo reconhecido pela jurisprudência e que encontrou guarida legal no Código de Defesa do Consumidor), o qual impõe ao fornecedor, pela posição privilegiada que ocupa, um verdadeiro dever de conhecer sobre os produtos e serviços que disponibiliza ao mercado e de prestar sobre os mesmos um esclarecimento não holístico, mas adequado, contextual e suficiente para substancializar o direito básico de informação do consumidor.

De mais a mais, na verticalização dos conceitos abordados mediante uma análise do consentimento informado entre médico e paciente, tem-se que tal relação, pela prestação de um serviço profissional por um médico que se dirige a um paciente como destinatário final, pode ser caracterizada como uma relação de consumo, e, como tal, comporta um elevado grau de assimetria informacional, eis que o médico, inevitavelmente, possui um maior aporte informacional sobre o estado da técnica que é instrumentalizado para solver a demanda do paciente.

Diante desse desequilíbrio, é imperiosa a regência da boa-fé objetiva sobre essa relação obrigacional, de modo que tanto o paciente emita as informações pessoais necessárias a uma prestação de serviço adequada, quanto o médico observe os deveres informativos necessários à formação de um consentimento informado genuinamente válido pelo paciente. Contudo, para que a própria atividade médica não reste engessada e para que o paciente não suporte ônus pessoais e econômicos desnecessários, a informação a ser prestada pelo médico não precisa ser uma informação total, mas sim completa e suficiente à tópica do caso concreto, de modo que os riscos significativos, e não os excepcionais, sejam informados.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, R. R. Proteção da boa-fé subjetiva. **Revista da AJURIS**, v. 39, n. 126, p. 187-233, jun. 2012.
- AMARAL, F. **Direito civil**: introdução. 9. ed. rev., modif. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BELO, N. M.; BRASIL, H. G. Assimetria informacional e eficiência semiforte do mercado. **Revista de Administração de Empresas**, v. 46, Edição Especial Minas Gerais, p. 48-57, dez. 2006.
- BELTRÃO, S. R. A fenomenologia do consentimento informado na relação médico paciente: estudo baseado na teoria geral do direito civil. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, a. 3, n. 7, p. 4751-4816, 2014.
- BERGSTEIN, G. **Os limites do dever de informação na relação médico-paciente e sua prova**. 2012. 271 f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo (SP), 2012.
- BERTOLDI, M. M.; RIBEIRO, M. C. P. **Curso avançado de direito comercial**. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Novo Manual de Responsabilidade Civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.
- BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.217/2018. Aprova o Código de Ética Médica. **Diário Oficial da União**, Seção 1, 01 nov. 2018, p. 179 (publicação original).
- BRASIL. Constituição de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Seção 1, 05 out. 1988, p. 1 (publicação original).
- BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Seção 1, Suplemento, 12 set. 1990, p. 1 (publicação original).
- BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Seção 1, 20 set. 1990, p. 18055 (publicação original).
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Seção 1, 11 jan. 2002, p. 1 (publicação original).
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 493.181 – SP. Relatora: Ministra Denise Arruda. Primeira Turma. Julgado em 15 dez. 2005. **Diário da Justiça**, 01 fev. 2006, p. 431.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 731.078 – SP. Relator: Ministro Castro Filho. Terceira Turma. Julgado em 13 dez. 2005. **Diário da Justiça**, 13 fev. 2006, p. 799.
- CALADO, V. N. Responsabilidade civil do médico e consentimento informado na visão do Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Revista Jurídica – UNICURITIBA**, v. 3, n. 36, p. 262-289, 2014.

CARNEIRO FILHO, H. J. Responsabilidade civil pré-contratual e nos contratos preliminares. *In: MARINONI, L. G. (Dir.). Precedentes jurisprudenciais: direito contratual. Coleção juristendência; v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 31-41.*

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil.** 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CORDEIRO, A. M. R. M. **Da boa-fé no direito civil.** Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 1997.

CORRÊA, A. E. **Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

CORRÊA, D. M.; AMARAL, A. C. Z. M. Relação obrigacional entre médico-paciente: medicamentos “off-label” e responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, v. 6, n. 2, p. 98-114, jul./dez. 2020.

COSTA FILHO, V. T. Contornos doutrinários e jurisprudenciais da boa-fé objetiva. *In: MARINONI, L. G. (Dir.). Precedentes jurisprudenciais: direito contratual. Coleção juristendência; v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 96-114.*

CZELUSNIAK, V. A. O consumidor pessoa jurídica sob uma análise jurisprudencial. **Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas, Santo Ângelo**, v. 19, n. 33, p. 161-182, jan./abr. 2019.

DADALTO, L. **Testamento vital.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ESTRALIOTO, W. R. **A livre concorrência como redutora da assimetria de informação na relação de consumo.** 2013. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Mestrado em Direito, Universidade de Marília, Marília (SP), 2013.

FABIAN, C. **O dever de informar no direito civil.** Prefácio de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FACCHINI NETO, E.; EICK, L. G. Responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informação, à luz do princípio da boa-fé objetiva. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 42, n. 138, p. 51-86, jun. 2015.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil: contratos.** v. 4. 9. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

FORGIONI, P. A. A interpretação dos negócios jurídicos II – alteração do art. 113 do código civil: art. 7º. *In: MARQUES NETO, F. P.; RODRIGUES JUNIOR, O. L.; LEONARDO, R. X. (Coords.). Comentários à lei de liberdade econômica: lei 13.874/2019.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 363-394.

FRADERA, V. M. J. A boa fé objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**, Volume Especial, p. 125-140, nov. 2003.

FRANÇA, G. V. **Pareceres iv: (esclarecimentos sobre questões de medicina legal e de direito médico).** Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2006.

GEDIEL, J. A. P.; CORRÊA, A. E. Interpretações – art. 113 do código civil. *In*: MARQUES NETO, F. P.; RODRIGUES JUNIOR, O. L.; LEONARDO, R. X. (Coords.). **Comentários à lei de liberdade econômica: lei 13.874/2019**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 327-361.

GIOSTRI, H. T. **Responsabilidade médica – as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação**. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2002.

KFOURI NETO, M. **Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

KFOURI NETO, M. **Responsabilidade civil do médico**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LÔBO, P. **Direito civil: volume 2: obrigações**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARQUES, C. L.; BENJAMIN, A. H. V.; MIRAGEM, B. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, J. V. R.; RIBEIRO, M. C. P. Economia do compartilhamento, assimetria informacional e regulação econômica consumerista. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 34-52, jul./dez. 2016.

MARTINS, P. L. **Anotações ao código de defesa do consumidor: (lei 8.078/90): conceitos e noções básicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, J.; BRANCO, G. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MELO, D. L. M. Culpa extracontratual: uma visita, dez anos depois. *In*: LOTUFO, R.; NANNI, G. E.; MARTINS, F. R. (Coords.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do código civil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 596-640.

NALIN, P. Princípios do direito contratual: função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justiça contratual, igualdade. *In*: LOTUFO, R.; NANNI, G. E. (Coords.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 97-143.

NASCIMENTO, C. B. L. A problemática da informação imperfeita nas relações de consumo e a necessidade de proteção do vulnerável. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, a. 1, n. 2, p. 381-408, 2015.

NEGREIROS, T. P. A. T. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NORONHA, F. **Direito das obrigações**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUNES, R. Testamento vital. **Nascer e Crescer**, Revista de Pediatria do Centro Hospitalar do Porto, Perspectivas Atuais em Bioética, v. 21, n. 4, p. 250-255, 2012.

PITHAN, L. H. **O consentimento informado na assistência médica**: uma análise jurídica orientada pela bioética. 2009. 213 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre (RS), 2009.

SILVA, C. V. C. **A obrigação como processo**. Reimpr. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

SILVA, R. G. Em busca do conceito contemporâneo de (in)adimplemento contratual: análise funcional à luz da boa-fé objetiva. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 16, n. 02, p. 293-322, abr./jun. 2017.

STEINER, R. C. **Descumprimento contratual**: boa-fé e violação positiva do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

TARTUCE, F. **Direito civil**: direito das coisas – v. 4. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

XAVIER, L. P.; XAVIER, M. P.; NALIN, P. A obrigação como processo: breve releitura trinta anos após. *In*: TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. (Orgs.). **Diálogos sobre direito civil**. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 299-322.

30 ANOS DE ATUAÇÃO DO STF EM MATÉRIA ELEITORAL: APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS E TUTELA DA DEMOCRACIA

BRAZILIAN SUPREME COURT 30-YEAR PERFORMANCE ON ELECTION LAW: LEGAL PRINCIPLES AND JUDICIAL CUSTODY OF DEMOCRACY

Humberto José de Rezende Rocha¹

Data de Submissão: 28/03/2022

Data de Aceite: 28/06/2022

Resumo: Trata-se de pesquisa destinada a descrever a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) em matéria eleitoral. Para tanto, o trabalho tem como objeto as decisões finais de mérito proferidas pelo STF sobre normas de Direito Eleitoral com abrangência nacional, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, na vigência da ordem constitucional de 1988. A análise desse *corpus* empírico focaliza as decisões em que o Tribunal contrariou as instâncias representativas e tem como objetivo descrever a aplicação de princípios pelo STF e identificar tendências jurisprudenciais. Ao final, foi possível formar o que se denomina “mosaico” ou “constelação de casos” sobre o tema.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. princípios constitucionais. Direito Eleitoral. instâncias representativas. tutela judicial da democracia.

Abstract: The research aims to describe the Brazilian Supreme Court performance on Election Law. For this purpose, it analyzes all the decisions related to national Election Law, rendered by the Court in abstract judicial review proceedings, under the Brazilian Constitution of 1988. The analysis is focused on the decisions in which the Court opposed the representative institutions, and it intends to describe the use of legal principles and to identify judicial trends. At the end, it was possible to compose what is called a “mosaic” about the subject.

Keywords: Brazilian Supreme Court. legal principles. Election Law. representative institutions. judicial custody of democracy.

1 Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP (2019), membro do Ciclo de Debates: Direito e Gestão Pública, promovido pela FGV Direito SP (2021) e advogado em São Paulo/SP. Endereço eletrônico: humberto.jose.rocha@alumni.usp.br.

1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

O poder popular é exercido na sociedade contemporânea por meio da representação política², o que requer a operação de um “mecanismo apto a receber e a transmitir a vontade do indivíduo”, ou seja, de um sistema eleitoral³. Esse sistema, desde que hígido e eficaz, pode contribuir significativamente para o exercício adequado do poder político e, assim, para a concretização do propósito democrático e liberal de “alargar e defender a esfera autônoma de cada um”⁴.

O sistema eleitoral em vigor no Brasil está previsto, em parte, na Constituição de 1988 e, em parte, na legislação infraconstitucional, tendo sido objeto também de conformação judicial, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no exercício do controle de constitucionalidade.

Recentemente, a atuação expansiva do Poder Judiciário tem sido amplamente criticada por setores da imprensa e do meio acadêmico. Especificamente em relação ao Direito Eleitoral, sustenta-se que os Tribunais têm invadido a esfera de competência do Poder Legislativo e violado as garantias previstas na Constituição ao decidir casos com um propósito moralizador, em detrimento da soberania popular e de outros pilares do regime democrático⁵. Como consequência,

O sistema eleitoral deixa de ser visto como acessório, como instrumento da transformação da soberania popular, por meio de eleições, em mandatos e cargos, para ter um fim em si mesmo: o objetivo de qualificar a democracia e a Administração Pública pela tutela do povo na escolha de seus representantes.⁶

Ainda segundo a crítica, as sucessivas intervenções judiciais, obsessivamente guiadas por princípios constitucionais, teriam como resultado desastroso a conformação indevida, pela via judicial, de um sistema eleitoral deficitário, “com menos

2 No artigo 1º da Constituição de 1988, parágrafo único, lê-se: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

3 A definição é de Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Cf. Curso de Direito Constitucional, 34ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 105.

4 O propósito foi assim enunciado por Ferreira Filho. *Idem*, p. 102.

5 FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino; MEZZARROBA, Orides. A Lei da Ficha Limpa – O Cavalo de Troia do protagonismo do Poder Judiciário. In: Revista dos Tribunais. Vol. 974/2016, p. 111 - 128.

6 *Idem*, p. 119.

candidatos, menos recursos para as campanhas, limitados recursos de propaganda, reduzido tempo de campanha”⁷.

O cenário é evidentemente grave, em duas perspectivas: no que diz respeito ao exercício da jurisdição constitucional, pairam acusações sobre o STF por suposta atuação em desconformidade com os limites que lhe são impostos pela hermenêutica constitucional, a ciência que fornece regras para a atividade interpretativa da Constituição⁸; já em relação ao Direito Eleitoral, vige um sistema frágil, que sofre alterações profundas a todo tempo, em permanente crise de representatividade, desprovido de credibilidade junto aos eleitores e, segundo a crítica doutrinária, expressivamente conformado de forma indevida pela via judicial.

Apesar da evidente relevância das questões expostas até aqui, uma pesquisa bibliográfica⁹ revelou que poucos trabalhos jurídicos¹⁰ se dedicam à análise concomitante e abrangente de ambos os temas, quais sejam, hermenêutica constitucional e Direito Eleitoral. Há vasta bibliografia sobre a interpretação constitucional realizada pelo STF, especialmente na perspectiva do chamado ativismo judicial, bem como inúmeros trabalhos sobre o sistema eleitoral brasileiro, mas a quantidade de trabalhos sobre a atuação do Tribunal em matéria eleitoral é reduzida¹¹. Ainda, a maior parte deles consiste em estudos de casos sobre julgamentos específicos ou em compilados de casos paradigmáticos. Embora úteis, tais perspectivas são limitadas e podem, inclusive, direcionar pesquisas científicas a conclusões pouco precisas (ou até mesmo equivocadas) sobre a atuação do STF¹².

Por essas razões, optou-se por realizar uma análise abrangente do comportamento do Tribunal, concomitantemente sob as lentes da hermenêutica constitucional e do Direito Eleitoral, focalizando as decisões em que o Tribunal contrariou as instâncias representativas. A pretensão é averiguar aspectos da crítica doutrinária

7 Idem, p. 117.

8 A definição é de Celso Ribeiro Bastos. Cf. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 23-29.

9 Sobre o controle cruzado de bibliografia, cf. MARCHI, Eduardo Cesar Silveira Vita. *Guia de metodologia jurídica: teses, monografias e artigos*. Roma: Edizioni del Grifo, 2001.

10 No campo da Ciência Política há muitos trabalhos dedicados à investigação da “reforma política realizada pelo Poder Judiciário”, mas que não abrangem a perspectiva da hermenêutica constitucional, que define a linha da presente pesquisa.

11 Exceção é a quantidade significativa de pesquisas sobre a interação entre o STF e o Tribunal Superior Eleitoral, que, devido às suas particularidades, foi excluída deste trabalho, pelas razões expostas a seguir.

12 Cf. a advertência de EPSTEIN, Lee; KING, Lary. *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência* (e-book). São Paulo: Direito GV, 2013, p. 14.

exposta, segundo a qual a seara típica do Poder Legislativo tem sido frequente e indevidamente invadida, principalmente por meio da aplicação de princípios constitucionais, bem como verificar a aplicabilidade de tal crítica, originalmente formulada contra a Justiça Eleitoral, ao STF.

2. METODOLOGIA E PROCEDIMENTO

Trata-se de pesquisa empírica, porque a obtenção de dados é baseada na observação do mundo, e qualitativa, porque as evidências coletadas em tal processo são de natureza não numérica¹³.

A observação consiste no exame de acórdãos proferidos pelo STF, tomados como documentos de pesquisa dotados de características distintivas e relevantes para a análise jurisprudencial¹⁴. Como se trata de um “estudo coletivo de casos”, a estratégia de pesquisa é caracterizada pela comparação de um número reduzido de acórdãos, cada um com certo volume de material empírico a ser descrito, na qual

cada caso é exposto de uma forma relativamente autônoma, mesmo que o fato de justapor todos os casos em uma mesma obra possibilite acrescentar informações, estabelecer comparações, ou dar uma melhor visão de conjunto do problema. A imagem dominante é a de diversas peças de um mosaico, ou de uma constelação de casos sobre uma problemática determinada.¹⁵

Assim, a exposição dos resultados buscará justapor o material empírico de todos os acórdãos, tratando-os de forma coletiva, para acrescentar informações, estabelecer comparações e dar visão de conjunto ao problema, tal como sugerido pela doutrina. Pretende-se obter justamente um mosaico (ou constelação), no qual os elementos particulares dos casos desvançam, permitindo a identificação de fenômenos ou tendências.

Já as evidências coletadas compreendem os fundamentos jurídicos adotados na solução dos casos. A intenção é “analisar criticamente o modo pelo qual as deci-

13 Idem, p. 11.

14 Sobre essa abordagem metodológica, cf. KLAFKE, Guilherme Forma. Os Acórdãos do STF como documentos de pesquisa e suas características distintivas. FGV Direito SP, Research Paper Series N°. 132, 2015.

15 PIRES, Álvaro P. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. In: A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos. Tradução de Ana Cristina Nasser. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 202.

sões são formadas”, mediante a descrição dos argumentos empregados pelo órgão julgador para a tomada de decisão¹⁶.

Embora a doutrina recomende a classificação de tais argumentos em *ratio decidendi* e *obiter dictum*¹⁷, o modelo de mera agregação de votos (*seriatim*), utilizado pelo STF para a elaboração de acórdãos, aliado a outras características do processo deliberativo do Tribunal analisadas pela doutrina, impõe enorme “dificuldade em se extrair uma razão de decidir comum aos vários votos”¹⁸ – o que inviabiliza a análise das decisões objeto do presente trabalho por meio da distinção recomendada.

Ademais, como outros que empreenderam pesquisas empíricas de mesma natureza, constatou-se no presente trabalho a inviabilidade da classificação binária das decisões, para distribuí-las em grupos e eventualmente contar quantas atendem a critérios específicos, justamente em razão da forma que se produz o documento analisado (acórdão), bem como a imprestabilidade desse método para se proceder à sistematização das linhas argumentativas e identificação de algum fenômeno ou alguma tendência jurisprudencial¹⁹.

Por essas razões, optou-se por descrever a atuação do STF em matéria eleitoral mediante (i) a identificação de linhas argumentativas desenvolvidas nas decisões analisadas²⁰; e (ii) a compilação de dados que ajudem a identificar algum fenômeno ou alguma tendência na sua jurisprudência²¹.

Em primeiro lugar, a pesquisa pretende descrever como o Tribunal aplica os princípios constitucionais, por meio do mero registro das ocasiões em que os casos foram decididos por meio da interpretação de princípios. A descrição preten-

16 PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Marcel. Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la? In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (Coords). Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 165.

17 Idem.

18 KLAFKE, Guilherme Forma. Os Acórdãos, cit., p. 12-14.

19 SILVA, Mariana Ferreira Cardoso da. O STF como instituição contramajoritária: Uma análise empírica de decisões de Direito Eleitoral. Escola de Formação SBDP. São Paulo, 2007, p. 6-7.

20 PALMA, Juliana Bonacorsi de; e outros. Meu trabalho, cit., p. 161-165.

21 Cf. YEUNG, Luciana. Jurimetria ou Análise Quantitativa de Decisões Judiciais. In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). Pesquisar empiricamente o direito. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 252. Ainda que tais termos tenham sido utilizados, pela autora, para definir a modalidade de pesquisa conhecida como estatística descritiva, a compilação de dados com o propósito de identificar fenômeno ou tendência jurisprudencial não é estranha à pesquisa qualitativa, como será demonstrado a seguir.

de focar no aspecto deliberativo interno, ou seja, na troca de razões e argumentos pelo grupo de ministros, expondo a ocorrência e a(s) forma(s) de discordância; e no aspecto deliberativo externo, relacionado à contestação das decisões por agentes externos²².

Em segundo lugar, pretende-se verificar se existe algum fenômeno ou tendência decisória relacionados especificamente à matéria eleitoral, ou seja, averiguar se há elementos argumentativos empregados pelos ministros exclusivamente por se tratar de Direito Eleitoral. Nesse caso, a tarefa será limitada a registrar (ou compilar) a ocorrência expressa de referências ao Direito Eleitoral e aos seus elementos, conforme definição exposta adiante.

Para alcançar o objetivo de produzir uma pesquisa abrangente, procurou-se “identificar e analisar todas as decisões relacionadas ao problema estudado”²³, por meio de recortes previamente estabelecidos. A presente análise tem como objeto todas as decisões finais de mérito proferidas pelo STF sobre normas de Direito Eleitoral com abrangência nacional, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, na vigência da ordem constitucional de 1988.

A opção por restringir a análise às decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade se justifica, em primeiro lugar, pela necessidade de excluir julgamentos envoltos de questões processuais geralmente inafastáveis, com significativo potencial de interferir no resultado da pesquisa. Ademais, esse é o âmbito mais propício para a análise específica da atuação do STF como corte constitucional e da sua relação com as instâncias representativas^{24, 25}.

22 Sobre os aspectos da deliberação, cf. SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. RDA - Revista de Direito Administrativo. Belo Horizonte, ano 2009, n. 250, jan./abr. 2009.

23 PALMA, Juliana Bonacorsi de; e outros. Meu trabalho, cit., p. 141.

24 O recorte também foi adotado por Virgílio Afonso da Silva. Cf. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. In: Revista Estudos Institucionais, Vol. 1:1, 2015, p. 188.

25 Ainda no aspecto processual do presente trabalho, foram incluídas na análise somente as ações com julgamento final, uma vez que aquelas proferidas em caráter provisório argumentam pela procedência ou improcedência do pedido à luz do requisito de urgência, o que também poderia interferir na compreensão da posição do Tribunal em relação às instâncias representativas. No mesmo espírito, restringiu-se a análise às decisões finais de mérito, excluindo aquelas em que foi declarada a perda superveniente do objeto, por exemplo. É importante reconhecer, entretanto, que tal recorte excluiu da análise algumas decisões relevantes, como aquela que denegou a medida liminar pleiteada nos autos da ADI 1076 (financiamento de campanhas eleitorais e partidos políticos) ou aquela que não conheceu a ADI 1822 (direito de antena).

Outra estratégia de delimitação do objeto, dessa vez de viés temporal, foi a análise de julgamentos ocorridos entre 05.10.1988 e 05.10.2018, ou seja, (i) a partir da ordem constitucional de 1988, que inovou significativamente as normas parâmetro e o próprio processo de controle; e (ii) excluindo-se as decisões proferidas a partir de 2019, quando as tensões entre os Poderes Executivo e Judiciário aumentaram substancialmente, o que poderia justificar a atuação judicial mais expansiva²⁶.

Por fim, em relação ao recorte temático, considerou-se Direito Eleitoral a regulação do “exercício do direito fundamental de sufrágio com vistas à concretização da soberania popular”²⁷, o que inclui a normatização dos partidos políticos, tendo em vista o papel que desempenham no sistema eleitoral²⁸. Assim, a pesquisa abrange todas as decisões sobre as normas e os procedimentos que regulam a eleição, o sistema e o processo eleitoral, bem como as instituições e os órgãos correspondentes. A análise restringiu-se também às normas de alcance nacional, uma vez que o controle abstrato de constitucionalidade de atos estaduais ou municipais pode estar relacionado a questões de competência, cuja análise poderia prejudicar o estudo dos aspectos hermenêuticos focalizados no presente trabalho.

Considerando ainda o propósito de compreender a atuação do STF em matéria eleitoral com enfoque na contrariedade às instâncias representativas, todas as ações nas quais a impugnação alcançava exclusivamente atos emanados da Justiça Eleitoral foram excluídas²⁹.

26 Conforme amplamente noticiado, as tensões entre os Poderes são crescentes desde a instauração do denominado “Inquérito das *Fake News*”, em 2019. O possível impacto de tais tensões no comportamento das instituições recomenda cuidados metodológicos e, no presente caso, a exclusão do referido período de nossa análise. Embora não tenham sido localizados trabalhos que corroborem a nossa opção metodológica, é relevante anotar que essa realidade e os seus impactos na pesquisa científica foram frequentemente mencionados no 5º *Workshop Mare Incognitum*, ocorrido entre 22 e 23 de novembro de 2021, no qual pesquisadores dedicados ao estudo do STF se reuniram para debater problemas que desafiam a investigação empírica sobre o Tribunal.

27 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 25.

28 Cf. o entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence segundo o qual o termo “processo eleitoral” abrange o regime partidário (ADI 354, j. 24.09.1990, fls. 30 e seguintes).

29 Isso porque, no Brasil, a Justiça Eleitoral desempenha um papel relevante na organização dos pleitos, promovendo o desenvolvimento, a implementação e a fiscalização de sistemas eletrônicos de voto, bem como o controle de contas de campanha e partidárias. Tais funções administrativas são desempenhadas por meio da edição de resoluções regulamentares, deliberadas em sessões administrativas de seus Tribunais. Paralelamente, esse ramo do Poder Judiciário brasileiro realiza o controle judicial do processo eleitoral, fixando as premissas jurisprudenciais que regem os pleitos (Cf. BENJAMIN, Herman. *O Tribunal Superior Eleitoral e sua relevância*

Desse modo, a expressão “instâncias representativas” refere-se tão somente aos Poderes Legislativo e Executivo, encarregados pela Constituição de “estabelecer as regras de direito gerais e impessoais a que todos devem obediência”³⁰. A “contrariedade”, por sua vez, significa a recusa da lei tal como formulada pelos Poderes competentes, por meio da declaração de procedência parcial ou total do pedido formulado nas ações de controle abstrato de constitucionalidade³¹.

Sob tais parâmetros, procedeu-se à pesquisa jurisprudencial no *site* do STF³², buscando simplesmente o termo “eleitoral” no campo de pesquisa livre, com a posterior eliminação de resultados impertinentes, conforme orienta a doutrina³³.

Na etapa seguinte, foram excluídos todos os acórdãos referentes a matérias administrativas, tais como remuneração de servidores da Justiça Eleitoral, instituição de municípios e funcionamento interno do Poder Legislativo com relação a partidos políticos, bem como um acórdão que não decidiu propriamente sobre matéria eleitoral, tendo-a apenas como pano de fundo para outras discussões (ADI 997). Após, foram agrupados os acórdãos proferidos em julgamento conjunto pelo Tribunal, sendo considerados como uma decisão única.

institucional. In: NORONHA, João Otávio de; PAE KIM, Richard (orgs). Sistema político e direito eleitoral brasileiros: estudos em homenagem ao Ministro Dias Toffoli. São Paulo: Atlas, 2016, p. 377-400). A dupla-função da Justiça Eleitoral, aliada ao fato de que seu Tribunal Superior é composto, em parte, por ministros do STF, torna a relação entre as duas esferas muito peculiar, sendo objeto de estudos próprios. Assim, ações cujos objetos eram exclusivamente resoluções do TSE não foram incluídas, a exemplo da ADI 3345. Contudo, ações envolvendo resolução e, concomitantemente, lei de abrangência nacional foram incluídas, a exemplo da ADI 3741.

30 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso, cit., p. 69.

31 Parte da doutrina defende que a interpretação conforme a Constituição corresponde a um julgamento de improcedência do pedido de inconstitucionalidade abstrato. Não obstante tal particularidade, para os fins deste trabalho, a aplicação da técnica de interpretação conforme também será considerada como forma de contrariedade às instâncias representativas, tendo em vista o impacto geralmente causado pela utilização dessa técnica no texto legal questionado.

32 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso entre janeiro e fevereiro de 2019. Registre-se que o recorte não abrange as decisões proferidas no referido intervalo, mas que ainda não haviam sido disponibilizadas no *site* do STF, “pois é possível que julgados menos recentes estejam ainda fora do banco de dados eletrônico em que a busca se realiza, mesmo que seu inteiro teor já esteja digitalizado”. Cf. QUEIROZ, QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Monografia jurídica: passo a passo. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 81.

33 *Idem*, p. 80.

Ao final, obteve-se um *corpus* empírico composto por todas as decisões finais de mérito proferidas pelo STF sobre normas de Direito Eleitoral com abrangência nacional, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, na vigência da ordem constitucional de 1988, sendo esse o objeto exclusivo do trabalho.

3. BREVE PERSPECTIVA QUANTITATIVA

Entre 05.10.1888 e 05.10.2018 foram proferidas 30 decisões³⁴ finais de mérito em matéria eleitoral pelo STF, em sede de controle abstrato, nos termos do recorte explicitado no capítulo anterior.

Nesse *corpus* empírico, 17 decisões contrariam instâncias representativas (56,7%), ou seja, julgaram parcial ou totalmente procedentes os pedidos formulados, enquanto 13 não contrariam instâncias representativas (43,3%), tendo julgado improcedentes os pedidos.

Em perspectiva temporal, observa-se que apenas 6 decisões foram proferidas na primeira metade do período analisado (20%), correspondente ao intervalo 1988-2003, ao passo que as demais 24 decisões foram proferidas na segunda metade do período analisado (80%), correspondente ao intervalo 2003-2018:

Tabela 1 - Contrariedade às instâncias representativas

		INTERVALO	
		1ª metade (1988-2003)	2ª metade (2003-2018)
Contraria as instâncias representativas?	Não	3 (50% para intervalo)	10 (41,67% para intervalo)
	Sim	3 (50% para intervalo)	14 (58,33% para intervalo)

Fonte: elaboração própria.

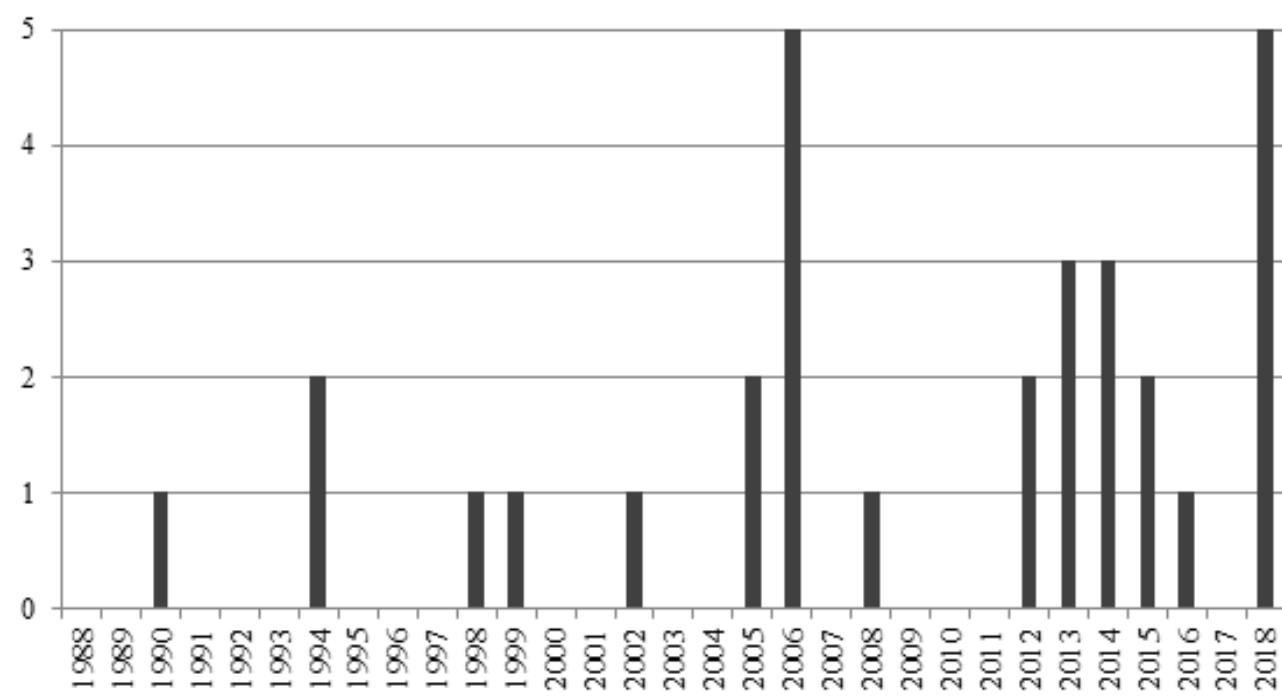
O ano de 2003, marco que divide o período analisado em dois intervalos iguais, é considerado um ponto de inflexão na jurisprudência do STF, em razão das indicações políticas que alteraram substancialmente a composição do Tribunal,

34 Em ordem cronológica de julgamento, são elas: ADI 354, ADI 958 julgada em conjunto com ADI 966, ADI 956, ADI 1371 julgada em conjunto com ADI 1377, ADI 1459, ADI 2306, ADI 1465, ADI 1231, ADI 3685, ADI 3741, ADI 3305, ADI 3592, ADI 1351 julgada em conjunto com ADI 1354, ADPF 144, ADI 4578 julgada em conjunto com ADC 29/ADC 30, ADI 4430, ADI 4307, ADI 4617, ADI 4543, ADI 1082, ADI 1817, ADI 4947 julgada em conjunto com ADI 4965/ADI 5020/ADI 5028/ADI 5130/ADC 33, ADI 4650, ADI 5105, ADI 5423 julgada em conjunto com ADI 5491/ADI 5577/ADI 5487/ADI 5488, ADI 5619, ADI 5617, ADI 5394, ADI 4451, ADPF 541.

tidas como responsáveis por uma atuação cada vez mais expansiva da jurisdição constitucional brasileira desde então³⁵.

Esse resultado, contudo, não permite concluir pelo aumento da judicialização na seara eleitoral na segunda metade do período analisado, tampouco pelo aumento da predisposição do Tribunal em decidir sobre o tema, uma vez que não guarda relação com o número de ações efetivamente ajuizadas no período. Não obstante, é lícito afirmar, inclusive considerando a existência de um poder de agenda, que o STF proferiu mais soluções definitivas sobre temas de Direito Eleitoral, bem como atuou de forma mais incisiva, contrariando mais vezes as instâncias representativas. Veja-se:

Gráfico 1 - Quantidade de decisões proferidas ano a ano



Fonte: elaboração própria.

Como é possível notar, o número reduzido de decisões e os recortes utilizados na delimitação do objeto tornam a análise meramente quantitativa pouco útil. Por isso, passa-se à exposição das evidências coletadas, com enfoque nas ocorrências de contrariedade às instâncias representativas. O objetivo é apresentar “uma maior quantidade de informações que permita ver seu objeto de estudo em sua complexidade, em suas múltiplas características e relações”, como é próprio da pes-

35 RAMOS, Elival da Silva. O Delineamento do Estatuto dos Partidos Políticos na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: Revista de Direito Administrativo, v. 248, maio/ago. de 2008, p. 62.

quisa empírica qualitativa³⁶. Em seguida, o resultado da pesquisa jurisprudencial será analisado criticamente à luz da doutrina constitucional, conforme recomendado³⁷.

4. APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O presente capítulo tem por objetivo descrever a aplicação de princípios pelo STF nas 17 decisões em que o Tribunal contrariou as instâncias representativas. Conforme adiantado nas considerações metodológicas, a descrição pretende focar no aspecto deliberativo, ou seja, na troca de razões e argumentos pelo grupo de ministros e na contestação das decisões por agentes externos.

Parte-se da premissa de que a hermenêutica eleitoral não apresenta especificidades, estando inserida no contexto geral da hermenêutica jurídica e, portanto, a análise contemplará os métodos clássicos de interpretação e os novos modelos interpretativos³⁸.

Nesse contexto, serão descritas, em primeiro lugar, as decisões nas quais não houve ou houve reduzida controvérsia em relação à aplicação de princípios constitucionais (primeiro grupo). Em seguida, serão descritas as decisões nas quais houve significativa controvérsia em relação à aplicação de princípios (segundo grupo)³⁹.

No primeiro grupo, registre-se que há duas decisões em que o STF decidiu com fundamento em métodos clássicos de interpretação⁴⁰, sem que houvesse con-

36 IGREJA, Rebecca Lemos. O Direito como objeto de estudo empírico: o uso de métodos qualitativos no âmbito da pesquisa empírica em Direito. In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 14.

37 Segundo o entendimento doutrinário, a pesquisa qualitativa deve “sistematizar as principais linhas argumentativas desenvolvidas nas decisões analisadas e eventualmente criticá-las” (Cf. PALMA, Juliana Bonacorsi de; e outros. *Meu trabalho*, cit., p. 161). Uma crítica cientificamente fundada, por sua vez, requer referências teóricas sólidas. Nesse sentido, o diálogo entre a pesquisa empírica qualitativa e o conhecimento teórico é natural e desejável, reconhecendo-se inclusive que o propósito da primeira é “fundamentar empiricamente um conhecimento que se dirige ao nível teórico” (Cf. PIRES, Álvaro P. *Amostragem*, cit., p. 174).

38 GOMES, José Jairo. *Direito*, cit., p. 27-33.

39 É imperioso reconhecer que, preliminar e isoladamente, esse critério pode parecer excessivamente subjetivo. Não obstante, no decorrer da exposição será possível observar que se trata de um mero mecanismo de agrupamento das decisões, sendo a descrição de cada julgado e a constelação de casos que se formará mais relevantes e valiosas do que o critério de agrupamento.

40 Trata-se do conjunto de métodos gramatical ou literal, histórico, lógico ou teleológico e sistemático. Tais métodos ou cânones interpretativos foram elaborados pela doutrina como forma de acesso ao núcleo semântico da norma, sendo amplamente utilizados porque legiti-

trovêrsia significativa relacionada à aplicação de princípios tal como investigada no presente trabalho.

A primeira decisão nesse sentido, proferida em 03.06.1998, declarou que a previsão legal autorizativa de filiação partidária pelos membros do Ministério Público (MP) é incompatível com a Constituição de 1988, que preceitua a independência da instituição (ADI 1371/ADI 1377). Por meio da interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais⁴¹, entendeu-se que embora a Constituição permita a participação política dos membros do MP “na forma da lei”, tal previsão é incompatível com a possibilidade legal de filiação.

Em segundo lugar, no julgamento da ADI 1459, em 17.03.1999, por meio da interpretação literal da cláusula de proteção ao direito adquirido e à coisa julgada (artigo 5º, inciso XXXVI), entendeu-se que o exercício do mandato eletivo a partir do mero ajuizamento e até o trânsito em julgado de ação rescisória eleitoral, bem como os efeitos retroativos da lei federal que pretendia instituir esse regime, violam a Constituição, em outro exemplo de aplicação predominante de um método interpretativo clássico⁴².

Nas demais decisões em que o STF contrariou as instâncias políticas, a aplicação imediata dos princípios constitucionais consta entre os recursos hermenêuticos predominantes, ora isoladamente, ora combinada com a aplicação de algum do método interpretativo clássico.

Houve razões diferentes para decidir com base em princípios em cada um desses casos, o que não é estranho à dogmática constitucional, afinal as constituições são compostas substancialmente (embora não majoritariamente⁴³) por princípios e isso garante um arsenal de ferramentas interpretativas aos magistrados. Sendo assim, convém continuar a expor separadamente as decisões.

Ainda no primeiro grupo, ou seja, no conjunto de decisões no qual a aplicação imediata de princípios foi alvo de pouca ou nenhuma controvérsia durante o

mam a interpretação ao empregar critérios lógicos e científicos. Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica*, cit., p. 37-40.

41 Esse foi o recurso hermenêutico unanimemente empregado entre os ministros da corrente majoritária. Vencido o ministro Octávio Galotti, ao sustentar que tanto a previsão de incompatibilidade quanto a previsão de afastamento do membro do MP foram expressamente rejeitadas no processo constituinte, de modo que a reintrodução da vedação pela via interpretativa significaria atuar como legislador positivo.

42 O julgamento foi unânime, nos termos do voto do Ministro Relator Sydney Sanches.

43 Sobre o tema, cf. ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do Direito” e o “Direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./fev./mar., 2009.

juízo, registra-se a incidência direta da norma constitucional principiológica para restringir a aplicação da regra infraconstitucional.

Foi o caso do julgamento da ADI 4451, em 21.06.2018, quando o Tribunal declarou a inconstitucionalidade da regra que vedava a ridicularização de candidatos, bem como da vedação à veiculação de propaganda política e difusão de opinião por emissoras de rádio e televisão – tudo com fundamento no princípio da liberdade de expressão.

Houve ainda julgamentos em que a aplicação imediata de princípios conviveu com a aplicação de métodos interpretativos clássicos para corroborar a mesma posição – ocasiões em que a declaração de inconstitucionalidade teve mais de um fundamento, sem que a controvérsia central estivesse relacionada à aplicação de princípios constitucionais.

Nesse sentido, registra-se que, para declarar a inconstitucionalidade da delegação, ao TSE, do cálculo do número de deputados por estado da federação, sob o fundamento de que tal regulamentação compete ao Congresso Nacional, o STF se utilizou da interpretação histórica e literal restritiva do artigo 45, mas também analisou a repercussão da competência normativa do TSE sobre os princípios da legalidade, da separação de poderes e da legitimação democrática (ADI 4947/ADI 4965/ADI 5020/ADI 5028/ADI 5130/ADC 33, j. 01.07.2014).

Do mesmo modo, a interpretação literal do artigo 17 conviveu com a aplicação imediata do princípio republicano quando o STF declarou a inconstitucionalidade de doações ocultas a partidos políticos (ADI 5394, j. 21.03.2018); e a aplicação dos artigos 127 e 129 da Constituição coexistiu com a aplicação de um conjunto de princípios para que o Tribunal preservasse a competência do MP quanto ao ajuizamento de representação contra a propaganda partidária irregular (ADI 4617, j.19.06.2013).

Uma vez descritas as decisões nas quais não houve ou houve reduzida controvérsia em relação à aplicação de princípios constitucionais⁴⁴, passa-se à análise das decisões nas quais houve significativa controvérsia em relação à aplicação de princípios.

Nesse grupo, destacam-se as ocasiões em que a aplicação imediata de princípios para declarar a inconstitucionalidade de atos emanados das instâncias representativas foi aceita apenas com ressalvas, indicando alguma resistência dos julgadores às formulações principiológicas inovadoras.

44 Registra-se que uma última decisão na qual houve reduzida controvérsia em relação à aplicação de princípios constitucionais, qual seja, a ADI 4307, julgada em 11.04.2013, ainda será exposta adiante, para favorecer a comparação com outro caso.

No julgamento da ADI 3741, em 06.08.2006, aplicou-se o princípio da liberdade de informação para afastar o dispositivo legal que vedava a realização de pesquisas eleitorais às vésperas do pleito, sob o entendimento de que tal princípio abrange a liberdade de conhecer as previsões eleitorais a qualquer tempo. Na ocasião, o Ministro Eros Grau ressaltou que apenas acompanhava a declaração de inconstitucionalidade em razão do princípio da liberdade de informação, sem se utilizar da razoabilidade e da proporcionalidade, arguidas pelo Ministro Relator Ricardo Lewandowski.

Do mesmo modo, no julgamento da ADI 4543, ocorrido em 06.11.2013, os Ministros Luís Roberto Barroso e Teori Zavascki rejeitaram expressamente o “princípio da proibição ao retrocesso político”, sustentado pela Ministra Relatora Cármen Lúcia para declarar a inconstitucionalidade do voto impresso. Os ministros aderiram somente ao argumento de que tal mecanismo violaria a previsão constitucional de segredo do voto.

A resistência às formulações principiológicas também pode ser verificado mediante a comparação de dois casos envolvendo a regra da anualidade, prevista no artigo 16 da Constituição: a ADI 3685, julgada em 22.03.2006, e a ADI 4307, julgada em 11.04.2013.

Na primeira, a disposição que previa vigência imediata da lei eleitoral foi julgada inconstitucional em razão da interpretação literal da regra da anualidade, sustentada por todos os ministros, exceto Ricardo Lewandowski, que fundamentou sua posição no princípio da segurança jurídica. Tal posicionamento despertou, inclusive, a contrariedade do Ministro Sepúlveda Pertence, que reputou como equivocada a utilização de um conceito tão rarefeito, importado da doutrina americana do *due process*, para censurar uma emenda à Constituição. No mesmo sentido reagiu o Ministro Eros Grau, adotando exclusivamente a regra da anualidade como razão para decidir.

No julgamento da segunda ação, ocorrido aproximadamente sete anos depois, a declaração de inconstitucionalidade de regra nova que pretendia alcançar um pleito encerrado fundou-se na interpretação literal do artigo 16, bem como na aplicação imediata de uma constelação de princípios – da soberania popular, do devido processo legal e democrático –, nos termos do voto da Ministra Relatora, acompanhada por todos os demais julgadores⁴⁵.

45 Faz-se a ressalva de que esta decisão pertence ao primeiro grupo, no qual não houve ou houve reduzida controvérsia em relação à aplicação de princípios constitucionais. A posição do julgado na segunda parte da exposição, dedicada às decisões nas quais houve significativa

Ainda no segundo grupo, ou seja, no conjunto de decisões no qual a aplicação imediata de princípios foi alvo de significativa controvérsia, encontram-se as cinco ações que tiveram como objeto leis restritivas de direitos, editadas com o aparente propósito de racionalizar o sistema eleitoral. A presente investigação constatou que todas elas foram julgadas parcial ou totalmente procedentes a partir da aplicação imediata de princípios constitucionais e, como consequência, os condicionamentos legais (i) da indicação de candidatos para cargos majoritários, (ii) do funcionamento parlamentar, (iii) do acesso ao horário eleitoral, (iv) do acesso aos recursos do fundo partidário e (v) do acesso ao debate eleitoral *a requisitos mínimos*, relacionados ao desempenho eleitoral dos partidos, foram rejeitados pelo STF⁴⁶.

Nesses casos, a aplicação imediata de princípios constitucionais despertou controvérsias expressivas, ora expressadas durante os julgamentos, pelos próprios ministros, ora expressadas por reações contundentes no meio acadêmico, político ou na imprensa, contra a postura supostamente expansiva do STF. Não se quer, com isso, dizer que a atuação do Tribunal foi inadequada em todas as ocasiões, tampouco que as normas-princípio não servem ao controle adequado da legislação inconstitucional, mas parece que a descrição pormenorizada de tais casos pode contribuir para a compreensão das particularidades (e limites) do controle de constitucionalidade fundado em princípios.

Veja-se cada caso individualmente. No julgamento da ADI 958, em conjunto com a ADI 966, realizado em 11.05.1994, entendeu-se que um conjunto de princípios constitucionais vedava a imposição de requisitos mínimos para que os partidos políticos pudessem indicar candidatos aos cargos majoritários – o que foi objeto de resistência do Ministro Sepúlveda Pertence, conforme será exposto no capítulo 5, a seguir.

Já no paradigmático julgamento da “cláusula de barreira”, concluiu-se – a partir da aplicação imediata dos princípios constitucionais da democracia, pluralismo, igualdade e dos postulados da razoabilidade e proporcionalidade – pela inconstitucionalidade do requisito legal de número mínimo de votos distribuídos por nove estados, imposto aos partidos políticos para que esses tivessem funcionamento parlamentar. Entendeu-se que a Constituição veda a imposição de requisitos que

controvérsia em relação à aplicação de princípios, justifica-se para permitir a comparação com a decisão anteriormente exposta, que aborda o mesmo tema.

46 São elas: (i) ADI 958 julgada em conjunto com ADI 966, (ii) ADI 1351 julgada em conjunto com ADI 1354, (iii) ADI 4430, (iv) ADI 5105 e (v) ADI 5423 julgada em conjunto com ADI 5491/ADI 5577/ADI 5487/ADI 5488.

inviabilizam a vida partidária e/ou a igualdade de chances para as minorias (ADI 1351/ADI 1354, j. 07.12.2006).

O julgamento da ADI 4430, em 29.06.2012, e o julgamento da ADI 5105, em 01.10.2015, no mesmo sentido, foram orientados pela aplicação imediata dos princípios da igualdade, da liberdade partidária, da razoabilidade e a da proporcionalidade. Tais normas embasaram as declarações de inconstitucionalidade de disposições que restringiam o acesso dos partidos políticos sem representação na Câmara dos Deputados ao horário eleitoral gratuito e ao fundo partidário.

Posteriormente, o Tribunal entendeu ainda que a imposição de novos parâmetros para o exercício do direito de antena, bem como para a participação no debate eleitoral, deve ser interpretada no sentido de subtrair aos candidatos o direito legal de excluir participantes convidados pela emissora de rádio ou televisão. Aplicou-se os princípios da isonomia, democracia, pluralismo e liberdade de expressão para dar interpretação conforme a Constituição e introduzir no diploma legal uma prerrogativa irrestringível das emissoras, antes inexistente (ADI 5423/ADI 5491/ADI 5577/ADI 5487/ADI 5488, j. 25.06.2016).

Assim, o STF eliminou, em cinco diferentes oportunidades, os requisitos mínimos adotados pelas instâncias representativas com o aparente propósito de racionalizar o sistema eleitoral. Nesse contexto, o Tribunal foi alvo de significativa contestação por agentes externos – da qual um exemplo é a crítica doutrinária que será exposta no capítulo 7, a seguir.

Por último, ainda no âmbito das decisões nas quais a aplicação de princípios foi objeto de controvérsia significativa, cumpre destacar o julgamento de duas ações relacionadas ao mesmo tema: o financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais.

Na primeira delas, o STF julgou inconstitucional a integralidade da minuciosa normatização do financiamento de partidos e campanhas por pessoas jurídicas, ao proibir peremptoriamente qualquer forma de doação dessa natureza, alegando ofensa aos princípios democrático, republicano e da igualdade (ADI 4650, j. 17.09.2015). A decisão foi objeto de crítica doutrinária expressiva, além de ameaças de reação legislativa⁴⁷. Na segunda, o Tribunal aplicou os princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade material e liberdade partidária para substituir o percentual mínimo de recursos do fundo partidário destinado ao financiamento de can-

47 Para uma síntese das críticas formuladas e uma análise da atuação do Tribunal nesse caso, cf. ROCHA, Humberto José de Rezende. A possibilidade de restabelecimento do financiamento de partidos e campanhas por pessoas jurídicas. *Revista Direito e Atualidades (RDA)*, v. 1, n. 2, abr/jun 2021.

didaturas femininas, fixado pelo legislador em 5%, pelo de 30%, correspondente à reserva legal de vagas (ADI 5617, j. 15.03.2018).

A aplicação imediata dos princípios constitucionais dessa maneira, conforme se observa no âmbito das 17 decisões analisadas, despertou, em algumas ocasiões, a crítica segundo a qual o Tribunal estaria provocando uma “inversão do problema”.

5. UMA “INVERSÃO DO PROBLEMA”

Entre as 17 decisões analisadas no capítulo anterior, nas quais o STF contrariou as instâncias representativas, algumas veicularam a crítica segundo a qual o Tribunal estaria provocando uma “inversão do problema” ao aplicar de forma imediata os princípios constitucionais. No presente capítulo, pretende-se retomar especificamente essas decisões, além de outras identificadas na pesquisa jurisprudencial, para expor aspectos relevantes da crítica formulada.

O primeiro registro de uma crítica nesse sentido ocorreu no julgamento da ADI 958, em conjunto com a ADI 966, em 11.05.1994, quando os ministros Marco Aurélio e Ilmar Galvão sustentaram que a lei impugnada era inconstitucional não só porque violava o princípio do devido processo legal⁴⁸, mas também porque um conjunto de princípios constitucionais vedava a imposição de requisitos mínimos para que os partidos políticos pudessem indicar candidatos aos cargos majoritários.

Em resposta à segunda formulação, o Ministro Sepúlveda Pertence argumentou que o Tribunal estava buscando, de maneira equivocada, um fundamento material específico na Constituição para legitimar as inovações legais e, na ausência de tal fundamento expresso, cogitava declarar a inconstitucionalidade da lei. Para ele, essa abordagem representa uma “inversão do problema”, porque a Constituição não pretende ser um estatuto impositivo dos partidos políticos, se limitando a dar tratamento fragmentário ao tema. Não havendo patente violação, deve vigor a liberdade do legislador para regulamentar a matéria.

A “inversão do problema” é motivada pela noção de constitucionalização do direito, ou seja, a ideia de que cabe ao STF “fixar a interpretação que constitucionalmente a densifique [a norma], a fim de fazer incidir o conteúdo normativo cuja efetividade independe de ato do Poder Legislativo” (ADI 5617, j. em 15.03.2018). Sob essa perspectiva, qualquer problema jurídico poderia ser resolvido a partir das

48 O princípio do devido processo legal foi aplicado pelo Tribunal para excluir do ordenamento a previsão legal que restringia a indicação de candidatos à Presidente, Governador e Senador aos partidos que tenham obtido porcentagem mínima na eleição anterior. Entendeu-se que a consciência do legislador sobre quem seriam os excluídos, mediante a utilização de dados da eleição anterior, era incompatível com o princípio citado.

disposições constitucionais, independentemente de haver um regramento infra-constitucional para o tema.

Esse raciocínio foi adotado, por exemplo, no julgamento da ADI 1351, em 07.12.2006, quando o Tribunal entendeu que a inexistência de cláusula de barreira na Constituição implica a vedação à sua introdução no ordenamento por meio de lei ordinária.

Segundo o entendimento do Ministro Ayres Britto nessa oportunidade, uma Constituição axiológica oferece múltiplas soluções ao intérprete, várias delas corretas e, por isso, o Ministro Relator teria acertadamente escolhido um modelo adequado, sob a inspiração do “princípio da proporcionalidade”, rejeitando a normatização legal, mais severa, em favor de um regramento mais brando (fls. 103). Para a crítica doutrinária, essa formulação unanimemente empregada na ocasião⁴⁹ ignora o fato de que a oferta constitucional de múltiplas soluções se dirige, antes, ao legislador e somente depois ao magistrado⁵⁰.

Veja-se que, em oportunidade posterior, a corrente minoritária formada no julgamento da ADI 5105, em 01.10.2015, rejeitou expressamente o raciocínio da “inversão”, ao entender que a Constituição atribuiu ao Congresso Nacional a tarefa de regulamentar o artigo 17, que teria sido desempenhada por meio de uma escolha legislativa entre opções igualmente válidas. Nesse caso, não caberia ao STF reagir mediante a alteração voluntarista da lei ordinária. Não obstante, ao final, a ação foi julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da lei federal que restringiu o acesso ao fundo partidário e ao horário eleitoral, com base na aplicação imediata de princípios constitucionais.

Em contraposição à “inversão”, a deferência à opção do Poder Legislativo está frequentemente relacionada ao reconhecimento da capacidade limitada dos princípios para o fornecimento de soluções definitivas, em substituição à legislação ordinária.

No julgamento da ADI 2306, por exemplo, o Ministro Moreira Alves argumentou que a anistia de multas aplicadas pela Justiça Eleitoral não vulnera o princípio democrático, uma vez que a existência de multa eleitoral não é elemento essencial ou inerente à democracia (j. 21.03.2002). Do mesmo modo, na ADI 4650, o

49 A única ressalva foi a do Ministro Sepúlveda Pertence: “não quero que nosso entusiasmo pelo pluralismo nos leve a uma condenação antecipada de qualquer modulação de direitos” (fls. 107). Apesar disso, o Ministro também julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da cláusula.

50 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Ministro Teori Zavascki (corrente minoritária) sustentou que o princípio democrático não tem condão de afastar o financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais, pois isso implicaria admitir que os países que o adotam (como Estados Unidos, Alemanha e Reino Unido) não são democracias (j. 17.09.2015).

Em outra ocasião, o Tribunal entendeu que a liberdade de expressão inscrita no artigo 220 da Constituição não imuniza o regramento da propaganda eleitoral gratuita, que não possui assento constitucional e está à mercê do legislador ordinário. A decisão fundamentou-se na eficácia limitada do artigo 17, § 3º, que prevê o acesso gratuito ao rádio e à televisão apenas “na forma da lei” (ADI 956, j. 01.07.1994). Entendimentos como esse partem da premissa de que a Constituição não prevê soluções específicas para todos os casos sob julgamento, de modo que compete ao legislador federal regulamentá-los, privilegiando um ou outro princípio constitucional conforme a sua discricionariedade, tal como enunciado na ADI 5619, julgada em 06.03.2016, e na ADPF 541, julgada em 26.09.2018.

A evolução do entendimento do STF sobre essa abordagem pode ser bem analisada mediante a comparação de três decisões.

Em 26.06.1998, no julgamento da ADI 1822, o Tribunal entendeu que a declaração de inconstitucionalidade da mera expressão “um terço”, referente à porção do horário reservado à propaganda eleitoral a ser distribuída igualmente, modificaria substancialmente o regramento adotado pelo legislador federal, que passaria a distribuir igualmente entre os partidos políticos a integralidade do referido horário. Nos termos do voto do Ministro Moreira Alves, a consequência intrusiva do eventual acolhimento do pedido revelava a sua impossibilidade jurídica⁵¹, insuperável em razão do papel de mero legislador negativo desempenhado pelo STF.

Posteriormente, em 29.06.2012, declarou-se inconstitucional a disposição que vedava o acesso dos partidos políticos sem representação na Câmara dos Deputados ao horário eleitoral gratuito, modificando a opção das instâncias representativas por meio da aplicação imediata de princípios constitucionais (ADI 4430). A corrente minoritária, contudo, entendeu que o STF não poderia manipular a lei de modo a reformular o entendimento do legislador, atuando de forma positiva, e reconheceu a *impossibilidade jurídica do pedido* nos moldes da decisão anterior. Não obstante, prevaleceu a opinião do Ministro Relator Dias Toffoli segundo a qual a atuação do Tribunal não corresponderia mais àquela concebida por Moreira Alves no julgamento da ADI 1822. Nas suas palavras, a mudança de paradigmas consti-

51 A referida ação não foi conhecida e, portanto, não consta no *corpus* empírico do presente trabalho, que se limitou a analisar, em perspectiva quantitativa, as decisões finais de mérito, tal como explicado no capítulo anterior.

tucionais permite ao STF “fazer incidir conteúdo normativo constitucional dotado de carga cogente cuja produção de efeitos independa de intermediação legislativa” (fls. 17).

Por fim, o Tribunal reiterou o descabimento da tese de impossibilidade jurídica do pedido ao subtrair dos candidatos o direito de excluir participantes convidados pela emissora de rádio ou televisão para o debate eleitoral (ADI 5487, j. 25.08.2016). Nessa ocasião, a corrente minoritária argumentou que não é lícito ao Poder Judiciário substituir as instâncias representativas e adotar critério artificial, desarvorando em legislador positivo e usurpando a competência legislativa (fls. 98) simplesmente para “tentar melhorar essa lei” (fls. 128). Ainda assim, a corrente majoritária optou por introduzir no diploma legal uma prerrogativa das emissoras que antes inexistia no ordenamento, por meio de interpretação conforme a Constituição, marcando a superação do entendimento do Ministro Moreira Alves sobre o tema.

6. POSTURA PARTICULARISTA: TUTELA DA DEMOCRACIA

Os recursos hermenêuticos e as premissas teóricas elencados até aqui são próprios da dogmática ou da teoria constitucional, podendo ser aplicados genericamente a qualquer decisão proferida no âmbito da jurisdição constitucional. Foi possível notar, porém, a existência de uma linha argumentativa muito própria do Direito Eleitoral, estreitamente relacionada aos objetos das 17 decisões analisadas, que contrariam as instâncias representativas.

Trata-se de uma postura particularista do STF alegada para salvaguardar o sistema eleitoral, corrigir suas patologias, proteger as minorias e afastar as pretensões de grupos majoritários não confiáveis (ADI 5105, j. 01.10.2015, fls. 43). Nessa perspectiva, uma vez “diagnosticado o inadequado funcionamento das instituições”, o dever do Tribunal seria aperfeiçoar o processo democrático (ADI 5394, j. 21.03.2018, fls. 26; ADI 5487, j. 25.08.2016, fls. 149; ADI 4451, j. 21.06.2018, fls. 77 e seguintes).

Amparados por tais premissas em várias decisões analisadas, os ministros afirmaram estar repensando o modelo partidário a partir da jurisprudência do STF⁵², ou “tentando construir uma sociedade inclusiva”⁵³, bem como estar contribuindo para o aperfeiçoamento da democracia representativa⁵⁴, ou afastando a solução in-

52 Manifestação do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADI 1351, j. 07.12.2006.

53 Manifestação da Ministra Cármen Lúcia no julgamento da ADI 1351, j. 07.12.2006.

54 Manifestação do Ministro Carlos Ayres Britto no julgamento da ADI 1351, j. 07.12.2006.

conveniente do voto impresso⁵⁵. Alegou-se até mesmo estar mudando um sistema eleitoral que não serve bem ao país e que “precisa ser transformado”⁵⁶.

A postura também foi defendida sob o signo da “função contramajoritária” do Tribunal. Ela foi arguida pela primeira vez pelo Ministro Ricardo Lewandowski, como premissa teórica da declaração de inconstitucionalidade de uma cláusula de vigência imediata constante em lei eleitoral (ADI 3685, j. 22.03.2006). O entendimento foi de que somente o Tribunal pode resguardar os interesses da minoria quando as maiorias ocasionais formadas nas instâncias representativas editam regras que as beneficiam. No mesmo sentido, vejam-se também a ADI 3741, julgada em 06.08.2006, e a ADI 4543, julgada em 06.11.2013.

Essa função foi arguida também na defesa de lei federal que delegava ao Tribunal Superior Eleitoral o cálculo do número de deputados por ente federativo. Segundo o Ministro Luiz Fux, “realmente o Legislativo não seja o melhor centro de debates para essas questões, porque, evidentemente, eles nunca irão propor algo que seja prejudicial a eles, e, várias vezes aqui nós - digamos assim -, nós preconizamos esse ensinamento, muito embora os juízes não sejam eleitos, mas talvez aqui no Supremo seja uma sede mais própria para esse debate” (ADI 4947, j. 01.07.2014). Note-se que, embora a premissa teórica tenha sido suscitada para preservar a opção legislativa impugnada em sede de controle de constitucionalidade, ela advoga pelo alargamento da competência da Justiça Eleitoral, em detrimento do Poder Legislativo.

Cumpramos ressaltar, porém, a atuação expansiva do STF em matéria eleitoral também fomentou autocríticas sobre as funções desempenhadas pelo Poder Judiciário. Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, o diagnóstico é de um “sentimento de culpa, em sentido geral, de nossos exercícios de intervencionismo e de legislação, mas entendo que, no modelo atual de jurisdição constitucional, é quase impossível manejar todo esse arsenal que está aí” (ADI 5487, j. 25.08.2016, fls. 178).

O ápice da discussão sobre o papel do Tribunal talvez tenha ocorrido no julgamento da ADI 5394, em 21.03.2018, quando os ministros divergiram expressivamente (fls. 74 e 75) acerca da aceitabilidade da decisão que proibiu o financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais por pessoas jurídicas. Além de tal divergência, na mesma oportunidade reconheceu-se que a revisão da cláusula da fidelidade partidária pelo STF levou a um resultado extremamente danoso, consubstanciado na multiplicação de partidos (fls. 77), bem como foi lembrado que a posição do Poder Judiciário acerca da verticalização teve como resposta a edição

55 Manifestação da Ministra Cármen Lúcia no julgamento da ADI 4543, j. 06.11.2013.

56 Manifestação do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento da ADI 4650, j. 17.09.2015.

de uma emenda à Constituição que constitucionalizou as coligações, piorando a situação (fls. 82).

A questão é recorrente no âmbito das 17 decisões que contrariaram as instâncias representativas, nas quais é proeminente o confronto entre Poderes, embora as funções do Tribunal também tenham sido discutidas em ocasiões em que o STF foi deferente às escolhas legislativas⁵⁷.

7. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS À LUZ DA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

A) APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Em diversas decisões, foi possível identificar uma relevante premissa teórica na qual se assenta a contrariedade às instâncias representativas: a normatividade recém-conferida aos princípios permitiria ao Tribunal extrair diretamente da Constituição as soluções para os casos concretos.

Contudo, parte da doutrina rejeita a ideia de que o magistrado esteja apto a extrair de normas de textura tão ampla qualquer regramento restritivo específico, porque essa conduta eleva o grau de discricionariedade, decisionismo e arbitrariedade do intérprete, fenômeno indesejável no regime democrático⁵⁸.

Com isso, não se pretende negar o caráter normativo e vinculante dos princípios, tampouco ignorar a possibilidade de aplicação imediata dessas normas na solução de casos concretos. A ressalva que se faz é a de que dos princípios constitucionais decorre tão somente uma contribuição à solução de casos concretos, e não fórmulas prontas e acabadas, pois, ainda que se reconheça o seu caráter estruturante na ordem jurídica, a função primordial de dar corpo e vida aos ditames constitucionais é do Poder Legislativo, por meio de desdobramentos na lei⁵⁹.

O desafio que se impõe ao Tribunal, nesse ponto, é confrontar os dispositivos legais impugnados tão somente com princípios constitucionais rarefeitos. Essa realidade enseja o cuidado de não extrair, da amplitude semântica e da plurissigni-

57 No julgamento da ADI 2306, em 21.03.2002, a Ministra Ellen Gracie entendeu que a anistia às multas eleitorais é um problema do Poder Legislativo, no qual o Tribunal não pode interferir, sob pena de “cassar” a competência legislativa. Já no julgamento da ADI 1231, em 15.12.2005, entendeu-se que a anistia eleitoral é um ato político submetido aos critérios de conveniência e oportunidade das instâncias representativas, cabendo controle judicial apenas para verificar eventual desvio de poder ou afronta ao devido processo legal.

58 STRECK, Lenio Luiz. *Contra o neoconstitucionalismo*. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun. p. 23.

59 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo*, cit., p. 179.

cação dos princípios, “interpretações voluntaristas que imponham gessos artificiais e permanentes às alternativas que ela, Constituição, oferece ao legislador encarregado de promover ajustes normativos ao sistema”⁶⁰. É que os princípios são normas capazes de adaptação “a situações diversas e peculiares, que são diferentes e modificam-se no tempo e no espaço”, ao mesmo tempo em que podem ser desdobrados por regras jurídicas, de modo que suas formulações genéricas suportam conviver com ampla gama de possibilidades de conformação legislativa⁶¹.

Por isso, é diferenciado o controle de constitucionalidade no qual o parâmetro para aferir a compatibilidade do ato impugnado com a Constituição é fornecido por princípios: o menor grau de vinculatividade desse tipo de norma implica a sua incapacidade de fornecer uma base sólida para a decisão⁶².

Concepção diversa, no sentido de que os princípios podem fornecer solução única, pronta e acabada para reger uma determinada matéria, somente implicaria em usurpação de competência legislativa. Nas palavras de Luiz Henrique Diniz Araujo, a consequência seria admitir que “a partir de uma só fórmula constitucional (por exemplo, a dignidade, a liberdade ou a igualdade entre os seres humanos), por meio de deduções, induções, inferências, analogias, se poderia chegar a colocar em ordem o mundo inteiro por meio do Direito Constitucional”⁶³.

Sob esses pressupostos, o STF não pode se desincumbir da tarefa de identificar a estreita medida em que o legislador ordinário se encontra limitado pela Constituição, como muitas vezes o fez nas decisões analisadas. A aplicação de princípios requer, em primeiro lugar, “a definição preliminar da área de proteção dos princípios em questão, a fim de saber-se o que, exatamente, está coberto pela definição jurídica daqueles princípios”. Somente assim é possível saber em que medida a Constituição disciplinou uma determinada matéria e, em decorrência, reconhecer o espaço de conformação legado ao Poder Legislativo⁶⁴.

B) UMA “INVERSÃO DO PROBLEMA”

Há quem defenda que a concretização das constituições contemporâneas não mais depende da conformação do legislador ou da discricionariedade do ad-

60 É o entendimento do Ministro Teori Zavascki, exposto às fls. 142 do acórdão da ADI 4650.

61 ROTHENBURG, Walter Claudius. As exigências de uma concepção jurídica baseada em princípios. In: José Carlos Francisco (Org.), *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial*, Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 100.

62 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo*, cit., p. 168.

63 ARAUJO, Luiz Henrique Diniz. *O ativismo judicial e seus limites*. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p. 120.

64 ROTHENBURG, Walter Claudius. *As exigências*, cit.

ministrador, pois “toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados”, mediante a utilização de um método hermenêutico que extraia diretamente uma regulamentação alinhada aos valores supostamente imanentes ao seu texto⁶⁵. Como visto, essa é uma premissa amplamente acolhida pelo STF nas mais recentes decisões analisadas.

A referida formulação teórica, porém, enfrenta expressiva resistência de parte da doutrina constitucional brasileira, segundo a qual recorrer diretamente à Constituição é inadequado quando o dispositivo interpretado carrega múltiplas possibilidades de concretização, porque tais normas são carentes de preenchimento legislativo. Deve-se, antes, recorrer à legislação ordinária, porque, uma vez previstas múltiplas possibilidades de desdobramento no texto constitucional, é o Poder Legislativo que goza de primazia na escolha de uma via de concretização, que vincula os tribunais, vedando aos magistrados “substituí-la [a via de concretização legislativa] por outra”⁶⁶.

Para Humberto Ávila, a inobservância dessa vedação promove um indevido salto da interpretação ao plano constitucional, ignorando a existência de regras infraconstitucionais vigentes, compatíveis com a Constituição, para reger o tema. O resultado dessa conduta é o “antiescalonamento da ordem jurídica”, justamente por causar uma subversão da rede de relações hierárquicas estabelecida entre os vários níveis de concretização normativa (Constituição, lei, decisão judicial etc.)⁶⁷.

No mesmo sentido, a doutrina estrangeira afirma que a postura de concretização imediata da Constituição implica a subversão total da ordem jurídica, porque viola a orientação basilar de que *lex specialis derogat legi generali*, sobrepondo-se a vagueza da Constituição sobre a certeza da lei e instaurando uma jurisprudência de equidade em desfavor de uma jurisprudência fundada na interpretação, que desde a formação do Estado moderno tem servido de garantia para indivíduo frente à arbitrariedade estatal⁶⁸.

65 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 58/2007, p. 150.

66 DIMOULIS, Dimitri. Discricionariedade e justificação: reflexões sobre a visão juspositivista da interpretação jurídica. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, v. 31, 2015, p. 855-866.

67 “Neoconstitucionalismo”, cit.

68 DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. trad. Hermínio A. Carvalho. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 169.

Esse limite à atuação do aplicador “resulta da divisão de funções entre atividade legislativa e administração da justiça”, parâmetro estabelecido pela própria Constituição, que impede o intérprete de “estabelecer por si um Direito novo, que só um preceito constitucional haveria de realizar, mas que não tem nenhum conteúdo determinado inequívoco – que necessita, portanto, de ser precisado mais em pormenor pelo legislador”⁶⁹. Nesse sentido, um tribunal constitucional pode até declarar a inconstitucionalidade da lei por incompatibilidade de sua regulamentação com determinado princípio constitucional, mas “difícilmente pode constatar que só uma determinada regulação é materialmente adequada”, razão pela qual deve deixar que o legislador produza a regulamentação compatível com a Constituição⁷⁰.

Essa distinção parece ter sido ignorada em muitas decisões analisadas, nas quais o STF fundamentou sua prerrogativa de atuar como legislador positivo na suposta existência de omissão constitucional.

Nesse ponto, cumpre observar que a omissão constitucional, em geral, existe em razão de “o constituinte não ter disciplinado certa matéria por não querer fazê-lo, isto é, por pretender relegá-la ao nível da lei complementar ou ordinária, com propósito deliberado de oferecê-la ao prudente critério do legislador infraconstitucional”⁷¹. Assim, se a Constituição não regulamenta determinado assunto, não se deve presumir a existência de lacuna, mas de delegação legislativa, especialmente por se tratar da Constituição de 1988, que pretendeu reger todos os aspectos da vida.

Isso vale especialmente para o Direito Eleitoral, pois a “própria Constituição traça as linhas fundamentais do sistema eleitoral brasileiro, e não se limita a aspectos gerais, mostrando a preocupação com alguns pormenores, pela importância que têm na dinâmica do regime político”⁷². Qualquer assunto não endereçado pelo Constituinte, portanto, é seguramente uma delegação ao Poder Legislativo.

69 LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 4ª ed., trad. José Lamago. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2005, p. 605-609.

70 Idem. Na mesma passagem, o autor sustenta que “os tribunais deviam tomar muito a sério este limite, no interesse da sua própria autoridade. De outro modo, haverá o perigo de que seus juízos sejam interpretados como tomada de partido ante a divergência de opiniões políticas e de que já não sejam aceites como enunciados fundados no Direito. É desnecessário dizer que, com isso, o Estado de Direito cairia numa crise de confiança. Em toda a louvável disponibilidade para desenvolver o Direito de modo criador os tribunais deviam ter sempre presente este perigo, para não defraudarem o limite da sua competência que, em concreto, não é, com frequência, facilmente cognoscível”.

71 BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica*, cit., p. 80.

72 RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 15.

Nesses casos, o legislador desfruta de certa autonomia regulatória e, ao agregar conteúdo ao dispositivo constitucional, justapõe novas normas que podem “ser eliminadas, ampliadas ou modificadas sem qualquer óbice e a qualquer momento”, no exercício da sua missão de ajustar de um ponto ótimo entre as normas em disputa⁷³.

Como ficou evidente na análise jurisprudencial dos capítulos anteriores, o fenômeno do antiescalonamento é uma agressão dramática ao ordenamento jurídico, pois o aniquilamento que se faz das regras infraconstitucionais, em nome da elevação do caso à esfera constitucional e sob a premissa de que toda decisão pode ser baseada numa ponderação de princípios, significa o fim do “exercício regular do princípio democrático por meio da função legislativa”, depreciada nesse modelo interpretativo⁷⁴.

C) POSTURA PARTICULARISTA: TUTELA DA DEMOCRACIA

Conforme descrito anteriormente, é recorrente na jurisprudência do STF o entendimento de que a contrariedade às instâncias representativas se justifica pela salvaguarda do funcionamento das instituições democráticas, pela correção de patologias decorrentes do autointeresse dos agentes políticos ou pela necessidade de aperfeiçoar um sistema que não serve bem ao país e que precisa ser transformado. Nas palavras do Ministro Luiz Fux, trata-se de uma *postura particularista* do Tribunal em defesa da democracia.

Essa atuação é objeto de controvérsia doutrinária. André Ramos Tavares, por exemplo, defende a legitimidade da declaração “de inconstitucionalidade de muitas medidas legislativas com base em preceitos abstratos relacionados à autonomia partidária”, sob o fundamento de que deve haver um controle rígido pelo Tribunal sobre as regras eleitorais, por serem essas as “regras de funcionamento das demais regras”⁷⁵. Essa posição se contrapõe àquela segundo a qual não compete ao

73 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo*, cit., p. 188.

74 SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 18.

75 A jurisprudência sobre partidos políticos no STF: entre eleições, poder econômico e democracia. In: NORONHA, João Otávio de; PAE KIM, Richard (orgs). *Sistema político e direito eleitoral brasileiros: estudos em homenagem ao Ministro Dias Toffoli*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 47-48. Ainda sobre o respaldo doutrinário a essa tese, cf. BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 15.

Poder Judiciário promover reforma tão sensível e complexa como a do sistema político-eleitoral, que deve ser idealmente discutida pelas instâncias representativas⁷⁶.

Nesse ponto, as formulações do STF vão ao encontro da doutrina de *supervisão judicial da democracia*, cuja análise está mais adiantada na literatura estrangeira. Essa postura de supervisão pode ocorrer de diversas formas, priorizando a proteção de direitos individuais, a maximização de bens democráticos ou a antidominação⁷⁷, sendo que as múltiplas correntes têm em comum a concessão de permissão às cortes supremas (ou tribunais constitucionais) para protegerem a democracia.

Assim, a contrariedade às instâncias representativas pelo STF esteve amparada muitas vezes por argumentos finalísticos, pouco associados ao dever constitucional do Tribunal de *verificar a adequação* da lei à Constituição, mediante a aferição da compatibilidade da legislação impugnada com o regime constitucional da matéria. Ao contrário, em muitas circunstâncias o Tribunal atuou com a intenção de promover o *aperfeiçoamento* de um sistema eleitoral considerado *disfuncional*⁷⁸.

Esse tratamento sugere que mesmo ante a inexistência de vedação constitucional às legislações impugnadas, pode ter prevalecido a intenção da Corte de *substituir* um sistema que avaliou ser pernicioso ou que simplesmente julgou *não servir bem ao país*.

Ocorre que, segundo o entendimento doutrinário, a competência para ajustar o *ponto ótimo* entre as regras em disputa, delineando um sistema eleitoral que seja munido de mecanismos igualadores, ferramentas de fiscalização e meios de controle, é detida pelas instâncias representativas, mais especificamente pelo Poder Legislativo. Com isso, não se quer prescrever uma postura passiva ao Tribunal, mas

76 Segundo Elival da Silva Ramos, “o que mais seriamente se pode criticar na decisão proferida pelo STF no julgamento da ADI nº 1.354 é que nela transparece o intuito de substituir o Congresso Nacional, promovendo a reforma política tão aguardada pela sociedade brasileira”. Cf. O Delineamento, cit., p. 70.

77 Uma análise da extensa bibliografia estrangeira sobre o tema foi realizada por Pedro Marques Neto em *Supervisão Judicial do Financiamento de Campanha Eleitoral: proteção de direitos individuais, maximização de bens democráticos e modelo antidominação*. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2018.

78 Uma análise da decisão proferida no julgamento da ADI 4650, por exemplo, concluiu que a declaração de inconstitucionalidade “deveu-se muito mais à compreensão da ineficácia do modelo, na sua globalidade, do que à afirmação da inviabilidade de toda e qualquer forma de participação financeira de pessoas jurídicas para o custeio de agremiações partidárias ou mesmo de campanhas eleitorais”. Cf. ZAVASCKI, Teori. Financiamento empresarial de partidos políticos: a questão constitucional. In: NORONHA, João Otávio de; PAE KIM, Richard (orgs). Sistema político e direito eleitoral brasileiros: estudos em homenagem ao Ministro Dias Toffoli. São Paulo: Atlas, 2016, p. 737.

constatar que o Poder Judiciário ultrapassa suas competências constitucionalmente atribuídas ao substituir o legislador *na ausência de fundamentos de inconstitucionalidade*, quando, na verdade, deveria “aceitar a solução dada pelo poder que possui a competência primária em cada caso”⁷⁹.

Essa, além de ser a postura mais compatível com a repartição de Poderes concebida pela Constituição de 1988, é também a mais adequada à *capacidade institucional* da Corte. Isso porque, nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “a lógica bipolar do processo – tem razão, não tem razão – dificilmente se ajusta à ponderação e conciliação de interesses dispersos e difusos na sociedade”⁸⁰, sendo inapta a definir prioridades para um tema tão complexo como o sistema eleitoral, que, como apontado, requer sejam conciliadas a demanda por fiscalização e controle, a paridade de armas entre os concorrentes, a limitação da influência do poder econômico e do poder político daqueles que ocupam os cargos em disputa, entre muitos outros fatores.

Assim, mesmo imbuído da nobre pretensão de aprimorar o sistema vigente, o STF só tem à sua disposição uma ferramenta que não escapa à lógica binária do processo: dar ou negar provimento ao pedido formulado; em outras palavras, admitir ou inadmitir a normatização concebida pelas instâncias representativas. Não por outro motivo, como visto, as suas tentativas de conformação do sistema eleitoral para aprimorá-lo são recorrentemente consideradas fracassadas pelos próprios membros do Tribunal⁸¹.

8. CONCLUSÕES

Primeiramente, é importante reconhecer que o emprego de recortes temáticos, temporais e processuais na composição do *corpus* empírico consiste em uma

79 DIMOULIS, Dimitri. Além do ativismo e do minimalismo judicial no campo dos direitos fundamentais. Justificação jurídica de decisões e competências. In: José Carlos Francisco (Org.). Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional. 1ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 267.

80 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do judiciário e suas implicações. In: FRANCISCO, José Carlos (coord). Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 236.

81 No mesmo sentido, Conrado Hübner Mendes caracterizou como automistificação a postura do Tribunal de apresentar-se como “a última trincheira dos cidadãos, incumbido da missão de salvar a democracia de si mesma, domesticar maiorias, amparar e incluir minorias”. O autor ironizou a autoimagem heroica construída pelo STF, evidenciando a sua dissonância em relação à incapacidade deliberativa do Tribunal. Cf. a publicação: *Na prática, ministros do STF agridem a democracia, escreve professor da USP*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/>. Acesso em 01.08.2018.

limitação metodológica da pesquisa, porquanto excluiu da análise decisões importantes proferidas pelo STF em matéria eleitoral. Mas, ao mesmo tempo, a utilização dos referidos recursos foi uma estratégia de delimitação que viabilizou a presente investigação, considerando o número elevado de casos julgados pelo Tribunal, que não poderiam ser analisados de forma integral em um trabalho com esse⁸².

Em segundo lugar, como outros que empreenderam pesquisas empíricas semelhantes ou que investigaram o processo decisório do STF, constatou-se no presente trabalho a inviabilidade de distinguir os fundamentos jurídicos veiculados em acórdãos do Tribunal entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, bem como a imprestabilidade desse método para alcançar o objetivo da pesquisa qualitativa.

Não obstante, as formas de análise adotadas, quais sejam, descrição de linhas argumentativas desenvolvidas e identificação de tendência jurisprudencial se mostraram satisfatórias. Isso porque, embora a perspectiva quantitativa resultante não tenha oferecido respostas precisas aos problemas formulados, a descrição de como o Tribunal aplica os princípios constitucionais, focada no aspecto deliberativo, bem como a identificação de uma postura particularista do STF relacionada especificamente à matéria eleitoral, permitiram esclarecer alguns problemas veiculados no capítulo introdutório.

Mediante a análise jurisprudencial, é possível concluir que há expressiva conformação do sistema eleitoral brasileiro pela via judicial, por meio da aplicação de princípios, especialmente para contrariar as escolhas das instâncias representativas, ou seja, rejeitar a lei tal como formulada pelos Poderes Legislativo e Executivo. Foi possível demonstrar ainda que os recursos hermenêuticos e as premissas teóricas empregados na solução de casos paradigmáticos, como o da cláusula de barreira ou o do financiamento de partidos e campanhas, são recorrentes nas decisões em que o STF contraria as instâncias políticas.

A justaposição das evidências empíricas coletadas em cada decisão viabilizou a composição de mosaicos temáticos, na medida em que permitiu analisar a evolução histórica de alguns entendimentos, comparar o tratamento dado aos casos que

82 Nesse ponto, é importante ressaltar que a pesquisa abrange toda a população de casos pertinentes, não havendo de se falar em amostra representativa de um universo. Sobre opções conceituais na determinação do objeto de pesquisa, cf. PIRES, Álvaro P. Amostragem, cit., p. 173-74. As conclusões obtidas referem-se somente ao recorte descrito e, assim, que não se pretende fazer qualquer tipo de inferência descritiva, estendendo as conclusões obtidas para outro(s) conjunto(s) de decisões. Sobre a técnica de inferência, cf. EPSTEIN, Lee; KING, Lary. Pesquisa empírica, cit., p. 36-42.

versavam sobre o mesmo tema e acrescentar explicações doutrinárias sobre a matéria. Como esperado, a imagem dominante no trabalho é a de *uma constelação de casos*.

Tal afastamento em relação às especificidades de cada decisão permitiu ainda constatar a tendência de adoção da chamada postura particularista do STF em matéria eleitoral, tratada pela doutrina estrangeira sob o viés da *supervisão judicial da democracia*. O tema é instigante e carece de exame teórico mais aprofundado no país, especialmente porque o presente trabalho indica se tratar não de uma mera supervisão, mas uma de verdadeira *tutela* do sistema eleitoral pelo Tribunal.

Foi possível concluir ainda pela inadequação de muitos dos comportamentos analisados, a partir da análise crítica à luz da doutrina, que contribuiu significativamente para a compreensão e descrição da atuação do STF, mesmo que fundadas em premissas conceituais disputáveis. Afinal, é “inegável que toda investigação científica está condicionada por certos pressupostos teóricos, e, por conseguinte, por determinadas opções valorativas, mas isto não impede que, de maneira geral, os fatos possam ser captados em suas relações objetivas”⁸³.

83 REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 28.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do Direito” e o “Direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./fev./mar., 2009.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Vol. 58/2007, p. 129-173.

BASTOS, Celso Ribeiro de. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

BENJAMIN, Herman. O Tribunal Superior Eleitoral e sua relevância institucional. In: NORONHA, João Otávio de; PAE KIM, Richard (orgs). Sistema político e direito eleitoral brasileiros: estudos em homenagem ao Ministro Dias Toffoli. São Paulo: Atlas, 2016, pág. 377-400.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. trad. Hermínio A. Carvalho. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIMOULIS, Dimitri. Além do ativismo e do minimalismo judicial no campo dos direitos fundamentais. Justificação jurídica de decisões e competências. In: José Carlos Francisco (Org.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional**. 1ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 261-277.

_____. Discricionariedade e justificação: reflexões sobre a visão juspositivista da interpretação jurídica. In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, v. 31, 2015, p. 855-866.

EPSTEIN, Lee; KING, Lary. **Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência** (e-book). São Paulo: Direito GV, 2013.

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino; MEZZARROBA, Orides. A Lei da Ficha Limpa – O Cavalinho de Troia do protagonismo do Poder Judiciário. In: **Revista dos Tribunais**. Vol. 974/2016, p. 111 - 128, dez/2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 34ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Democracia, Partidos e Sistema Eleitoral. In: CAGGIANO, Monica Herman S. (coord); MESSA, Ana Flávia; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (orgs). **Direito eleitoral em debate: estudos em homenagem a Cláudio Lembo**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 367-395.

_____. O papel político do judiciário e suas implicações. In: FRANCISCO, José Carlos (coord). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 221-241.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

IGREJA, Rebecca Lemos. O Direito como objeto de estudo empírico: o uso de métodos qualitativos no âmbito da pesquisa empírica em Direito. In: MACHADO, Máira Rocha (Org.).

Pesquisar empiricamente o direito. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 11-37.

KLAFKE, Guilherme Forma. **Os Acórdãos do STF como documentos de pesquisa e suas características distintivas**. FGV Direito SP, Research Paper Series N°. 132, 2015.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 4ª ed., trad. José Lamego. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2005.

MARCHI, Eduardo Cesar Silveira Vita. **Guia de metodologia jurídica: teses, monografias e artigos**. Roma: Edizioni del Grifo, 2001.

NETO, Pedro Marques. **O Supremo Tribunal Federal e a reforma do sistema eleitoral: da judicialização à reforma a conta gotas?** 92 páginas. Monografia. Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. São Paulo, 2014.

PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Marcel. Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la? In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (Coords). **Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 137-173.

PIRES, Álvaro P. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. In: **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. Tradução de Ana Cristina Nasser. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 154 - 211.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **Monografia jurídica: passo a passo**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. O Delineamento do Estatuto dos Partidos Políticos na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 248, 2008, p. 54–72.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Fávila. **Direito Eleitoral**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ROCHA, Humberto José de Rezende. A possibilidade de restabelecimento do financiamento de partidos e campanhas por pessoas jurídicas. **Revista Direito e Atualidades (RDA)**, v. 1, n. 2, abr/jun 2021.

ROTHENBURG, Walter Claudius. As exigências de uma concepção jurídica baseada em princípios. In: José Carlos Francisco (Org.), **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**, Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública**. RDA - Revista de Direito Administrativo. Belo Horizonte, ano 2009, n. 250, jan./abr. 2009.

SILVA, Mariana Ferreira Cardoso da. **O STF como instituição contramajoritária: Uma análise empírica de decisões de Direito Eleitoral.** Escola de Formação SBDP. São Paulo, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **“Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal.** In: Revista Estudos Institucionais, Vol. 1:1, 2015, p. 180-200.

STRECK, Lenio Luiz. **Contra o neoconstitucionalismo. Constituição, Economia e Desenvolvimento:** Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun. p. 9-27.

TAVARES, André Ramos. **A jurisprudência sobre partidos políticos no STF: entre eleições, poder econômico e democracia.** In: NORONHA, João Otávio de; PAE KIM, Richard (orgs). Sistema político e direito eleitoral brasileiros: estudos em homenagem ao Ministro Dias Toffoli. São Paulo: Atlas, 2016, p. 43-74.

YEUNG, Luciana. **Jurimetria ou Análise Quantitativa de Decisões Judiciais.** In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito.** São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 249-274.

ZAVASCKI, Teori. **Financiamento empresarial de partidos políticos: a questão constitucional.** In: NORONHA, João Otávio de; PAE KIM, Richard (orgs). Sistema político e direito eleitoral brasileiros: estudos em homenagem ao Ministro Dias Toffoli. São Paulo: Atlas, 2016, p. 737-757.

A VULNERABILIDADE DOS TITULARES DE DADOS DIANTE DE GRANDES PLATAFORMAS E BIG TECHS: UM PARALELO ENTRE AS VIOLAÇÕES AO GDPR E À LGPD NO QUE TANGE À BASE LEGAL DO CONSENTIMENTO

THE DATA SUBJECTS' VULNERABILITY IN THE FACE OF BIG PLATFORMS AND BIG TECHS: A PARALLEL BETWEEN THE VIOLATIONS OF THE LGPD AND THE RGPD REGARDING THE LEGAL BASIS OF CONSENT

Isabela de Araújo Santos¹

Data de Submissão: 09/03/2022

Data de Aceite: 13/06/2022

Resumo: O artigo se propõe a analisar as facetas da manipulação sub-reptícia utilizadas pelas grandes plataformas e *big techs* para coleta de dados pessoais de seus usuários e consumidores a partir da inobservância das salvaguardas e direitos relativos à base legal do consentimento para tratamento de dados. A partir de estudos documentais e de um paralelo entre a legislação europeia e brasileira, traçando semelhanças e distinções entre o Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu e a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, foi possível averiguar a existência de ilicitudes e abusividades das práticas empregadas pelas grandes empresas de tecnologia, como controladoras, para obtenção de consentimento inválido a fim de tratar os dados pessoais coletados de seus consumidores no papel de titulares. Conclui-se que a vulnerabilidade dos usuários e consumidores de plataformas digitais é alarmante no contexto de uma economia capitalista fomentada por fluxo de dados pessoais, necessitando de urgente tutela e *enforcement* por parte de instituições competentes na defesa de seus direitos e garantias.

Palavras-chave: Consentimento. GDPR. LGPD. Grandes plataformas. *Big techs*.

1 Graduada em Direito pela Universidade de Brasília e estagiária da área de proteção de dados e análise regulatória na Bioni Consultoria. Pesquisadora bolsista do CNPq e pesquisadora voluntária do Grupo Constituição Empresa e Mercado (GECM), da Universidade de Brasília (UnB), e do Núcleo de Direito Concorrencial e Economia Digital (NUCED), da Universidade de São Paulo (USP). E-mail para contato: isabeladearj@gmail.com.

Abstract: The article proposes to analyze the facets of surreptitious manipulation used by big platforms and big techs to collect personal data of their users and consumers through the disregard of safeguards and rights related to the legal basis of consent for data processing. Based on documentary studies and a parallel between European and Brazilian legislation, drawing similarities and distinctions between the European General Data Protection Regulation and the Brazilian General Data Protection Law, it was possible to inquire that there are illicit and abusive practices employed by big technology companies, as controllers, to obtain invalid consent in order to process personal data collected from their consumers in the role of data subjects. It was possible to conclude that the vulnerability of users and consumers of digital platforms is alarming in the context of a capitalist economy fostered by the flow of personal data, requiring urgent protection and enforcement by competent institutions in defense of their rights and guarantees.

Keywords: Consent. GDPR. LGPD. Big platforms. Big techs.

1 - CONTEXTUALIZAÇÃO DE DISSIPACÃO DO LIVRE-ARBÍTRIO DOS TITULARES DE DADOS

Minha ilusão de livre-arbítrio provavelmente vai se desintegrar à medida que eu me deparar, diariamente, com instituições, corporações e agências do governo que compreendem e manipulam o que era, até então, meu inacessível reino interior. (...) Quando a autoridade passa de humanos para algoritmos, não podemos mais ver o mundo como o campo de ação de indivíduos autônomos esforçando-se por fazer as escolhas certas. Em vez disso, vamos perceber o universo inteiro como um fluxo de dados, considerar organismos pouco mais que algoritmos bioquímicos e acreditar que a vocação cósmica da humanidade é criar um sistema universal de processamento de dados — e depois fundir-se a ele.²

O trecho acima transcrito descreve a visão de Yuval Harari sobre um dilema que a sociedade contemporânea enfrenta diariamente: como se adaptar diante de tamanho fluxo de dados e constantes inovações proporcionadas pelo aprimoramento tecnológico, tendo repercussões em diversas searas da vida social, como a área jurídica e, especificamente, as salvaguardas referentes ao direito fundamental à proteção de dados pessoais e ao livre exercício do consentimento, as quais serão o foco deste artigo.

Essa perspectiva coaduna-se com a proposta trazida neste trabalho, na medida em que considera-se que a economia movida por dados mudou consideravelmente as relações sociais, mais notadamente no que concerne às práticas abusivas realizadas por plataformas digitais e *big techs* para coletar os dados pessoais de seus usuários e consumidores, burlando muitas vezes regras e normas asseguradas por leis referentes ao livre exercício do consentimento.

A regulação jurídica do tratamento de dados pessoais está amparada na ideia de que o indivíduo deve usufruir de autodeterminação informacional, ou seja, “deve ter o poder para controlar livremente a revelação e a utilização dos seus dados pessoais na sociedade, preservando, assim, a sua capacidade de livre desenvolvimento de sua personalidade”³.

Logo, para que o indivíduo consiga exercer seu poder de autodeterminação informativa⁴, torna-se necessário um instituto jurídico pelo qual possa expressar sua

2 HARARI, Y. N. **21 Lições para o Século 21**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, pp. 60-68.

3 MENDES, L.S. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**. Linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 60

4 Termo trazido à doutrina brasileira por MENDES, L.S., Op. Cit., 2014.

vontade de autorizar ou não o processamento e tratamento de seus dados pessoais: o consentimento⁵.

Desta feita, primeiramente, serão abordadas as mudanças decorrentes do uso de *Big Data* e de *big analytics* por grandes plataformas e *big techs* a fim de obter o consentimento de seus usuários e consumidores de maneira sub-reptícia. Posteriormente, o artigo se proporrá a expor como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) brasileira e o Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) europeu definem o consentimento válido de titulares de dados, bem como a relevância da autodeterminação informativa para a licitude dessa base legal.

Por fim, será esclarecido como e por que as práticas atuais das grandes plataformas e *big techs* violam as disposições legais trazidas pelo GDPR e pela LGPD, tolhendo a capacidade decisória dos seus usuários e consumidores ao não proporcionar-lhes um consentimento válido dentro dos pré-requisitos estabelecidos pelas legislações. Assim, tornar-se-á demonstrada a vulnerabilidade dos titulares de dados face às essas empresas cujo poderio econômico sem precedentes cria uma possibilidade de manipulação comportamental que interfere diretamente no livre convencimento e na tomada de decisões de seus consumidores.

2 - O PODER DE TOLHER O LIVRE-ARBÍTRIO DE SEUS USUÁRIOS E CONSUMIDORES: COMO AS GRANDES PLATAFORMAS E AS BIG TECHS MANIPULAM A TOMADA DE DECISÕES DE SEUS USUÁRIOS

Em um contexto democrático, no qual estamos formalmente inseridos, a informação passa a ser um alicerce central para o exercício de direitos. Considerando, desta feita, a tecnologia contemporânea pela qual se propaga a informação, podemos notar uma grande importância do adequado fluxo e compartilhamento de dados para a autodeterminação informativa dos indivíduos.⁶

Com o escândalo da Cambridge Analytica, ocasião em que os dados de cerca de 87 milhões de pessoas foram extraídos ilicitamente, foi notado um investimento maciço das plataformas digitais em influenciar e manipular comportamentos por meio da coleta de informações de seus usuários⁷. Isso porque a obtenção de dados pessoais, como novo petróleo da economia contemporânea, tornou-se fundamental como **arma psicológica**, de maneira a fomentar e retroalimentar o capitalismo de vigilância⁸.

5 MENDES, L.S., Op. Cit., 2014.

6 [referência ao(s) autor(es) suprimida]

7 [referência ao(s) autor(es) suprimida]

8 ZUBOFF, S. **The age of surveillance capitalism**. The fight for a human future at the new frontier of power. New York: Public Affairs, 2019.

Esse termo, cunhado por Shoshana Zuboff, descreve uma nova ordem econômica que reivindica a experiência humana como matéria prima, a princípio gratuita, para práticas comerciais dissimuladas de extração, previsão e vendas. Diante disso, surgiu então uma nova lógica econômica parasítica na qual a produção é estreitamente vinculada a uma arquitetura global de influência na modificação comportamental⁹.

Influenciar comportamentos, desta feita, passou a ser o objetivo central das grandes plataformas e das *big techs* dentro do capitalismo de vigilância, visto que a obtenção de dados pessoais, juntamente com sua análise - recorrentemente por meio da utilização de algoritmos -, permite às grandes plataformas digitais um poderio econômico sem precedentes e uma alta manipulação preditiva e captológica comportamental de seus usuários.

A partir das análises algorítmicas, torna-se possível entregar conteúdos personalizados aos usuários, utilizando técnicas de *profiling* e *microtargeting*, de modo a influenciar mais eficientemente suas tomadas de decisões dentro desse modelo capitalista datificado.

Logo, pode-se aferir dessa contextualização que os dados e sua capacidade de processá-los a fim de convertê-los em informações úteis guardam uma relação de interdependência entre si, só fazendo sentido diante um do outro, já que “a geração de valor depende do acesso simultâneo aos dois recursos”, não podendo ser isolados¹⁰.

Frank Pasquale defende que os controladores de dados pessoais não focam em tratar adequadamente os titulares de dados - respeitando suas garantias constitucionais e infraconstitucionais -, mas sim em **maximizar seus lucros**, independentemente das consequências negativas que essa conduta possa trazer àqueles cujos dados foram fornecidos.

Esse fenômeno de investimento em processos algorítmicos de captura, produção e análise de informação é denominado “**economia psíquica dos algoritmos**”¹¹. O investimento se realiza em diversas áreas - tecnocientífica, econômica e social - e em diferentes dispositivos e serviços, a exemplo de redes sociais, aplicativos, serviços de streaming, plataformas de compartilhamento, entre outros; de maneira a modular comportamentos a fim de maximizar a lucratividade empresarial.

9 [referência ao(s) autor(es) suprimida]

10 FRAZÃO, A. **Big Data, Plataformas Digitais e Principais impactos sobre o direito da concorrência**. In: Empresa, Mercado e Tecnologia, 2019, p. 182.

11 [referência ao(s) autor(es) suprimida]

Para compreendermos melhor esse modelo de negócios das plataformas digitais e sua influência nos mercados e conseqüente sobre seus consumidores, insta salientar a sua atuação nas diversas esferas do poder econômico.

A primeira esfera está representada no **poder de conexão** - *gatekeeper power* -, visto que as plataformas digitais põem em contato diversos agentes econômicos, consumidores e até mesmo governos¹², sendo muitas vezes a única opção de interação e intermédio possível entre esses *players*. Tornam-se, portanto, os centros de uma complexa teia de relações empresariais, cujo poder e suas repercussões na proteção de dados pessoais devem ser ponderados a fim de se evitar possíveis ilícitos.

Outra importante dimensão das plataformas é o **poder de alavancagem** (*leveraging power*), uma vez que passam a integrar os mesmos mercados de vários de seus usuários e, desse modo, fazem com que haja a possibilidade de que as plataformas digitais passem a **privilegiar seus próprios interesses em detrimento daqueles dos seus usuários**. Logo, o problema da formação de conglomerados e monopólios ganha uma nova perspectiva com essa esfera de poder, a partir do momento em que há o aumento de poder financeiro e riscos de fechamento de mercado decorrentes de concentração, vulnerabilizando o poder de escolha dos consumidores sobre os produtos e serviços ofertados no mercado.

Ademais, as plataformas detêm também o **poder de extração e exploração** de dados pessoais, já que podem monitorar seus usuários facilmente e associar um grande número de informações úteis sobre eles, obtendo, assim, diversas vantagens econômicas.

Uma outra dimensão importante a ser elucidada é a do **poder de comunicação**, a partir do momento em que se parte da premissa de Herbert Simon de que a riqueza de informação gera uma pobreza de atenção¹³. Dessa maneira, as plataformas digitais podem filtrar as informações e direcioná-las a seus usuários, moldando-as de acordo com o interesse de cada um deles, configurando a dimensão do chamado **poder de influência e de manipulação**.

Essas esferas de poder demonstram, portanto, um **acúmulo de poder econômico** maciço por parte dessas plataformas, de modo a muitas vezes ameaçar a autodeterminação informativa de seus usuários, bem como sua privacidade e o próprio direito à proteção de seus dados pessoais; sendo este, segundo Laura Schertel Mendes, um direito em “sua essência multidimensional, na medida em que busca

12 FRAZÃO, Op. Cit., 2019, p. 184.

13 SIMON, H. **Designing organizations for an information-rich world**. In: GREENBERGER, M. Computers, communications and the public interest. Baltimore: The John Hopkins Press, 1917.

equilibrar os variados interesses de usos e os direitos de proteção, de defesa e de participação do indivíduo nos processos comunicativos”¹⁴.

Além disso, Danilo Doneda expõe claramente o perigo que correm os titulares de dados hoje:

O tratamento de dados pessoais, em particular por processos automatizados, é, ao mesmo tempo, uma atividade que apresenta riscos cada vez mais claros. Risco que se concretiza na possibilidade de exposição e utilização indevida ou abusiva de dados pessoais; na eventualidade de esses dados não serem corretos e representarem erroneamente seu titular; na sua utilização por terceiros sem o conhecimento ou autorização de seu titular; na eventualidade de serem utilizados para fins discriminatórios, somente para citar algumas hipóteses concretas. Daí a necessidade de mecanismos que possibilitem à pessoa deter conhecimento e controle sobre seus próprios dados – que são, no fundo, expressão direta de sua própria personalidade. (...)

Os bancos de dados que contêm dados pessoais, tão comuns em nossos dias, proporcionam uma nova definição dos poderes e direitos sobre as informações pessoais e, conseqüentemente, sobre a própria pessoa. Aumenta o número de sujeitos que podem ter acesso a um conjunto sempre mais detalhado e preciso de informações sobre terceiros, o que faz com que o estatuto jurídico desses dados se torne um dos pontos centrais que vão definir a própria autonomia, identidade e liberdade do cidadão contemporâneo. (...) ¹⁵ - (grifos meus)

Diante do poder de manipulação das plataformas sobre os indivíduos, cabe destacar ainda a afirmação de Tim Wu de que o verdadeiro negócio de muitas delas é influenciar consciências¹⁶, através de seu poder de comunicação, sendo capazes de modificar crenças e opiniões dos mais diversos cunhos: políticos, morais, religiosos e sociais.

As plataformas digitais adquiriram tamanha proporção no capitalismo de vigilância, que muitas delas possuem hoje posição dominante em diversos mercados,

14 MENDES, L.S., Op. Cit., 2014, p. 174.

15 DONEDA, D. **O Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais.** In: MARTINS, G.M.; LONGHI, J. V. R. (Orgs.). *Direito Digital: Direito Privado e Internet.* 2. Ed. São Paulo: Editora Foco, 2019, p. 35-54.

16 WU, T. **The attention merchants: the epic scramble to get inside our heads,** New York; Kopf, 2016.

tornando-se inclusive o próprio mercado¹⁷. Surge daí o receio de uso desse poderio para proteger e fomentar ainda mais seu domínio, mesmo em detrimento dos consumidores – como titulares de dados –, especialmente diante do crescimento das barreiras à entrada nos mercados¹⁸.

2.1 - MÉTODOS DE PERSUASÃO UTILIZADOS POR GRANDES PLATAFORMAS E BIG TECHS PARA COLETA DE DADOS DE SEUS USUÁRIOS

A psicologia comportamental tem mostrado que as pessoas apresentam limitações de racionalidade e influências de emoções e vieses¹⁹ que comprometem drasticamente o livre exercício de seus direitos de liberdade, autodeterminação informativa, privacidade e proteção de dados pessoais, garantidos no ordenamento jurídico europeu e pátrio, corroborados com a vigência do Regulamento Geral de Proteção de Dados e da Lei Geral de Proteção de Dados.

Dentro da economia psíquica dos algoritmos, no campo do *Behavioral Economics*, há duas principais matrizes²⁰ que explanam os métodos de persuasão utilizados por grandes plataformas e *big techs* para coleta de dados de seus usuários: a matriz da predição e a matriz da captura.

A matriz preditiva de detecção de dados pessoais se constitui em métodos de detectar e reconhecer emoções medidas pela precisão do acerto, seja da personalidade do usuário ou consumidor, seja dos aspectos psicológicos e emocionais apresentados momentaneamente²¹.

A predição de comportamentos hoje é baseada principalmente no método da psicometria preditiva de Kosinski, que, por sua vez, se inspirou no modelo do Big Five, cunhado por Lewis Goldberg em 1981. O Big Five, também chamado de Modelo dos Cinco Grande Fatores, se propõe a identificar cinco principais traços

17 THE ECONOMIST. **The new titans.** And how to tame them. 20 jan. 2018. Disponível em: <<https://www.economist.com/leaders/2018/01/18/how-to-tame-the-tech-titans>>. Acesso em: 29 nov. 2020.

18 FRAZÃO, Op. Cit., 2019, p. 187.

19 FRAZÃO, A. **Proteção de dados pessoais e democracia:** a ameaça da manipulação informacional e digital. In: A Lei Geral de Proteção de Dados LGPD. Revista dos Tribunais, 2021, pp. 739-762.

20 BRUNO, F.G.; BENTES, A.C.F.; FALTAY, P. **Economia psíquica dos algoritmos e laboratório de plataforma: mercado, ciência e modulação do comportamento.** Revista FAMECOS, v. 26, n. 3, p. e33095, 27 dez. 2019.

21 [referência ao(s) autor(es) suprimida]

de personalidade por meio de hipótese lexical, empirismo, análise fatorial e universalidade²².

Os cinco fatores trazidos por Goldberg são: abertura, consciencialidade, extroversão, neuroticismo e condescendência. Cada um desses fatores indicaria algum traço personalístico capaz de ser utilizado, a partir do modelo de psicometria de Kosinski, para prever comportamentos dos usuários de *big techs* a partir desse *profiling*, isto é, técnicas de perfilização²³.

O estudo de Kosinski demonstrou²⁴ que, quando combinadas várias características, em especial a extroversão, torna-se possível realizar previsões relativamente precisas em relação à personalidade de cada indivíduo. Analisando, portanto, as informações extraídas das redes sociais, seria possível perfilar esses usuários, dividindo-os automaticamente em diferentes segmentos e adaptando os anúncios a cada um deles, com base em sua personalidade²⁵.

Em outra pesquisa²⁶, Kosinski e sua equipe demonstraram que registros digitais de comportamento facilmente acessíveis, a exemplo dos likes no Facebook, podem ser utilizados para prever de forma automática e precisa uma variedade de atributos e informações pessoais altamente sensíveis, incluindo orientação sexual, etnia, religião, posicionamento político, traços de personalidade, felicidade, inteligência, idade e sexo²⁷.

Desse modo, a capacidade de detecção e algoritmização das expressões faciais por meio de *softwares* possibilitou às grandes plataformas e às *big techs* um enorme poder de influência e predição comportamental humana sobre seus usuários.

Porém o engajamento econômico corporativo não é o único almejado pelas grandes plataformas: o engajamento dos próprios usuários, no sentido de capturar sua atenção pelo máximo de tempo possível, se tornou um dos principais fatores de investimento no segundo tipo de matriz da economia psíquica dos algoritmos, a captológica²⁸.

22 [referência ao(s) autor(es) suprimida]

23 [referência ao(s) autor(es) suprimida]

24 BACHRACH, Y., et. al. **Personality and patterns of Facebook usage**. In Proceedings of the 4th annual ACM web science conference, pp. 24-32, 2012.

25 [referência ao(s) autor(es) suprimida]

26 GRAEPEL, T.; KOSINSKI, M.; STILLWELL, D. **Private traits and attributes are predictable from digital records of human behavior**. PNAS, Washington, DC, v. 110, n. 15, pp. 5802-5805, 2013.

27 [referência ao(s) autor(es) suprimida]

28 [referência ao(s) autor(es) suprimida]

Essa matriz tem como objetivo capturar, mobilizar e direcionar a atenção dos usuários das plataformas digitais, de modo que as tecnologias empregadas tenham efeito persuasivo diretamente sobre os consumidores²⁹.

Ademais, a captologia tem como fundamento a teoria de B.J. Fogg - fundador do Laboratório de Tecnologias Persuasivas em Stanford -, cuja ênfase se deu em pesquisas práticas e teóricas com fins de elucidar uma intersecção entre tecnologias computacionais e persuasão, visando efeitos planejados³⁰.

Desta feita, pode-se identificar uma aproximação da captologia com a Psicologia Behaviorista, afinal ambas analisam como manipular o comportamento humano de modo a obter padrões desejados, prevendo e controlando as ações. Shoshana Zuboff, inclusive, reconhece, em certa medida, que o capitalismo de vigilância cria uma arquitetura behaviorista³¹ propícia à atuação veemente e em ampla escala das *big techs*.

Insta salientar ainda os estudos de Nir Eyal³², no que concerne à ideia de captura e constância da atenção. A teoria de Eyal consiste basicamente em métodos e etapas de alto nível de resultado prático para empreendedores que almejam tornar seus produtos cada vez mais atraentes aos seus consumidores, a partir da criação do “modelo do gancho”, que objetiva estimular a criação de hábitos de consumo³³.

O “modelo do gancho”³⁴ é dividido em quatro etapas: gatilhos - externos e internos -, ação, recompensas variáveis e investimento. Passemos à elucidação de cada uma delas.

A primeira etapa consiste nos chamados “gatilhos”, que seriam estímulos que despertam algum comportamento desejado, comparativamente à teoria behaviorista, poderíamos compará-los com as condicionantes comportamentais. Os gatilhos se subdividem em externos e internos: os primeiros seriam quaisquer fenômenos que chamassem a atenção do usuário ou consumidor à ação - a exemplo de notificações chamativas, normalmente na cor vermelha, nos *smartphones* a fim de “fisgar” o indivíduo para os aplicativos -; e os últimos seriam emoções - em sua maioria ne-

29 [referência ao(s) autor(es) suprimida]

30 FOGG, B.J. **A Behavior Model for Persuasive Design**, Persuasive Technology Lab Stanford University, 2009.

31 ZUBOFF, S. Op. Cit., 2019.

32 EYAL, N.; HOOVER, R. **Hooked: How to Build Habit-Forming Products**, Ed. Portfólio, 2014.

33 [referência ao(s) autor(es) suprimida]

34 EYAL, N.; HOOVER, R. Op. Cit., pp.7-8.

gativas - que impulsionariam os usuários a retornar às redes, como o tédio, a tristeza e até mesmo a raiva³⁵.

A segunda etapa é denominada “ação”, que consiste na análise do comportamento adotado pelos usuários diante dos gatilhos. A ação, para ser efetiva, deve ser fácil e acessível, a fim de que o agir venha como uma atitude automática, um hábito. Além disso, cabe ressaltar que esse hábito criado com fins econômicos favorece o monopólio das *big techs*, afinal essa otimização de tempo e tarefa - se tornando quase um costume, uma regra - dos usuários estimula-os a permanecer nas mesmas plataformas por mais tempo³⁶.

A terceira etapa do modelo do gancho para captura da atenção é chamada de “recompensas variáveis”, que se assemelha muito aos experimentos behavioristas - especialmente aos realizados por B. F. Skinner, ao inserir variabilidade de recompensas por determinado comportamento³⁷. Nessa etapa, portanto, parte-se do pressuposto de que a existência de grande variedade de recompensas aumentaria significativamente o comportamento desejado: a *timeline* das plataformas digitais tornaram-se, em certa medida, variáveis e imprevisíveis³⁸.

Por fim, Eyal sugere que a quarta e última etapa seria o “investimento” das empresas em mais mecanismos de captura da atenção, de maneira a perpetuar e aprimorar gradualmente a matriz captológica da economia da atenção³⁹.

Esse ciclo vicioso e eficiente - sob o prisma econômico - apresentado por Eyal representa um claro déficit na autodeterminação informativa dos indivíduos inseridos nesse sistema vigilante altamente manipulador⁴⁰ dominado por grandes plataformas digitais.

3 - A LEGISLAÇÃO EUROPEIA E BRASILEIRA: O CONSENTIMENTO DOS TITULARES DE DADOS PESSOAIS

A fim de elucidar como as práticas sub-reptícias de obtenção de dados mencionadas vão de encontro com as legislações brasileira e europeia, torna-se de suma

35 [referência ao(s) autor(es) suprimida]

36 [referência ao(s) autor(es) suprimida]

37 ZANATTA, R. A. F.; ABRAMOVAY, R. **Dados, vícios e concorrência: repensando o jogo das economias digitais.** Estudos Avançados, [S. l.], v. 33, n. 96, p. 421-446, 2019. DOI: 10.1590/s0103-4014.2019.3396.0021. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/161303>. Acesso em: 22 jul. 2021.

38 [referência ao(s) autor(es) suprimida]

39 WU, T. Op. Cit., 2016.

40 [referência ao(s) autor(es) suprimida]

relevância entendermos como a questão do consentimento é tratada no Regulamento Geral de Proteção de Dados e na Lei Geral de Proteção de Dados. Isso porque, a partir do momento que forem identificadas as práticas consideradas lícitas relacionadas a essa base legal, será possível traçar um panorama dos abusos praticados pelas grandes plataformas e *big techs* aos seus usuários e consumidores.

No primeiro momento, será examinado o GDPR e suas nuances à respeito da base legal do consentimento, bem como serão mencionadas as *Guidelines* de nº 5 do *European Data Protection Board*, que originaram o entendimento a respeito do consentimento contido no regulamento, para, em seguida, realizarmos uma análise da legislação brasileira. Com isso, a partir de uma perspectiva comparada, será possível identificarmos as diferenças e semelhanças da posição adotada por cada legislação no que tange, especificamente, ao consentimento dos titulares de dados e, com isso, possibilitar um diagnóstico das ilicitudes das condutas das referidas empresas.

3.1 - O REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS EUROPEU

Assim como a Diretiva 95/46 e o Regulamento 2016/679, as *Guidelines* de nº 5 do *European Data Protection Board*, de 4 de maio de 2020, estabelecem um ponto de partida para a análise da noção do consentimento no Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, focando nas mudanças dessa concepção a partir do advento do Artigo 29 do *Working Party Opinion* 15/2011.

Segundo as *Guidelines*, passou a ser obrigação dos controladores de dados a descoberta de novas soluções de operação com observância de parâmetros legais a respeito da proteção de dados pessoais e do interesse dos seus fornecedores.

De acordo com o artigo 6 do GDPR, o consentimento é uma das seis bases legais para o tratamento de dados pessoais:

Artigo 6. Licitude do tratamento

1. O tratamento só é lícito se e na medida em que se verifique pelo menos uma das seguintes situações:

(a) O titular dos dados tiver dado o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas;

(b) O tratamento for necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados;

(c) O tratamento for necessário para o cumprimento de uma obrigação jurídica a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito;

(d) O tratamento for necessário para a defesa de interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular;

- (e) O tratamento for necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento;
- (f) O tratamento for necessário para efeito dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros, exceto se prevalecerem os interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais, em especial se o titular for uma criança.⁴¹ - (grifo meu)

Ademais, o artigo 4 (11) do GDPR define o consentimento como “(...) uma **manifestação livre, específica, informada e explícita**, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento”⁴² - grifos meus.

Desta feita, para que se entenda plenamente como o consentimento deve ser aplicado sob a ótica do GDPR, devemos analisar cada elemento que caracteriza sua validade: a necessidade de ele ser concedido livremente, de ser específico, de ser informado e de ser fornecido explicitamente por ato positivo claro e inequívoco.

41 “*Art. 6 GDPR - Lawfulness of processing*

Processing shall be lawful only if and to the extent that at least one of the following applies:

(a) the data subject has given consent to the processing of his or her personal data for one or more specific purposes;

(b) processing is necessary for the performance of a contract to which the data subject is party or in order to take steps at the request of the data subject prior to entering into a contract;

(c) processing is necessary for compliance with a legal obligation to which the controller is subject;

(d) processing is necessary in order to protect the vital interests of the data subject or of another natural person;

(e) processing is necessary for the performance of a task carried out in the public interest or in the exercise of official authority vested in the controller;

*(f) processing is necessary for the purposes of the legitimate interests pursued by the controller or by a third party, except where such interests are overridden by the interests or fundamental rights and freedoms of the data subject which require protection of personal data, in particular where the data subject is a child.” - Tradução livre: UNIÃO EUROPEIA, Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), **Art. 6: Lawfulness of processing**, 2016a. Disponível em: <<https://gdpr-info.eu/art-6-gdpr/>>. Acesso em: 07 dez. 2020.*

42 UNIÃO EUROPEIA, Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), **Art. 4 (11): Definitions**, 2016b. Disponível em: <<https://gdpr-info.eu/art-4-gdpr/>>, Acesso em: 07 dez. 2020.

3.1.1 – O CONSENTIMENTO LIVRE

O elemento da liberdade, no contexto da proteção de dados, implica a real possibilidade de escolha e de controle do titular sobre seus dados. Logo, se houver qualquer tipo de pressão ou coação para a concessão desse consentimento, sob pena de consequências negativas exageradas, o consentimento não será tido como lícito.

Além disso, é considerada uma relação de desequilíbrio entre o controlador e o titular de dados, principalmente quando esse controlador é uma autoridade pública, em um contexto laboral entre empregado e empregador ou em casos de fornecimentos de produtos e serviços por monopólios empresariais. Nesses casos, pode-se discutir a inadequação do consentimento como base legal a ser utilizada para fundamentar o tratamento de dados pessoais, tendo em conta essa assimetria de poder relacional.

Desse modo, para que o consentimento seja efetivamente livre, não pode estar vinculado a nenhum tipo de empacotamento (*bundling*) com aceitação de termos ou condições, nem a nenhuma amarração (*tying*) com previsões contratuais ou serviços que não sejam necessários para a plena eficácia contratual. Ou seja, as bases legais do consentimento e do contrato não podem, de maneira alguma, serem confundidas, pois isso limitaria a liberdade de escolha dos titulares de dados.

Logo, é necessária uma vinculação objetiva entre o processamento de dados e o propósito de execução do contrato. Um exemplo em que não há respeito a essa conexão de finalidade contratual seria a situação hipotética de um aplicativo de edição de foto requer, ao seu usuário ou à sua usuária, o acesso a sua geolocalização, sem dar a opção a esses usuários de não consentir com esse fornecimento de informação para usufruir de seu serviço. Considerando que a geolocalização não é um serviço necessário para a edição de fotos – finalidade a que o aplicativo se propõe –, torna-se ilícito o consentimento dado pelos usuários, a partir do momento em que se constata que o consentimento não foi fornecido livremente⁴³.

Outrossim, insta salientar que, quando um serviço envolve múltiplos processamentos de dados para mais de um fim, há a necessidade de que o titular e eventual fornecedor dos dados possa escolher quais dados ele permite serem processados, em vez de terem de consentir por todo um pacote de dados para diversos propósitos. O consentimento deve ser dado para cada um deles, devendo haver, portanto, granularidade.

43 UNIÃO EUROPEIA. **Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679**, Adopted on 4 May 2020. Disponível em: <https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-052020-consent-under-regulation-2016679_pt>, Acesso em: 7 dez. 2020.

Um caso que exemplifica claramente uma situação não granular de consentimento é a situação em que uma loja pede o consentimento dos seus clientes cadastrados para fornecer dados a fim de enviar-lhes, por e-mail, as ofertas do mês e, concomitantemente, para divulgar esses mesmos dados com outras lojas do mesmo grupo empresarial para finalidades de *marketing*. Considerando que, nessa situação, não houve separação de autorizações para cada finalidade, não houve granularidade no requerimento do consentimento.

Ademais, cabe destacar ainda que, para que o consentimento seja livre, há a necessidade de o controlador de dados demonstrar que o titular pode recusar ou retirar o consentimento sem detrimento algum, ou seja, sem nenhum custo ou desvantagem. Algumas situações que podem configurar detrimento são: intimidação, coerção ou qualquer outro tipo de consequência negativa para o titular e eventual fornecedor dos dados.

3.1.2 – O CONSENTIMENTO ESPECÍFICO

Além de livre, o consentimento válido deve ser específico e, para que isso ocorra, a noção de granularidade tem suma relevância novamente: o controlador deve separar informações a fim de determinar especificamente os propósitos para os quais pretende tratar aqueles dados.

Essa exigência de especificidade do uso dos dados coletados tem como objetivo evitar a ocorrência do fenômeno denominado de *function creep*, isto é, quando nossos dados são usados para um fim diferente daquele originalmente justificado. Isso faz com que os controladores que desejem obter consentimento de coleta de dados para vários diferentes propósitos devam proporcionar aos titulares opções *opt-in* separadas para cada um desses fins aos quais serão destinados esses dados.

Por fim, já que os controladores devem fornecer informações específicas sobre a finalidade do tratamento dos dados, isso já indica também para a necessidade de que o consentimento seja informado, como outro pressuposto de sua validade.

3.1.3 – O CONSENTIMENTO INFORMADO

Para que se configure o consentimento informado, o GDPR elenca, em seu artigo 20 o conjunto mínimo de informações necessárias a serem passadas ao fornecedor de dados, sendo elas⁴⁴: i) a identidade do controlador; ii) o propósito de cada operação de processamento; iii) que tipo de dados serão coletados e usados;

44 UNIÃO EUROPEIA, Op. Cit., 2016a.

iv) a existência do direito de retirada do consentimento; v) informações relativas a decisões automatizadas; e vi) possíveis riscos concernentes à transferência de dados.

Portanto, pode-se constatar que o GDPR não prescreve a forma pela qual as informações mínimas devem ser veiculadas, de modo que a informação sobre o consentimento pode ser alcançada de diversas maneiras, como, por exemplo, por declarações escritas ou orais, por mensagens de vídeos ou por áudios.

Todavia, independentemente da forma veiculada, essa informação deve apresentar uma linguagem clara e compreensível para todas as pessoas. E, se por um acaso, esse controlador visa a obter consentimento de titulares que são responsáveis por crianças, pessoas analfabetas, ou portadoras de deficiências auditivas e/ou visuais, por exemplo, ele deve adequar a linguagem da informação veiculada para que seja compreensível para o respectivo público.

3.1.4 – O CONSENTIMENTO EXPLÍCITO POR ATO POSITIVO CLARO E INEQUÍVOCO

O consentimento ainda requer um ato positivo claro e inequívoco que não demonstre, de modo algum, ambiguidade. Isso significa que o fornecedor deve ter consentido por meio de uma ação afirmativa, que pode ter sido obtida por diversos meios - escritos, orais, inclusive eletrônicos.

Logo, o silêncio ou a mera falta de manifestação do titular de dados não podem ser considerados formas de obtenção do consentimento. Contudo, os controladores ainda têm a liberdade de obter o consentimento por meios alternativos, a exemplo de movimentos físicos dos titulares, desde que estes sejam qualificados como atos afirmativos.

Um possível exemplo de manifestação de consentimento por movimento físico é ilustrado na situação em que, em um aplicativo de *delivery*, como iFood e Uber Eats, para permitir o acesso à geolocalização, o usuário ou a usuária tenha que clicar o dedo sobre a tela do aparelho móvel para fornecer esse consentimento de maneira explícita.

Contudo, de maneira a obter o consentimento explícito propriamente dito, é necessária a configuração de situações em que há claro risco de falha na proteção de dados dos titulares. As *Guidelines* de nº 5 elencam duas hipóteses mais usuais: na transferência internacional de dados e na automatização de decisões, incluindo casos de *profiling*.

Logo, o termo “explícito” refere-se ao modo como o titular expressou seu consentimento: ele deve explicitá-lo normalmente por meio de uma declaração escrita para que seja evitada potencial dúvida futura quanto à validade daquele con-

sentimento. Porém, é fato que hoje temos outros meios de obtê-lo, a exemplo de preenchimento de formulário online, envio de e-mail, escaneamento de documento assinado ou assinando-o eletronicamente.

3.2 - A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS BRASILEIRA

O consentimento na Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira é interpretado de maneira semelhante ao do Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu, embora possua suas particularidades, a serem elucidadas nesta seção.

Em seu artigo 5º, inciso XII, a LGPD define o consentimento como uma “**manifestação livre, informada e inequívoca** pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”⁴⁵. Assim, o consentimento pode ser considerado, em certa medida, um processo de tomada de decisão do titular de dados.

Em adição, em seu artigo 7º, o consentimento é elencado como uma das dez bases legais para o tratamento de dados:

CAPÍTULO II

DO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

Seção I

Dos Requisitos para o Tratamento de Dados Pessoais

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular; (...) ⁴⁶

Ademais, a LGPD, em seu artigo 8º, estabelece que o consentimento deverá ser fornecido por escrito ou por qualquer outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular; e, caso seja fornecido por escrito, deverá constar de cláusula destacada das demais cláusulas contratuais.

A legislação brasileira, assim como a europeia, estabelece que cabe ao controlador de dados o ônus da prova de que o consentimento foi obtido dentro dos limites legais. Outra semelhança com o GDPR seria a de que o consentimento pode ser revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado, ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação.

45 BRASIL, **Lei nº 13.709, de 14 ago. 2018**, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em 07 dez. 2020.

46 BRASIL, Op. Cit., 2018.

Outrossim, a LGPD declara vedado o tratamento de dados pessoais mediante **vício de consentimento**, além de considerar que o consentimento deve referir-se a finalidades determinadas, sendo tidas como nulas as autorizações genéricas para o tratamento de dados.

O artigo 9º da LGPD, ademais, enuncia o direito que o titular de dados tem ao **acesso facilitado** às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de **forma clara, adequada e ostensiva** para atendimento do princípio do livre acesso.

Dentre as informações sobre o tratamento dos dados, estão inclusas⁴⁷: i) finalidade específica do tratamento; ii) forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial; iii) identificação do controlador; iv) informações de contato do controlador; v) informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade; vi) responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento; e vii) direitos do titular, com menção explícita aos direitos contidos no art. 18 da LGPD.

Insta salientar ainda que, no §1º do art. 9º, é estabelecido que, caso as informações fornecidas ao titular, quando o consentimento for requerido, tenham conteúdo abusivo ou enganoso ou não tenham sido previamente apresentadas com transparência, de forma clara e inequívoca, o consentimento será considerado nulo.

No caso brasileiro, desta feita, cabe à Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) garantir a autodeterminação informativa dos cidadãos, de modo a promover na população o conhecimento das normas e das políticas públicas sobre proteção de dados pessoais. Além disso, a ANPD torna-se responsável por estimular a adoção de uma padronização de conduta por parte dos fornecedores de serviços e produtos que facilitem o exercício de controle dos titulares sobre seus dados e, conseqüentemente, faça haver a observância de um consentimento livre, informado, inequívoco e expresso - como bem preceitua a LGPD.

4 - CONSIDERAÇÕES FINAIS: PRÁTICAS ABUSIVAS PARA OBTENÇÃO DE CONSENTIMENTO INVÁLIDO DOS USUÁRIOS E CONSUMIDORES

A partir do momento que as grandes plataformas e as *big techs* se utilizam de técnicas manipulatórias que cerceiam a capacidade de decisão de seus usuários e consumidores, torna-se evidente a invalidade do consentimento para o tratamento de dados concedido por esses titulares às referidas empresas.

Isso porque, tendo em vista os pré-requisitos apresentados tanto pelo GDPR, quanto pela LGPD, relativos à validade do consentimento: manifestação livre, es-

47 BRASIL, Op. Cit., 2018.

pecífica, informada e explícita - nos termos da primeira legislação - e manifestação livre, informada e inequívoca - de acordo com a segunda -, pode-se constatar uma clara violação à autodeterminação informativa que capacitaria os titulares a consentir licitamente com relação ao tratamento de seus dados.

Cabe ressaltar que muitos usuários de aplicativos, sites e plataformas digitais nem ao menos leem os termos de política de privacidade e de uso dos respectivos controladores e, quando o fazem, acabam por não entender a linguagem técnica desses termos. “Mais do que isso, caso o usuário não concorde com os termos apresentados, é comum que sua única opção seja não desfrutar de importantes produtos e serviços online. Entretanto, assim fazendo, acaba enfrentando elevados custos sociais (...)”⁴⁸.

Além de os usuários e consumidores não poderem contar com a clareza dos contratos - um tanto quanto uma imposição unilateral como barganha para usufruto de produtos e serviços - não é garantida a devida transparência por parte dos controladores, na figura de grandes plataformas e *big techs*, de maneira a terem resguardados seus direitos e garantias como titulares de dados pessoais.

“Por isso, a disciplina do consentimento não deve ser tratada sob viés negocial, mas sim a partir do poder de autodeterminação e a consideração dos direitos fundamentais em questão.”⁴⁹. Logo, pode-se inferir que nada adianta uma base legal prevista em lei se não há de fato um livre fluxo informacional e uma real autonomia dos titulares de dados pessoais.

Portanto, há uma evidente vulnerabilidade dos titulares de dados pessoais face às grandes plataformas e *big techs*, visto seu poderio econômico, manipulativo - preditivo e captológico -, bem como sua capacidade de dominância de mercado e poder de algoritmização e extração de dados. Não há hoje uma proteção efetiva a vícios de consentimento, mas sim um estímulo a driblar a autodeterminação informativa dos consumidores, de modo que práticas sub-reptícias de coleta de dados tornam-se cada vez mais frequentes pelas grandes companhias de tecnologia.

Cabem às Autoridades Nacionais de Proteção de Dados e às agências reguladoras e comissões responsáveis pela defesa do consumidor - no Brasil, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e a Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon); e, na Europa, o *European Data Protection Board* e a *European Commission*

48 MENDES, L.S.; FONSECA; G.C.S. da. **Proteção de Dados Para Além do Consentimento: Tendências de Materialização**. In: BIONI, B.R.; et. al. (org.). Tratado de proteção de dados pessoais. São Paulo: Gen-Forense, 2020, p. 352.

49 TEPEDINO, G; FRAZÃO, A; OLIVA, M.D. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 48.

- zelarem pela observância e *enforcement* da coleta lícita do consentimento válido para o tratamento de dados dos titulares, no papel de usuários e consumidores de grandes plataformas e *big techs* dentro do contexto de um capitalismo de vigilância datificado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BACHRACH, Y., et. al. **Personality and patterns of Facebook usage**. In Proceedings of the 4th annual ACM web science conference, pp. 24-32, 2012.
- BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 ago. 2018**, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em 07 dez. 2020.
- BRUNO, F.G.; BENTES, A.C.F.; FALTAY, P. **Economia psíquica dos algoritmos e laboratório de plataforma: mercado, ciência e modulação do comportamento**. Revista FAMECOS, v. 26, n. 3, p. e33095, 27 dez. 2019.
- DONEDA, D. **O Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais**. In: MARTINS, G.M.; LONGHI, J. V. R. (Orgs.). *Direito Digital: Direito Privado e Internet*. 2. Ed. São Paulo: Editora Foco, 2019, p. 35-54.
- EYAL, N.; HOOVER, R. **Hooked: How to Build Habit-Forming Products**, Ed. Portfólio, 2014.
- FRAZÃO, A. **Big Data, Plataformas Digitais e Principais impactos sobre o direito da concorrência**. In: *Empresa, Mercado e Tecnologia*, 2019, p. 182.
- _____, A. **Proteção de dados pessoais e democracia: a ameaça da manipulação informacional e digital**. In: *A Lei Geral de Proteção de Dados LGPD*. Revista dos Tribunais, 2021, pp. 739-762.
- FOGG, B.J. **A Behavior Model for Persuasive Design**, Persuasive Technology Lab Stanford University, 2009.
- GRAEPEL, T.; KOSINSKI, M.; STILLWELL, D. **Private traits and attributes are predictable from digital records of human behavior**. PNAS, Washington, DC, v. 110, n. 15, pp. 5802-5805, 2013.
- HARARI, Y.N. **21 Lições para o Século 21**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- MENDES, L.S. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**. Linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.
- _____, L.S.; FONSECA; G.C.S. da. **Proteção de Dados Para Além do Consentimento: Tendências de Materialização**. In: BIONI, B.R.; et. al. (org.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. São Paulo: Gen-Forense, 2020.
- [referência ao(s) autor(es) suprimida]
- SIMON, H. **Designing organizations for an information-rich world**. In: GREENBERGER, M. *Computers, communications and the public interest*. Baltimore: The John Hopkins Press, 1917
- TEPEDINO, G; FRAZÃO, A; OLIVA, M.D. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

THE ECONOMIST. **The new titans.** And how to tame them. 20 jan. 2018. Disponível em: <<https://www.economist.com/leaders/2018/01/18/how-to-tame-the-tech-titans>>. Acesso em: 29 nov. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. **Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679**, Adopted on 4 May 2020. Disponível em: <https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-052020-consent-under-regulation-2016679_pt>, Acesso em: 7 dez. 2020.

UNIÃO EUROPEIA, Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), **Art. 6: Lawfulness of processing**, 2016a. Disponível em: <<https://gdpr-info.eu/art-6-gdpr/>>. Acesso em: 07 dez. 2020.

UNIÃO EUROPEIA, Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), **Art. 4 (11): Definitions**, 2016b. Disponível em: <<https://gdpr-info.eu/art-4-gdpr/>>, Acesso em: 07 dez. 2020.

WU, T. **The attention merchants:** the epic scramble to get inside our heads, New York; Kopf, 2016.

ZANATTA, R. A. F.; ABRAMOVAY, R. **Dados, vícios e concorrência:** repensando o jogo das economias digitais. Estudos Avançados, [S. l.], v. 33, n. 96, p. 421-446, 2019. DOI: 10.1590/s0103-4014.2019.3396.0021. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/161303>. Acesso em: 22 jul. 2021.

ZUBOFF, S. **The age of surveillance capitalism.** The fight for a human future at the new frontier of power. New York: Public Affairs, 2019.

NOTA:

O presente trabalho foi realizado com o benefício financeiro do CNPq em projeto de iniciação científica (ProIC), sob orientação do Professor Doutor Othon de Azevedo Lopes; incentivo da mesma instituição em outro ProIC, sob orientação da Professora Doutora Ana Frazão; e apoio do Observatório da LGPD, grupo de pesquisa da Universidade de Brasília ministrado pela Professora Doutora Laura Schertel Mendes. Meus sinceros agradecimentos.

AS SANÇÕES SOCIAIS DE NORBERTO BOBBIO NO CONTEXTO DA PANDEMIA DO COVID-19: UMA ANÁLISE DO CENÁRIO ESPORTIVO MUNDIAL

NORBERTO BOBBIO'S SOCIAL SANCTIONS IN THE CONTEXT OF THE COVID-19 PANDEMIC: AN ANALYSIS OF THE WORLD SPORTS SCENARIO

João Marcos de Carvalho Pedra¹

Data de Submissão: 28/03/2022

Data de Aceite: 30/06/2022

Resumo: O cenário da Pandemia do COVID-19 trouxe uma série de mudanças, especialmente jurídicas, econômicas e sociais. O presente artigo visa analisar o impacto causado no cenário desportivo em razão da COVID-19, em especial quanto às consequências sociais em face daqueles que optaram por não se vacinar. O objetivo central do trabalho é analisar de que forma os atletas e os torcedores que não se vacinaram sofreram as sanções sociais levantadas por Norberto Bobbio em sua doutrina. A metodologia aplicada corresponde ao método indutivo, realizando uma análise social do cenário do basquete americano e dos Grand Slams de tênis, e a partir dessa conjuntura foi possível observar quais foram as medidas impostas aos atletas e torcedores que optaram por não se vacinar. Esse cenário proporcionou a oportunidade de se observar na prática a aplicação de sanções sociais trazidas na doutrina de Norberto Bobbio — com um destaque ao isolamento e à exclusão social dos indivíduos que optaram por não se vacinar.

Palavras-Chave: Filosofia. COVID-19. Norberto Bobbio. Sanções Sociais.

Abstract: The scenario of the COVID-19 Pandemic has brought a series of changes, especially legal, economic and social. This article aims to analyze the impact caused in the sports scenario due to COVID-19, especially regarding the social consequences in the face of those who chose not to be vaccinated. The main objective of the work is to analyze how athletes and fans who were

1 Advogado inscrito na OAB/DF, bacharel em direito pelo IDP/EDAP-DF. Coordenador e apresentador do podcast Juricast. E-mail para contato: jmcpedra@gmail.com.

not vaccinated suffered the social sanctions raised by Norberto Bobbio in his doctrine. The methodology applied corresponds to the inductive method, performing a social analysis of the scenario of American basketball and tennis Grand Slams, and from this juncture it was possible to observe what measures were imposed on athletes and fans who chose not to be vaccinated. This scenario provided the opportunity to observe in practice the application of social sanctions introduced in Norberto Bobbio's doctrine — with an emphasis on the isolation and social exclusion of individuals who chose not to be vaccinated.

Keywords: Philosophy. COVID-19. Norberto Bobbio. Social Sanctions.

INTRODUÇÃO

A Pandemia da COVID-19, indubitavelmente, será um marco na história mundial. Não somente por conta das inúmeras mortes causadas pela doença desde o final de 2019, mas também em razão dos impactos econômicos, políticos e sociais que ocorreram nesse período, em especial causados pelas medidas de combate à doença. Em decorrência dessas mudanças, um dos objetos que merecem ser analisados tange acerca das medidas impostas pela sociedade, seus membros e entes públicos como forma de incentivar a vacinação da população, sob pena de exclusão daqueles que se opuserem de forma gradual do convívio social.

O presente trabalho busca desenvolver uma investigação acerca do que são as sanções sociais trazidas pela doutrina de Norberto Bobbio e de que forma foram aplicadas no cenário dos esportes profissionais no mundo durante a Pandemia da COVID-19. Para efetuar esse estudo, será realizada uma análise da literatura contemporânea e clássica acerca da eficácia das normas e das formas de sanções, baseando-se especialmente na doutrina de Bobbio. Para além disso, será abordado de que forma a condição humana exige a existência de um Estado regulador das relações sociais e criador de um padrão comportamental. Com base nisso, o objetivo central deste trabalho é responder de que forma as sanções sociais relacionadas à vacinação foram aplicadas no cenário desportivo no contexto da Pandemia da COVID-19.

A área de interesse escolhida perpassa o estudo da teoria geral do Estado, do direito constitucional e da sociologia como instituto do direito, contendo íntima relação com os direitos e garantias individuais previstos no art. 5º da Constituição Federal. Com base nesse contexto, foi realizada uma análise social do cenário do basquete americano e dos *Grand Slams* de tênis, e a partir dessa conjuntura foi possível observar quais foram as medidas impostas aos atletas e torcedores que optaram por não se vacinar.

Por fim, concluiu-se que não somente os membros dos grupos sociais de tais esportes optaram por se opor ao convívio com aqueles que não se vacinaram, mas também as próprias organizações desportivas e o Poder Público dos locais de competições. Esse cenário proporcionou a oportunidade de se observar na prática a aplicação de sanções sociais trazidas na doutrina de Norberto Bobbio — com um destaque ao isolamento e à exclusão social dos indivíduos que optaram por não se vacinar.

1. O DIREITO, A SOCIEDADE E AS SANÇÕES SOCIAIS

Inicialmente, para realizar a análise acerca das formas de sanções existentes em determinado ordenamento jurídico, se mostra extremamente importante entender a gênese da concepção do direito como elemento essencial para se constituir qualquer sociedade. Essa análise tem sido feita desde a antiguidade, por Aristóteles, e vem sendo debatida até à contemporaneidade, como fez Norberto Bobbio. Compreendendo de que forma os institutos do direito e da sociedade interagem entre si, é possível se analisar de que forma as sanções sociais operam e sua respectiva eficácia.

1.1 - A CONCEPÇÃO DO DIREITO COMO ELEMENTO ESSENCIAL DA SOCIEDADE

Quando se fala em sociedade, involuntariamente tratamos do direito enquanto norma regente daquele coletivo, cuja finalidade principal consiste na padronização comportamental. Ainda que se convençione que uma sociedade não irá dispor de ordenamento, essa por si só já é uma norma que embasa o contrato social dessa sociedade hipotética.

O regramento social instituído através do ordenamento jurídico tende a acompanhar os avanços sociais desde o surgimento da figura primitiva da sociedade. Assim, em uma análise ampla, é possível observar que as sociedades tendem a alcançar um grau de complexidade, a ponto de surgir uma dicotomia entre o direito natural — decorrente das leis da própria natureza —, independentemente de seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico, e o direito posto — decorrente da atividade social — que pode emanar do povo ou ser ditado pelo soberano. Essa realidade enseja, involuntariamente, a estipulação de normas que mitiguem tal dicotomia, a fim de se garantir uma pacificação do convívio social por meio da padronização comportamental.

Por sua vez, inúmeros filósofos e juristas trabalharam esse fenômeno, levantando teorias sobre a criação do ordenamento jurídico e do contrato social. Aristóteles, precursor da teoria naturalista, já mencionava a existência de um caráter político na essência humana, o que involuntariamente alinha-se a ideia de existência de um ordenamento jurídico em qualquer sociedade:

É evidente, pois, que a cidade faz parte das coisas da natureza, que o homem é naturalmente um animal político, destinado a viver em sociedade, e que aquele que, por instinto, e não porque qualquer circunstância o inibe, deixa de fazer parte de uma cidade, é um ser vil ou superior ao homem. Tal indivíduo merece, como disse Homero, a censura cruel de

ser um sem família, sem leis, sem lar. Porque ele é ávido de combates, e como as aves de rapina, incapaz de se submeter a qualquer obediência.²

Como o filósofo cita, aquele que pretende viver sem leis, família e lar está fadado a não viver em sociedade. Ou seja, a sociedade, na condição de coletividade de indivíduos intrinsecamente políticos, dispõe de uma necessidade de estabelecer leis e ordenamentos coletivos para a existência de uma vida social pacífica.

Essa visão da sociedade como um fato natural, produto de um ímpeto associativo aliado à cooperação da vontade humana, é também levantada por outros autores, como Cícero, São Tomás de Aquino e Ranelletti³. A compreensão do ser humano como uma figura social e política traz não somente os benefícios de se viver em sociedade, mas também os ônus desse vínculo associativo, dentre eles a pactuação de um contrato social a ser seguido.

As teses levantadas por Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau acerca do contratualismo não podem estar de fora do presente estudo. Em momento pré-contratual, no estado de natureza do indivíduo, proposto por Hobbes no século XVII, os indivíduos vivem de forma individual e isolados, estando em luta permanente, vigorando a guerra de todos contra todos ou “o homem lobo do homem”. A partir da transformação de uma coletividade de indivíduos em uma sociedade, dando fim a essa guerra cíclica, os humanos tendem a deixar sua liberdade e seu individualismo de lado e passam a compor a sociedade civil, isto é, ao Estado Civil, criando o poder político e o ordenamento jurídico.⁴

Quando Rousseau tratou sobre a sua concepção de contratualismo, em meados do século XVIII, trouxe a figura do estado de natureza como o indivíduo bom selvagem inocente. Essa condição somente se encerra a partir do momento em que os obstáculos prejudiciais à conservação humana no estado natural a torna inviável. Esse cenário é exposto em sua obra clássica “Do Contrato Social”:

Eu imagino os homens chegando ao ponto em que os obstáculos, prejudiciais à sua conservação no estado natural, os arrastam por sua resistência, sobre as forças que podem ser empregadas por cada indivíduo a fim de se manter em tal estado. Então, esse estado primitivo não tem

2 ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 13.

3 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 7-15.

4 HOBBS, Thomas. **Leviatã ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. 4ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 74.

mais condições de subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse a sua maneira de ser.⁵

Para Hobbes, o contrato social se dá na transição do fim do estado de natureza agressiva, abrindo mão da força para se conviver em sociedade. Já para Rousseau, esse fato ocorre a partir da limitação de se sobreviver no estado natural e uma possibilidade da raça humana perecer, caso não busque a socialização. Dessa forma, ainda que haja uma distinção entre o momento pré-contratual pelos dois autores, um consenso majoritário que se observa corresponde à necessidade de se existir paralelamente a uma sociedade civil um ordenamento jurídico, cuja gênese se dá no momento de formação do contrato social. Esse, por sua vez, ocorre a partir do momento em que os indivíduos abrem mão de seu individualismo e partem para um novo cenário de vida, que engloba a existência de liberdades individuais e coletivas, assim como a limitação de seus direitos e garantias.

Passando para uma análise contemporânea, utilizando-se como exemplo o ordenamento brasileiro, temos a Constituição Federal como a lei zero, ou seja, aquela que deve ser seguida pelos demais atos normativos, sob pena de serem declarados inconstitucionais. O texto do artigo 5º do texto constitucional demonstra claramente como a legislação é utilizada como norte das relações jurídicas, quando menciona que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei⁶. Ou seja, o ato de se viver na sociedade brasileira, por exemplo, constitui uma renúncia ao exercício de determinadas liberdades individuais em troca de uma vida coletiva, devendo seguir o padrão comportamental adotado pela legislação e pelos costumes sociais.

Entende-se, portanto, que o contrato social se traduz em normas gerais para se constituir uma sociedade, tendo os indivíduos plena liberdade para contratar entre si. Essas normas, aceitas pelos membros pertencentes a uma sociedade, ainda que com chances de mutabilidade futura, se tornam basilares para uma convivência social.

Na acepção do jurista Eros Grau, que também ocupou o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, o direito posto está intrinsecamente ligado às características da sociedade a qual está vinculado, mas não deve ser levado como norma absoluta:

5 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Ricardo Marcelino Palo Rodrigues. São Paulo: Hunterbooks, 2014, p. 29-30

6 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 13 mar. 2022.

Fundamento do direito posto na sociedade que historicamente pressupõe, o que leva a tratar não de um direito absoluto mas de um direito de uma determinada sociedade (o direito não existe; existe os direitos), aquela sociedade na qual ele está inserido. No direito pressuposto encontramos os princípios (jurídicos) dessa determinada sociedade.⁷

Tal ideia se coaduna com a possibilidade de mutabilidade do contrato social. Ou seja, os padrões sociais são essenciais para aplicação e eficácia das normas jurídicas, em especial para sua constituição. A partir dessa ideia de Grau, podemos extrair duas conclusões principais: o direito não se apresenta como um instituto absoluto, único e imutável, e os princípios fazem parte da historicidade dialética de cada sociedade.

Dessa maneira, entende-se que a sociedade civil detém a participação não só na coletividade estatal, mas também de outros grupos sociais, como família, igreja e associações. Assim como a concepção estatal, esse pertencimento a outros conglomerados de indivíduos também enseja a necessidade de se estabelecer regras de conduta, a fim de se manter a paz social e mitigar conflitos. Norberto Bobbio demonstra de forma clara esse fato social:

Todo indivíduo pertence a diversos grupos sociais: à Igreja, ao Estado, à família, às associações que têm fins econômicos, culturais, políticos ou simplesmente recreativos. Cada uma destas associações se constitui e se desenvolve através de um conjunto ordenado de regras de conduta. Cada indivíduo, ademais, separado da sociedade a que pertence, formula para a direção da própria vida programas individuais de ação: também estes programas são conjuntos de regras. Cada grupo humano, cada indivíduo singular, enquanto estipula objetivos a atingir, estipula também os meios mais adequados, ou aqueles que julga mais adequados para atingi-los. A relação meio/fim dá, geralmente, origem a regras de conduta do tipo: “Se você quer atingir o objetivo A, deve praticar a ação B”.⁸

Ou seja, segundo a ideia de Aristóteles e Bobbio, temos o homem, enquanto ser humano, imbuído por sua característica intrínseca de ser político, destinado a viver em sociedade, se submetendo a um controle coletivo de conduta em prol da pacificação do convívio social. Todavia, esse controle não é feito somente pelo Es-

7 GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 43-44.

8 BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: Edipro, 2005, p. 26.

tado, como o leviatã detentor da força, mas também de forma descentralizada por outros grupos sociais de menor escala.

Para além disso, Bobbio também se debruça sobre a doutrina de Marx e Engels e de Lenin, em especial acerca da possibilidade do fim da figura do Estado na sociedade civil. Uma consideração trazida em sua obra “O Conceito de Sociedade Civil” consiste na ausência de viabilidade de uma sociedade civil sem normas jurídicas. Ainda que aplicadas as doutrinas que pregam o fim do Estado, a necessidade de uma “sociedade regrada” é essencial. Ou seja, é necessário que não haja um antagonismo de classes, conforme os Marx e Engels levantavam como fundamento principal de sua doutrina.⁹

Com base nessa análise, é possível se observar que a existência de uma sociedade condiciona a existência de um ordenamento jurídico, independentemente do seu grau de complexidade. Todavia, a existência de um contrato social que determina um padrão de comportamento a ser seguido pela sociedade não necessariamente é observado e posto em prática. Desse modo, uma das formas de se coibir a prática de atos que violam o ordenamento jurídico existente condiz na criação e aplicações de sanções direcionadas àqueles que violam as normas existentes, dentre elas as sanções sociais — objeto de estudo do presente trabalho.

1.2 - AS SANÇÕES SOCIAIS

A existência de um ordenamento jurídico pressupõe, paralelamente, a existência de medidas coercitivas para cumprimento do padrão comportamental pré estabelecido. Essa realidade é apresentada por Bobbio quando indica que “Uma norma prescreve o que deve ser. Mas aquilo que deve ser não corresponde sempre ao que é. Se a ação real não corresponde à ação prescrita, afirma-se que a norma foi violada”.¹⁰ Mais adiante o autor complementa sua concepção acerca da necessidade de existência de um sistema sancionador, quando afirma que “a sanção pressupõe a violação da norma. Entra em jogo só quando é verificada uma violação. Podemos partir da hipótese de um ordenamento normativo que nunca seja violado, e consequentemente não tenha necessidade de recorrer à sanção”.¹¹

A possibilidade de violação do Direito consiste no exercício de uma liberdade individual, cabendo a cada membro da sociedade arcar com o ônus das sanções impostas àquele que praticar um ato considerado ilícito. Dessa forma, entende-se

9 BOBBIO, Norberto. **O Conceito de Sociedade Civil**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1982, p. 50-53.

10 BOBBIO, 2005, p. 152.

11 *Ibid.*, p. 154.

que a sanção se caracteriza como gênero, do qual se deriva a espécie coação, que é uma sanção de ordem física.¹²

A utilização da força como instrumento de pacificação ocorre desde os primórdios da civilização humana, sendo que neste período a utilização da força era a principal forma de sanção:

Nos primórdios da civilização humana não existiam meios eficazes de proteção ao direito, senão a chamada “*manus injectio*”, ou seja, o emprego da força para garantir a proteção de um interesse ou direito. Existia, pois, a figura da autotutela, em que cada um defendia à força a sua pretensão. A insegurança era muito grande, pois bastava ser menos forte para se sentir ameaçado na perda do seu bem da vida.¹³

Posteriormente, a figura do Estado foi se aprimorando, juntamente com o ordenamento jurídico, o que levou a um desenvolvimento das formas de sanção. Não somente a força física e as punições corporais eram utilizadas, mas também as restrições da liberdade e de direitos.

Como levantado por Foucault, em sua obra clássica “Vigiar e Punir”, para a realização das operações corretivas, o poder disciplinar se vale das técnicas de vigilância (vigiar) e da sanção normalizadora (punir).¹⁴ Para isso, o Estado tende a usar o cerceamento de direitos e de liberdade a fim de garantir o cumprimento dos ditames legais e coibir a prática de atos que violam a ordem social.

Uma das formas de sanção desenvolvida, sendo uma nova forma de se coibir a prática de atos considerados ilícitos, foram as sanções sociais. Norberto Bobbio, em sua doutrina, trouxe duas espécies de sanções, sendo elas: a interna — aquela que infligimos a nós mesmos — e a externa — quando a violação de uma norma suscita uma resposta por parte dos outros com quem convivemos.¹⁵

Todavia, essa sanção externa não necessariamente advém da figura estatal. Conforme já citado, a doutrina de Bobbio traz a existência de outros grupos sociais desvinculados do Estado. Sendo assim, uma das formas de sanções sociais consiste no isolamento em razão de determinados interesses próprios de um grupo, alcançando a possibilidade de uma verdadeira expulsão. Ou seja, um grupo social tem a discricionariedade de estabelecer quais comportamentos não serão aceitos em seu convívio, tendo a possibilidade de evitar se socializar com quem adota a postura

12 REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.675.

13 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; ABELHA Marcelo, ANDRADE NERY; Rosa Maria. **Direito Processual Ambiental Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 57.

14 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 20ª ed. Petrópolis: Leya, 2014, p. 202

15 BOBBIO, 2005, p. 157.

condenada. Bobbio prevê as sanções sociais como uma forma de sanção externa, que por sua vez se divide em diversos graus, partindo da mera reprovação e indo até a mais severa: o linchamento:

A sanção externa é característica das normas sociais, isto é, de todas as normas do costume, da educação, da vida em sociedade em geral, que são voltadas ao fim de tornar mais fácil ou menos difícil a convivência. Estas normas nascem, geralmente, de um grupo social, em forma de costumes, o mesmo grupo social que responde à sua violação com diversos comportamentos que constituem as sanções. Estes comportamentos sancionadores são de diversos graus de gravidade: parte-se da pura e simples reprovação, e chega-se até a eliminação do grupo, que pode consistir em alguma forma de isolamento no interesse próprio do grupo ou em uma verdadeira expulsão. A forma mais grave de sanção social é o linchamento, que é uma típica sanção de grupo, expressão daquela forma primitiva, espontânea e irrefletida de grupo social, que é a multidão.¹⁶

A utilização de sanções negativas — ou seja, de repressão a atos considerados ilícitos — especialmente por meio da coerção, como forma de controle do comportamento dos indivíduos, sempre foi um dos principais aspectos dos ordenamentos jurídicos. As sanções negativas têm como finalidade coibir a prática de comportamentos indesejados por uma sociedade. Sendo assim, a adoção de medidas coercitivas em face de atos que atentem contra seu ordenamento jurídico são formas de reprimir tais comportamentos.

A utilização de sanções sociais, na concepção de Bobbio, é uma das formas mais eficazes de controle social, uma vez que a execução é garantida pelas diversas respostas¹⁷, mais ou menos enérgicas, que o grupo social dá em casos de violação a normas. Essa ideia parte de um temor acerca do juízo que os outros farão de nós, e das consequências que este juízo poderá ter sobre nosso futuro, o que restringe em parte os atos praticados por cada um dos membros da sociedade.

No contexto da Pandemia da COVID-19 não foi diferente. Uma série de sanções sociais, inclusive sancionadas pelo Poder Público pela via legislativa, surgiram em razão da existência de um grupo de pessoas que se negou a tomar a vacina da COVID-19, o que causou um grande debate promovido por grupos sociais, uma vez que foi necessário alinhar interesses dos membros de cada grupo social, em especial da sociedade de cada nação.

16 *Ibid.*, p. 157.

17 *Ibid.*, p. 157-158.

Uma das sanções impostas foi a restrição de acesso daqueles que optaram por não se vacinar em determinados locais públicos e privados. Além disso, algumas nações, ainda que não adotassem a vacinação compulsória, optaram por restringir direitos, como o impedimento de acesso de imigrantes não vacinados em seu território. O Brasil, por exemplo, por meio da ANVISA, estabeleceu restrições àqueles que optaram por não se vacinar, impedindo a entrada de estrangeiros em seu território.¹⁸

Outro meio que sofreu com as sanções sociais foi o meio esportivo, como se demonstrará no capítulo a seguir.

2. A APLICAÇÃO DAS SANÇÕES SOCIAIS NOS CENÁRIO DESPORTIVO NA PANDEMIA DO COVID-19

Não diferente do que tem ocorrido fora das quadras e dos estádios, as medidas sanitárias de combate à COVID-19 também têm influenciado nas relações sociais e comerciais do meio desportivo. Atletas e torcedores que se recusam a vacinar contra a COVID-19 têm enfrentado uma série de dificuldades tanto para competir como para assistir aos jogos dos principais campeonatos de esporte do mundo. Da NBA ao *Roland Garros*, a imunização tanto do público quanto de jogadores tem sido motivo de debate entre as organizadoras das competições, os atletas e os órgãos de fiscalização sanitária de cada nação. Em certos lugares, a vacinação se tornou requisito obrigatório para participação como competidor, como na nova temporada do basquete dos EUA.

Conforme levantado por Bobbio, é inerente ao ser humano o pertencimento a grupos sociais, e que cada uma destas associações se constitui e se desenvolve através de um conjunto ordenado de regras de conduta. Dessa maneira, delimitando o presente estudo ao meio desportivo, passa-se a analisar os casos da NBA e do jogador de tênis Novak Djokovic.

2.1 - CASO DA NBA

Ainda que tenha sido notória a corrida dos profissionais da saúde em busca da criação do imunizante desde 2020, baseando seus trabalhos em estudos científicos e demonstrações de comprovação da eficácia da vacina contra a COVID-19, alguns atletas e torcedores têm se recusado a tomar o imunizante. A NBA, maior

18 REGRAS para entrada de viajantes no Brasil. **Ministério da Saúde**, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/paf/coronavirus/viajantes/regras-para-entrada-portaria#:~:text=com%20idade%20entre%20dois%20e,do%20embarque%20Fingresso%20no%20Pa%C3%ADs>. Acesso em 04 jul. 2022.

liga de basquete do mundo, decidiu punir os jogadores que não se vacinarem contra a doença. O recado foi dado pelo Mike Bass, porta-voz da organização, que disse que os atletas não imunizados não seriam pagos pelas partidas que deixarem de jogar em razão das restrições aos não vacinados nos Estados Unidos.¹⁹

Algumas das cidades que recebem jogos da NBA optaram por restringir o acesso de atletas e torcedores aos ginásios caso não estivessem vacinados, como é o caso de Nova Iorque. A partir de 13 de agosto de 2021, a cidade exigiu a comprovação da aplicação de pelo menos uma das doses da vacina para que a população tivesse acesso a locais de entretenimento fechados, como bares, restaurantes e ginásios de esportes.²⁰ Por uma coincidência cômica do mundo do esporte, um dos locais utilizados para vacinar a população foi o Yankee Stadium, estádio do time de beisebol NY Yankees.

Ainda que comprovada a efetividade das vacinas disponíveis contra a COVID-19, uma parte minoritária dos jogadores da liga americana se recusaram a tomá-la, iniciando um movimento negacionista dentro desse grupo social. Um dos principais astros do basquete mundial que esteve à frente desse movimento foi Kyrie Irving. O jogador do time Brooklyn Nets, da cidade de Nova Iorque, ficou afastado grande parte da temporada 2021-22 em razão da oposição à vacina. Além da norma local, que proíbe a entrada do jogador ao ginásio do seu time durante meses, o próprio time se opôs a tê-lo no time em razão da sua negativa para a vacina.²¹

Em pronunciamento, o prefeito de Nova Iorque, Bill Blasio, disse que “Se você não for vacinado, infelizmente, não poderá participar de muitas coisas (...) Se você quer participar plenamente de nossa sociedade, precisa ser vacinado.”²². Essa manifestação mostra de forma prática como as sanções sociais levantadas por Bobbio são aplicadas, podendo inclusive progredir até a expulsão do indivíduo do convívio social.

19 BONTEMPS, Tim. Jogadores da NBA sem vacina contra a COVID-19 não receberão salário se perderem jogos. **ESPN**. Disponível em: https://www.espn.com.br/nba/artigo/_/id/9283491/jogadores-da-nba-sem-vacina-contra-a-covid-19-nao-receberao-salario-se-perderem-jogos. Acesso em: 21 fev. 2022.

20 BENVENISTE, Alexis. Cidade de Nova York exigirá vacinação para entrada em restaurantes e academias. **CNN Brasil**, São Paulo. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/cidade-de-nova-york-exigira-vacinacao-para-entrada-em-restaurantes-e-academias/>. Acesso em: 21 fev. 2022.

21 STABOLITO, Ricardo. Kyrie Irving sugere que não tomará vacina contra a COVID. **Lance**. Disponível em: <https://jumperbrasil.lance.com.br/kyrie-irving-sugere-que-nao-tomara-vacina-contra-a-covid/>. Acesso em: 21 fev. 2022.

22 BENVENISTE, 2021.

Outros jogadores que têm sofrido com essas imposições da NBA e dos Estados são: Bradley Beal (Washington Wizards), Jonathan Isaac (Orlando Magic) e Andrew Wiggins (Golden State Warriors). Ainda que componham uma minoria dos jogadores da NBA — cerca de menos de 10%²³ — a Associação dos Jogadores apoiou a decisão dos não vacinados.²⁴

Ao observar esse cenário vivido não só por Irving, mas pelos demais jogadores da liga que se opuseram a tomar o imunizante, observa-se como ocorre a aplicação das sanções sociais levantadas por Bobbio na prática. Como levantado pelo autor, esses comportamentos sancionadores dispõe de diversos graus de gravidade, iniciando com uma simples reprovação coletiva, e chegando até a eliminação do grupo.

Os casos desses jogadores que negaram a imunização constituem o efetivo isolamento desses membros de um grupo social, podendo até se considerar uma tentativa de eliminação dos mesmos desse grupo, ainda que de forma temporária, até que realizassem o comportamento desejado — no caso a imunização contra a COVID-19. Essa coerção visa, principalmente, a padronização comportamental em razão do risco de vida existente pela não vacinação. Além disso, a vacina permite a diminuição da transmissão da doença, o que é algo essencial especialmente para aqueles que frequentam locais fechados. A sociedade e o Poder Público reconhecem a legitimidade da vontade daqueles que pretendem não se vacinar, mas optam por não compartilhar o mesmo ciclo social por diferenças ideológicas.

2.2 - CASO DJOKOVIC

Novak Djokovic, número 1 do mundo em 2021, também esteve no alvo dos holofotes no fim de 2021 e no início de 2022, também por se negar a tomar a vacina contra a COVID-19. O tenista já ganhou 20 Grand Slams, e foi o único atleta da história a ter ganhado pelo menos uma vez em sua carreira os nove Masters 1000.

Ao iniciar a temporada de 2022, o Djokovic foi impedido de competir no *Australian Open* por não estar devidamente vacinado, sendo obrigado a se recolher em um hotel utilizado como detenção da imigração australiana. O tenista, ativista anti-vacina desde 2020, data anterior a criação do imunizante, perdeu a oportuni-

23 LIMA, Gustavo. Bradley Beal diz que não se vacinou contra a COVID. **Lance**. Disponível em: <https://jumperbrasil.lance.com.br/bradley-beal-diz-que-nao-se-vacinou-contra-a-covid/>. Acesso em: 21 fev. 2022.

24 MAGDALENA, André. Associação dos Jogadores apoia decisão de não vacinados da NBA. **Lance**. Disponível em: <https://jumperbrasil.lance.com.br/associacao-dos-jogadores-apoia-decisao-de-nao-vacinados-da-nba/>. Acesso em: 21 fev. 2022.

de de atingir a marca de campeão de 21 Grand Slams — recorde batido por Rafael Nadal no mesmo evento.

Diferentemente do que ocorreu na NBA, Novak tentou buscar pelas vias judiciais a permissão de entrada no país e a viabilização da sua participação no campeonato, tendo em vista que recentemente já havia contraído a COVID-19, e por isso supostamente disporia de uma imunidade temporária. Conforme levantado pelo juiz James Allsop, um dos três magistrados que julgaram o caso, o julgamento não se tratava acerca do mérito da decisão do ministro da Imigração, Alex Hawke, que optou por não receber Novak sem que o mesmo estivesse vacinado, mas sim sobre a legalidade de tal ato.

Os advogados do governo australiano sustentaram que a permanência de Djokovic no país estimulava a não vacinação contra a COVID-19, entendendo que o sérvio não aproveitou as diversas chances que teve de se imunizar. Deportado, uma das penas impostas ao tenista é a proibição de retornar à Austrália pelos próximos três anos, segundo as leis de imigração do país.²⁵

Após a frustrada tentativa de participar do Aberto da Austrália, Djokovic sofreu outro golpe, agora do Ministério dos Esportes da França, que afirmou que não haveria isenção ao atleta em relação à nova lei francesa sobre passaporte de vacina, impedindo-o de competir *Roland Garros*, um dos mais famosos campeonatos do tênis do mundo. O Parlamento Francês aprovou lei que exigirá que as pessoas tenham um certificado de vacinação para entrar em locais públicos, como restaurantes, cafés, cinemas e trens de longa distância.²⁶ O tenista acabou tendo a sua entrada barrada de forma antecipada, o que aparenta ter sido mais um incentivo para o atleta buscar a sua imunização o quanto antes.

Novamente, é possível visualizar o cenário de expulsão do convívio social levantado por Bobbio. Dessa vez, a expulsão foi referendada pelo Poder Legislativo francês, o que eleva ainda mais a importância da discussão, uma vez que tem mostrado como algumas nações têm se oposto ao recebimento de não vacinados em seu território.

Além disso, o caso de Djokovic vai além. Não há só uma negativa por parte da figura do Poder Executivo em relação a sua entrada no país, mas também uma

25 ANDRADE, Henrique; MALAR, João Pedro. Após Justiça rejeitar recurso, Novak Djokovic deixa a Austrália. **CNN Brasil**, São Paulo. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/esporte/apos-justica-rejeitar-recurso-novak-djokovic-deixa-a-australia/>. Acesso em: 21 fev. 2022.

26 PRETOT, Julien. Sem vacina, sem Roland Garros para Djokovic, diz ministério francês. **CNN Brasil**, São Paulo. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/esporte/sem-vacina-sem-roland-garros-para-djokovic-diz-ministerio-frances/>. Acesso em: 21 fev. 2022.

derrota no âmbito do Poder Judiciário, que referendou a legalidade do ato do Ministro de Imigração australiano. Para além disso, observa-se também o posicionamento do Parlamento Francês acerca do tema. Ou seja, concomitantemente os três poderes têm se posicionado de forma a não permitir o convívio social de não vacinados em determinados grupos sociais e locais de maior probabilidade de contaminação.

Por meio de sanções negativas externas temos uma demonstração de como há uma padronização do comportamento desejado, não só pela população, mas também referendado pelas três esferas do Poder Público em diversos países.

3. CONCLUSÃO

A Pandemia da COVID-19, como fenômeno jurídico, vai muito além das mortes causadas pela doença. As relações sociais foram afetadas diametralmente, não somente pelas medidas sanitárias de isolamento social e novas formas de interação interpessoal, como também pelas formas de coerção em relação àqueles que optaram por não se imunizar contra a COVID-19.

As sanções sociais foram presenciadas em todo o mundo, uma vez que a luta contra a transmissão e disseminação da doença foi conjunta entre as nações. Ainda que alguns países tenham adotado medidas mais rígidas e outros menos, é notória a preocupação global em relação ao movimento antivacina, que inviabiliza a erradicação da doença. Esse cenário tem preocupado não exclusivamente os agentes sanitários, mas também as organizações desportivas, como a NBA, o *Australian Open* e o *Roland Garros*.

Ao analisar as medidas adotadas por essas organizações com vistas a incentivar e coagir a vacinação dos atletas competidores e do público sob a ótica da doutrina de Norberto Bobbio, observou-se a aplicação prática das sanções sociais propostas pela doutrina do autor. Ao analisar o cenário desportivo, em especial os casos da NBA e do Novak Djokovic, foi possível observar na prática como ocorre o isolamento de um membro de um grupo social em razão da prática de um comportamento indesejado.

Sendo assim, conforme a doutrina de Bobbio dispõe, o impedimento da participação de atletas em competições profissionais, o corte de seus salários e a negativa à entrada dos mesmos em determinados países configura a existência do isolamento social de tais atletas em relação aos seus respectivos grupos sociais relativos aos seus esportes. Para além disso, os casos analisados tiveram uma vinculação entre as regras das competições e normas provenientes do Poder Público. Sendo assim, não se limitando às regras das organizações desportivas, os atletas profissionais estão sujeitos também às normas dos países, Estados e cidades que forem competir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Henrique; MALAR, João Pedro. Após Justiça rejeitar recurso, Novak Djokovic deixa a Austrália. **CNN Brasil**, São Paulo. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/esporte/apos-justica-rejeitar-recurso-novak-djokovic-deixa-a-australia/>. Acesso em: 21 fev. 2022.
- ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.
- BENVENISTE, Alexis. Cidade de Nova York exigirá vacinação para entrada em restaurantes e academias. **CNN Brasil**, São Paulo. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/cidade-de-nova-york-exigira-vacinacao-para-entrada-em-restaurantes-e-academias/>. Acesso em: 21 fev. 2022.
- BOBBIO, Norberto. **O Conceito de Sociedade Civil**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1982.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: Edipro, 2005.
- BONTEMPS, Tim. Jogadores da NBA sem vacina contra a COVID-19 não receberão salário se perderem jogos. **ESPN**. Disponível em: https://www.espn.com.br/nba/artigo/_/id/9283491/jogadores-da-nba-sem-vacina-contr-a-covid-19-nao-receberao-salario-se-perderem-jogos. Acesso em: 21 fev. 2022.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 13 mar. 2022.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FIORILLO, Celso A. P; ABELHA Marcelo; ANDRADE NERY; Rosa Maria. **Direito Processual Ambiental Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 20^a ed. Petrópolis: Leya, 2014.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7^a ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. 4^a ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.
- LIMA, Gustavo. Bradley Beal diz que não se vacinou contra a COVID. **Lance**. Disponível em: <https://jumperbrasil.lance.com.br/bradley-beal-diz-que-nao-se-vacinou-contr-a-covid/>. Acesso em: 21 fev. 2022.
- MAGDALENA, André. Associação dos Jogadores apoia decisão de não vacinados da NBA. **Lance**. Disponível em: <https://jumperbrasil.lance.com.br/associacao-dos-jogadores-apoia-decisao-de-nao-vacinados-da-nba/>. Acesso em: 21 fev. 2022.
- PRETOT, Julien. Sem vacina, sem Roland Garros para Djokovic, diz ministério francês. **CNN Brasil**, São Paulo. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/esporte/sem-vacina-sem-roland-garros-para-djokovic-diz-ministerio-frances/>. Acesso em: 21 fev. 2022.
- REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REGRAS para entrada de viajantes no Brasil. **Ministério da Saúde**, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/paf/coronavirus/viajantes/regras-para-entrada-portaria#:~:text=com%20idade%20entre%20dois%20e,do%20embarque%20Fingresso%20no%20Pa%C3%ADs>. Acesso em 04 jul. 2022.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Ricardo Marcelino Palo Rodrigues. São Paulo: Hunterbooks, 2014.

STABOLITO, Ricardo. Kyrie Irving sugere que não tomará vacina contra a COVID. **Lance**. Disponível em: <https://jumperbrasil.lance.com.br/kyrie-irving-sugere-que-nao-tomara-vacina-contra-a-covid/>. Acesso em: 21 fev. 2022.

O TRATAMENTO DA COVID-19 E A AUTONOMIA DA VONTADE DO PACIENTE: ENTRE A LIBERDADE INDIVIDUAL E O INTERESSE COLETIVO

COVID-19 TREATMENT AND THE PATIENT FREE WILL: BETWEEN INDIVIDUAL FREEDOM AND COLLECTIVE INTEREST

Juliana de Oliveira Jota Dantas¹
Luciano Soares Silvestre²

Data de Submissão: 21/03/2022

Data de Aceite: 12/06/2022

Resumo: A busca por um tratamento eficaz para a COVID-19 traz à tona uma série de implicações jurídicas no que tange à liberdade de escolha do indivíduo frente às práticas médico-científicas vigentes. Nesse sentido, o presente estudo investiga de que modo a dogmática, a doutrina e a jurisprudência pátrias vêm respaldando as escolhas individuais, num cenário de incertezas, quanto aos recursos terapêuticos colocados à disposição para enfrentamento do novo coronavírus. Sob a ótica do princípio bioético da autonomia do paciente e do comando constitucional da preservação da integridade física, analisa-se a legitimidade de recusa ao tratamento, as vulnerabilidades resultantes da pesquisa por vacinas, bem como o uso de fármacos *off-label* no tratamento da doença. Questiona-se a finalidade, alcance e legitimidade do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) para a realização de procedimentos médicos específicos. Derradeiramente, perquire-se apreciar a coexistência da autonomia do indivíduo com a dimensão transindividual de interesses tutelados sob o enfoque de políticas de prevenção e/ou combate a pandemias. A pesquisa emprega

1 Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora Adjunta da Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Docente nos Cursos de Graduação e de Mestrado em Direito da UFAL. Coordenadora de Extensão na Faculdade de Direito de Alagoas (FDA/UFAL). Orientadora do Núcleo de Estudos em Direito Civil e Constitucional (NEDC/UFAL). E-mail: juliana.dantas@fda.ufal.br.

2 Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Pesquisador integrante do Núcleo de Estudos em Direito Civil e Constitucional (NEDC/UFAL). E-mail: ssilvestreluciano@gmail.com.

o método dedutivo, com abordagem qualitativa dos registros levantados, com vistas a contribuir para a compreensão da liberdade no contexto da política sanitária

Palavras chaves: COVID-19. Saúde pública. Liberdade.

Abstract: The search for an effective treatment for Covid-19 brings to light several legal implications regarding the individual's freedom of choice in the face of current medical-scientific practices. In this sense, the present study investigates how Brazilian's dogmatics, doctrine and jurisprudence have been supporting individual choices, in a scenario of uncertainty, regarding the therapeutic resources made available to face the new coronavirus. From the perspective of the bioethical principle of patient autonomy and the constitutional command to preserve physical integrity, the legitimacy of refusing treatment is analyzed, the vulnerabilities resulting from vaccine research, as well as the use of off-label drugs in the disease's treatment. The purpose, scope and legitimacy of the Free and Informed Consent Term for the performance of specific medical procedures are questioned. Ultimately, it is necessary to appreciate the coexistence of the individual's autonomy with the transindividual dimension of interests protected under the focus of policies to prevent and/or combat pandemics. The search for an effective treatment for Covid-19 brings to light several legal implications regarding the individual's liberties facing current medical-scientific practices.

Keywords: COVID-19. Public Health. Freedom.

INTRODUÇÃO

Tendo em vista o desenvolvimento histórico da autonomia da vontade do paciente como princípio norteador das pesquisas e dos tratamentos clínicos com seres humanos, o presente artigo investiga o exercício da liberdade individual diante da gestão sanitária exigida para enfrentamento de pandemias no cenário jurídico brasileiro. Tem-se por escopo o estudo dos limites éticos e jurídicos na proteção às vulnerabilidades dos indivíduos submetidos ao tratamento da COVID-19.

O estudo se mostra importante dado o cenário de incertezas - seja no desenvolvimento das enfermidades provocadas pelo vírus, seja em face da imprecisão quanto aos tratamentos necessários – e a alta taxa de letalidade da doença, apesar da padronização dos procedimentos clínicos adotados, o que implica no receio e na resistência de muitos pacientes aos tratamentos propostos, ou ainda, na solicitação de procedimentos, tratamentos ou medicações sem eficácia comprovada.

A análise do tema aborda a consolidação dos princípios éticos em pesquisas e procedimentos com seres humanos, que norteiam a autonomia da vontade do paciente, bem como a incolumidade física como um direito subjetivo de alcance civil e público. Salienta Carlos Alberto Bittar que o corpo é o “instrumento pelo qual a pessoa realiza a sua missão no mundo fático. Configura também direito disponível, mas sob limitações impostas pelas conotações de ordem pública”³.

O estudo volta-se à análise normativa, doutrinária e jurisprudencial acerca da implementação de medidas de saúde para o enfrentamento da COVID-19. Nesse sentido, destaca-se a apreciação e esforço interpretativo do art. 3º, III, da Lei n. 13.979 de 06 de fevereiro de 2020 – visando oferecer “medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”⁴ - e que permite que as autoridades adotem, no âmbito de suas competências, dentre outras, a determinação de realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, coleta de amostras clínicas, vacinação e outras medidas profiláticas invasivas, além de tratamentos médicos específicos.

Por meio da compreensão qualitativa das informações e dados levantados em bibliografia nacional e estrangeira, no conjunto normativo e em decisões jurisdicionais pautadas na matéria, perquire-se a (re)configuração do exercício da auto-

3 BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, 182 p.

4 BRASIL. Lei Federal no 13.979, de 30 de junho de 2020. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm. Acesso: 12 maio 2020.

nomia da vontade individual no que toca às medidas sanitárias de prevenção e de tratamento da COVID-19, contextualizando-se, ainda, os impactos desta pandemia para o direito em sua esfera transindividual.

1. PRINCÍPIOS ÉTICO-JURÍDICOS DO TRATAMENTO MÉDICO E DA PESQUISA CIENTÍFICA EM SAÚDE: RECORTES PARA O CONTEXTO PANDÊMICO

O patamar de dignidade humana hoje consolidado em normas estatais e internacionais pode ostentar o *status* de condição inerente a todo e qualquer indivíduo no contexto da grande maioria dos países ocidentais; contudo, convém sempre ressaltar, especialmente para os neófitos das ciências jurídicas e afins, que a noção de um princípio de igualdade essencial a todo e qualquer ser humano deriva de uma construção histórica.⁵

A presunção de dignidade humana conformada em preceitos do direito natural aperfeiçoou-se ao encontrar, no direito positivado, os preceitos de vinculação e imperatividade e hoje reside no seio dos direitos tidos como fundamentais, a guiar a tutela jurídica de indivíduos e coletividades nas mais diversas searas, notadamente após os fenômenos e experiências documentadas pelos conflitos bélicos do século XX.⁶

A Resolução n. 466/2012 do Conselho Nacional de Saúde (CNS) impõe diretrizes e normas regulamentadoras às pesquisas envolvendo seres humanos, reforçando, como referencial básico da bioética, a autonomia. Todavia, conforme explica Maria Helena Diniz⁷, compete ao Conselho Federal de Medicina a edição de normas para definir o caráter experimental de procedimentos em medicina, autorizando ou vedando sua prática pelos médicos. É da competência deste órgão, ainda, fiscalizar e controlar tais procedimentos, aplicando sanções nos casos de inobservância das normas por ele determinadas⁸.

5 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva:2005, 624 p.

6 SABÈTE, Wadgi. **Pouvoir de révision constitutionnelle et droits fondamentaux: Étude des fondements épistémologiques, constitutionnels et européens de la limitation matérielle du pouvoir constituant dérivé**. Rennes: Press Universitaires de Rennes, 2005, 317 p.

7 DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, 1112 p

8 BRASIL. Lei 12.842, de 10 de Julho de 2013. Dispõe sobre o exercício da Medicina. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12842.htm. Acesso em: 12 mai 2020.

A propósito, o Código de Ética Médica estipula expressamente que ao profissional caberá guardar absoluto respeito pelo ser humano e atuar sempre em seu benefício, sem jamais utilizar de seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou emocional, para o extermínio ou para permitir ou acobertar práticas contra sua integridade e dignidade (Capítulo I, Artigo VI); ressalta, ainda, que pesquisas envolvendo seres humanos não de estar sempre sujeitas às normas éticas nacionais e à proteção da vulnerabilidade dos sujeitos da pesquisa (Capítulo I, Artigo XXIV).⁹

1.1 - O PRINCÍPIO BIOÉTICO DA AUTONOMIA E O RESPEITO À VONTADE DO PACIENTE

O Código de Ética Médica explicita que no processo de tomada de decisão – respeitadas as previsões legais e sua própria consciência – o médico “aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas” (Capítulo I, Artigo XXI).

Trata-se da autonomia da vontade do paciente enquanto princípio fundante, que desde John Locke e Immanuel Kant, reputa-se como essencial à experiência humana, pois a ação humana motivada – fruto da vontade – é o elemento central para a liberdade e autorregulação, ensejando, igualmente, o nexos necessário para a responsabilidade. Naturalmente, a autonomia exige o pressuposto da racionalidade para validar a manifestação da vontade, o pleno exercício da capacidade, bem como o aperfeiçoamento do consentimento, com fulcro na informação e transparência para consubstanciá-lo.

A respeito dos direitos de personalidade, o Código Civil Brasileiro (2002) prevê expressamente que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica” (art. 15), consagrando a prevalência da vontade, do domínio do indivíduo sobre o próprio corpo e saúde – a autodeterminação – bem como o princípio da não maleficência, no sentido de não se cometer mal intencional ao paciente, mas agir apenas de acordo com a beneficência: melhor interesse e bem estar do paciente, consolidados pelo Relatório *Bélmont* de 1979 sobre princípios éticos¹⁰.

9 DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos. **Comentários ao Código de Ética Médica**: Resolução CDM nº 1.931 de 17 de setembro de 2009. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, 432 p.

10 LOPES, José Agostinho. Bioética – uma breve história: de Nuremberg (1947) a Belmont (1979). **Revista Médica de Minas Gerais**. Minas Gerais, v. 24.2, p. 262-273, 2014. Disponível em: <http://rmmg.org/artigo/detalhes/1608>, Acesso em: 25 de maio 2021.

Inobstante a prioridade legal oferecida ao paciente, há grande controvérsia quanto à vinculação da vontade do paciente e especialmente de representante legal diante da recusa a tratamento ou intervenção que agrave ou acometa o risco de morte ou lesão grave por motivos de escusa de consciência.

O Enunciado 403 da V Jornada de Direito Civil (2016) buscou uniformizar a inteligência do alcance do art. 15 do CC/2002 ao prever que:

O Direito à inviolabilidade da consciência de crença, previsto no art. 5º, VI da Constituição Federal, aplica-se também à pessoa que se nega a tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, com ou sem risco de morte, em razão do tratamento ou da falta dele, desde que observados os seguintes critérios: a) capacidade civil plena, excluído o suprimimento pelo representante ou assistente; b) manifestação de vontade livre, consciente e informada; e c) oposição que diga respeito exclusivamente à própria pessoa do declarante.¹¹

Nesse sentido, tem-se a autorização concedida a um hospital para realizar a imediata transfusão de sangue em um paciente que está em coma com suspeita de COVID-19. A transfusão, que havia sido negada por familiares tendo em vista motivos religiosos, foi realizada com a determinação da 28ª Vara Cível da Comarca de Goiânia, sem a necessidade de assinatura de termo de consentimento. O magistrado apontou que “caberia prevalência da vontade do paciente quanto à sua crença religiosa se estivesse em plena capacidade de fazê-lo”.¹²

Não é recente a discussão acerca da legitimidade da dispensa de tratamento por convicção pessoal, mesmo que isso implique na morte de quem recusa o tratamento. Nesse sentido, a ADPF 618, ajuizada pela então Procuradora Geral da República, Raquel Dodge, que solicita que seja excluída a interpretação do Código Penal e de outras normas que imponham aos médicos um dever de realizar transfusão de sangue em pacientes maiores e capazes quando houver vontade manifestada pelo paciente em sentido contrário.¹³

Ao justificar o ajuizamento da ADPF, Dodge diz que diversos atos normativos, como o artigo 146, parágrafo 3º, inciso I, do Código Penal e dispositivos da

11 Conselho de Justiça Federal. V Jornada de Direito Civil. **Enunciado 403** [citado em 10 jul 2021]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/207>

12 BRASIL. Goiás. Tribunal de Justiça de Goiás. 28ª Vara Cível. **Processo nº 5263550.17.2020.8.09.0051**. Decisão de 05 de junho de 2020 [citado em 10 jul 2021]. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/6/3834C3FCDFB8D8_transfusao.pdf

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 618**. Relator: Ministro Nunes Marques. Brasília, DF: STF, 2020 [citado em 12 maio 2020]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5769402>.

Resolução 1.021/1980 do Conselho Federal de Medicina, geram insegurança jurídica ao estabelecerem como dever do médico a realização de transfusão mesmo que haja recusa do paciente ou de seus responsáveis.

Se o fundamento jurídico à recusa for constitucional, o art. 3º, III, “e”, da Lei 13.979/2020, que possibilita a realização compulsória de tratamentos médicos específicos face o atual quadro pandêmico da COVID-19, necessita de maior esclarecimento, apurando-se a justificativa e compatibilidade com o sistema normativo vigente ou sua restrição e não adequação ao sistema constitucional.

Antes de se falar em tratamento, pode-se questionar a legitimidade do mesmo dispositivo em suas alíneas a, b e c, visto que estas tratam, respectivamente, da realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais e coleta de amostras clínicas.

Conforme leciona Odile Ugarte e Marcus Acioly, o médico não deve, sob qualquer circunstância, persuadir o paciente a aceitar um tratamento com o qual não concorde¹⁴. Do mesmo modo, o profissional não deve tirar proveito de situações nas quais o paciente não esteja em condições de decidir, para convencê-lo, como no caso de indivíduos sob sedação. O tema tem pertinência ao cenário atual, tendo em vista que pacientes graves acometidos pela COVID-19 são submetidos ao procedimento de ventilação mecânica invasiva sob sedação por tempo prolongado e as decisões sobre os tratamentos a serem seguidos não serão mais sujeitas à sua análise discricionária (transferidas, portanto, a terceiro legitimado a representação de seus interesses).

O respeito à autonomia do paciente encontra amparo no Código de Ética Médica brasileiro (capítulo V, Artigo XXXI), segundo o qual é vedado ao médico: “Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte”¹⁵.

Na leitura de Beauchamps e Childress, o termo autonomia significa capacidade de se autogovernar. O indivíduo é considerado autônomo, ou seja, capaz de realizar escolhas autônomas, quando consegue agir intencionalmente e com liber-

14 UGARTE, Odile Nogueira; ACIOLY, Marcus André. O princípio da autonomia no Brasil: discutir é preciso. *Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões*, v. 41, n. 5, p. 375, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rcbc/a/vtLjkcHyJvtMS8Fzrxv748w/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 15 maio 2020.

15 BRASIL. Código de Ética Médica: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019 / Conselho Federal de Medicina – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019, p. 27.

dade para tanto. Menores de idade, indivíduos que padecem de determinadas enfermidades mentais e indivíduos com alterações do nível de consciência são exemplos de agentes que, permanente ou temporariamente, não possuem capacidade de agir intencionalmente. A ausência de capacidade torna impossível a ação autônoma.¹⁶

Do mesmo modo, ainda que um indivíduo seja considerado capaz, quando sua liberdade de agir é restrita, como no caso de prisioneiros, a ação autônoma também não pode existir. Além das condições de capacidade e de liberdade, ninguém pode exercer ação autônoma caso não esteja informado sobre os objetivos da ação e sobre as conseqüências da ação. Sem compreensão não há autonomia.¹⁷

Conforme leciona Maria Helena Diniz, o princípio bioético da autonomia requer que o profissional da saúde respeite a vontade do paciente, ou de seu representante, respeitando-se – sempre que possível e em conformidade com a própria consciência e ética médica - seus valores morais e crenças religiosas. Tal princípio reconhece o domínio do paciente sobre a própria vida (corpo e mente) e o respeito à sua intimidade, restringindo, com isso, a intromissão alheia no mundo daquele que está sendo submetido a um tratamento. Aquele que tiver sua vontade reduzida deverá ser protegido¹⁸.

O tratamento médico compulsório, conforme previsto na lei 13.979/20, pode configurar-se de encontro à autonomia do paciente, uma vez que impõe, dentre outras medidas, a internação, o acesso obrigatório a procedimentos e medicamentos específicos que, embora paliativos, possam não garantir a sua recuperação.

As razões a favor da possibilidade de medidas compulsórias em caráter preventivo ou terapêutico para o contexto pandêmico repousam sobre a natureza do direito sanitário e da gestão de doenças contagiosas como a presente em nossos dias. Como aponta Geisa Rodrigues, uma proteção jurídica sistêmica à saúde humana e para todo e qualquer indivíduo, originou-se da reconfiguração do direito, ao romper com os paradigmas exclusivamente individualistas e patrimonialista para focar a dimensão coletiva, uma plena proteção jurídica e valoração de bens que não

16 BEAUCHAMP, Tom L. et al. *Principles of biomedical ethics*. Oxford University Press, USA, 2001, 480 p.

17 UGARTE, Odile Nogueira; ACIOLY, Marcus André. O princípio da autonomia no Brasil: discutir é preciso. **Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões**, v. 41, n. 5, p. 375, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rcbc/a/vtLjkcHyJvtMS8Fzrxv748w/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 15 maio 2020.

18 DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, 1112 p.

possuem equivalente econômico, divisível e pertencente ao gozo unilateral de sujeitos de direito.¹⁹

Táisa Lima e Maria de Fátima Sá informam que o direito brasileiro não reúne normas que tratem especificamente da internação não consentida em casos de doenças contagiosas, mas que nem por isso seria possível presumir sua proibição; a proteção do próprio indivíduo – de forma imediata – e da coletividade, mediata-mente, invocam a possibilidade de submissão da autonomia da vontade ao interesse difuso de proteção à saúde;²⁰ o contexto atual, por sua vez, tem previsão legal descritiva na Lei nº 13.979/20 quanto à realização compulsória de tratamentos médicos específicos (art. 3º, III, alínea e).

Volta-se, portanto, à efetivação do comando constitucional refletido no art. 196 da Constituição, ao prever o direito fundamental à saúde que vincula o Estado a atuar para redução de risco de doença e outros agravos – direito de todos – com exigibilidade imediata (art. 5º, parágrafo 1º da Constituição de 1988) por tratar-se de norma definidora de direitos fundamentais.²¹

Não há contradição, porém, o equilíbrio entre a autonomia individual e o interesse coletivo na ressignificação da vontade do paciente diante do contexto pandêmico. Trata-se de desdobramento da concepção elementar do Estado de Direito com apreço não só aos ideais liberais, mas também de proteção da(s) coletividade(s) e gerações futuras, conciliador de bens jurídicos e de compromissos sociais.²²

1.2 - VACINA CONTRA A COVID-19: A PESQUISA CIENTÍFICA E A PROTEÇÃO DOS PARTICIPANTES DIANTE DAS VULNERABILIDADES GERADAS PELO CONFLITO DE INTERESSES

Uma pesquisa conduzida pela *YouGov*, empresa internacional sediada no Reino Unido, e pelo portal de notícias *Yahoo News* informa que cerca de um em cada

19 RODRIGUES, Geisa de Assis. Direito Sanitário. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (Coord.) Manual de direitos difusos. 2ª ed. São Paulo: Verbatim; 2012. 780 p.

20 LIMA, Táisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de Sá. Autonomia Privada e Internação Não Consentida. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Pp. 79-99, p. 87. Disponível em: www.periodicos.ufmg.br, Acesso em: 3 jul. 2021.

21 TEIXEIRA, Elaine Cardoso de Matos Novais. **A Proteção do Direito à Saúde após a Constituição Federal de 1988**. In: Alencar RARC, organizadores. Direitos fundamentais na constituição de 1988. Porto Alegre: Nuria Fabris; 2008. 359 p.

22 BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. **História da filosofia do direito**. São Paulo: Manole; 2005. 496 p.

cinco americanos se recusaria a tomar a vacina contra o novo coronavírus²³. Trata-se de um dos reflexos do crescente movimento antivacina nos Estados Unidos. Do total de entrevistados, 55% disseram que seriam vacinados contra a COVID-19, enquanto 19% disseram que não e 26% disseram não ter certeza.

A pesquisa ocorreu em meio a um grande aumento de propagação de conteúdo contra vacinas na internet. Em 2019, a Organização Mundial da Saúde (OMS) incluiu o movimento antivacinação em seu relatório sobre os dez maiores riscos à saúde global²⁴. Tais movimentos, conforme a OMS, podem ser tão perigosos quanto os vírus que aparecem na lista, visto que ameaçam reverter o progresso alcançado no combate a doenças hoje evitáveis, como o sarampo e a poliomielite.

No final de abril, o Brasil já tinha quase 200 voluntários inscritos em uma plataforma internacional que está convocando pessoas dispostas a se infectar propositalmente com o novo coronavírus em testes múltiplos de vacinas. A plataforma chamada *1 Day Sooner*, já tem mais de 4 mil inscritos de 52 países.²⁵

Na falta de um medicamento que viabilize o tratamento eficaz da COVID-19, busca-se como medida de prevenção a fabricação de vacinas. Para o desenvolvimento de qualquer tipo de vacina, os cientistas precisam percorrer várias etapas de testes, dentre as quais, uma das mais demoradas, é a dos testes em seres humanos.

Qualquer pesquisa científica tem o potencial de ocasionar prejuízos e todo participante é teoricamente vulnerável. Riscos comuns que são identificados em qualquer pesquisa: risco à integridade física que pode variar na gravidade e na temporariedade dos seus efeitos; risco psicológico, como alteração da percepção de si mesmo, sofrimento emocional e modificações no pensamento ou comportamento; riscos sociais, nos casos em que a participação do indivíduo o exponha à discriminação ou a outras formas de estigmatização social e os riscos econômicos, quando

23 ROMANO, Andrew. New Yahoo News/YouGov coronavirus poll: Almost 1 in 5 say they won't get vaccinated. **Yahoo News**, New York, 8 de maio de 2020. Disponível em: <<https://news.yahoo.com/new-yahoo-news-you-gov-coronavirus-poll-almost-one-in-five-say-they-wont-get-vaccinated-143852222.html>>. Acesso em 10 de maio de 2020.

24 World Health Organization. Ten threats to global health in 2019 [Internet] [citado em 21 maio 2020]. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/spotlight/ten-threats-to-global-health-in-2019>

25 OLIVEIRA, Elida. Contra coronavírus, Brasil tem quase 200 voluntários dispostos a se infectar em possíveis testes de vacina. **G1**, Rio de Janeiro, 28 de Abril de 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/04/28/brasil-tem-quase-200-voluntarios-dispostos-a-se-infectar-com-novo-coronavirus-em-possiveis-testes-de-vacina.ghtml>>. Acesso em 10 de maio de 2020.

os sujeitos precisam arcar, de alguma forma, com os custos financeiros relacionados à sua participação na pesquisa.²⁶

A vulnerabilidade do participante ocorre devido à condição de desigualdade ocasionada pelo poder de quem detém o conhecimento tecnológico-científico e a submissão daquele que precisa do conhecimento para obter melhorias em sua qualidade de vida. Ou seja, fica comprovada que esta ligação entre pesquisador e participante se caracteriza por um total desequilíbrio entre as partes.²⁷

A pesquisa em saúde no Brasil é dividida em 2 fases: a pré-clínica, sendo realizada laboratorialmente em animais; e a clínica, realizada em seres humanos²⁸. Questiona-se, contudo, dado o contexto emergencial provocado pela pandemia, a possibilidade de pular algumas etapas, notadamente, a fase pré-clínica, e partir diretamente para os testes em humanos.

Nesse sentido, pondera-se a aplicação analógica do princípio da precaução – um paradigma indispensável em toda abordagem relativa a riscos – que não pode ter por finalidade imobilizar atividades humanas, e sim, a sadia qualidade de vida e a tomada de todos os cuidados necessários (assim como abstenções) quando avaliados os riscos prováveis ou mesmo desconhecidos da intervenção.²⁹

Deve-se levar em consideração alguns casos emblemáticos, tais como o uso do fármaco Talidomida, indicado como sedativo e hipnótico e também no combate a enjôos em mulheres grávidas. A droga foi descoberta em 1953 por Wilhelm Kunnz, na Alemanha. Os testes não demonstraram, num primeiro momento, toxicidade, e a dose letal não foi estabelecida. Os animais utilizados pela ciência experimental daquela época se restringiam a ratos, e raramente aves, porcos e camundongos³⁰.

26 ARAÚJO, Laís Záu Serpa de. **A moralidade da pesquisa clínica e a bioética da proteção**. Orientador: Fermin Roland Schramm. Rio de Janeiro, 2006. Tese (Doutorado)-Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca. Disponível em: <HTTP://bvssp.icict.fiocruz.br/lildbi/docsonline/8/2/628-Lais_Zau_Serpa_Araujo>. Acesso em: 10 maio 2020.

27 GUILHEM, Dirce. Pós-fácio. In: DINIZ, Debora et al. (Org.). **Ética em pesquisa: temas globais** [Internet]. Brasília, DF: Editora UNB; 2008. Disponível em: <https://www.reciis.icict.fiocruz.br/index.php/reciis/article/view/969>. Acesso em: 11 mai 2020.

28 DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, 1112 p.

29 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros; 2005. 1456 p.

30 MORO, Adriana; INVERNIZZI, Noela. A tragédia da talidomida: a luta pelos direitos das vítimas e por melhor regulação de medicamentos. *História, Ciências, Saúde-Manguinhos*. 2017;24(3):605.

Pouco tempo depois de sua entrada em comercialização, foram relatados 34 casos de bebês com malformações, nascidos de mães que tinham utilizado a Talidomida. Entre as anormalidades ocasionadas estão: perda da audição, alterações oculares, paralisia facial; malformações na laringe, traquéia, pulmão e coração, e variou entre 40% e 45%. A droga foi retirada do mercado e a bateria de testes novamente realizada, desta feita com a inclusão de novos animais mamíferos na fase pré-clínica. Diversas ações judiciais foram movidas contra os laboratórios responsáveis³¹.

Numa das ações submetidas à jurisdição brasileira, a 4ª turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região confirmou, em 2014, a concessão de pensão especial vitalícia a um paranaense de 40 anos com atrofia dos dois braços, resultante do uso da Talidomida por sua mãe durante a gestação.

Tem-se, portanto, um histórico científico que demonstra a inviabilidade em se pular as etapas procedimentais para a entrada de um novo fármaco ou vacina em vigor. Apesar do contexto emergencial, do qual emana o interesse coletivo, seria demasiado arriscado evitar a etapa pré-clínica para se chegar rapidamente nos testes em seres humanos.

Os riscos de contágio, de agravamento da doença ou de efeitos colaterais precisam ser analisados por profissionais e sujeitos ao exame crítico de órgãos plúrais para sopesamento da álea, bem como do potencial custo-benefício no desenvolvimento da pesquisa, à luz de princípios como a cláusula geral de precaução dos princípios éticos médicos, dentre eles a vedação de praticar qualquer conduta em pesquisa que atente contra a dignidade humana (Capítulo XII, art. 99).

1.3 - O TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

O termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE) é o instrumento formulado pelo próprio pesquisador ou médico, que deve ser preenchido previamente pelo voluntário ou paciente antes do início de qualquer investigação científica ou tratamento médico específico. Tem de ser aprovado pelo comitê de ética local e no caso de pesquisa com novos fármacos, vacinas e testes diagnósticos, aprovado também pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep).³²

No Código de Nuremberg (1947), o artigo primeiro trata da necessidade da obtenção do consentimento para realização das pesquisas com seres humanos. A Declaração de Helsinque e as Diretrizes Internacionais do *Council for international*

31 Ibidem, p. 607.

32 DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, 1112 p.

organizations of medical sciences – CIOMS também trazem a primordialidade da obtenção deste consentimento. No Brasil, a Resolução do Conselho Nacional de Saúde 196/96 adota a expressão “consentimento livre e esclarecido” e define-o, como:

Anuência do sujeito da pesquisa e/ou de seu representante legal, livre de vícios (simulação, fraude ou erro), dependência, subordinação ou intimidação, após explicação completa e pormenorizada sobre a natureza da pesquisa, seus objetivos, métodos, benefícios previstos, potenciais de riscos e o incômodo que esta possa acarretar, formulada em um termo de consentimento³³.

O consentimento informado é um compromisso moral dos pesquisadores e profissionais de saúde com a dignidade humana. Sendo assim, o consentimento informado ideal é um procedimento resultante do diálogo entre o pesquisador/profissional de saúde e o paciente, desde o primeiro contato até o final do tratamento ou pesquisa.

Na realidade pandêmica atualmente vivenciada, o consentimento livre e esclarecido pode ser difícil de ser obtido, dada a urgência dos procedimentos médicos a serem adotados, sobretudo em casos de maior gravidade. Porém, mesmo diante das complexidades do contexto, o consentimento é um meio de resguardar as decisões que serão tomadas (em ambos os lados).

Por vezes, o consentimento livre e esclarecido tem sido tratado como um procedimento rotineiro limitado ao preenchimento e à assinatura de um formulário, voltado a possíveis pendências jurídicas haja vista as restrições normativas imputadas à conduta médica, bem como o risco de responsabilidade, seja ela ético-disciplinar, civil ou mesmo penal. A propósito, o Código de Ética médica ressalta a vinculação do profissional de saúde ao Termo de Consentimento, destacando a relevância das explicações quanto à natureza e as conseqüências da pesquisa para seus voluntários (Capítulo XII, art. 101).

Eduardo Dantas e Marcos Vinícius Coltri apontam significativa mudança: o código de ético anterior denotava a preocupação em obter dos pacientes a concordância formal através do TCLE, já o novo Código veda o início dos trabalhos sem o expreso consentimento do paciente ou de seu representante legal, reforçando o apreço à autonomia do paciente, à boa-fé objetiva que estrutura o consentimento

33 BRASIL. CNS. **Resolução 196/96**, de 10 de outubro de 1996. Diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos Brasília, 1996. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/comissao/conep/resolucao.html>>. Acesso em: 11 maio 2020.

livre e informado quanto riscos que estará exposto no presente ou no futuro em razão do desenvolvimento da pesquisa.³⁴

Doutra parte, convém destacar apenas com intuito demonstrativo, que já emerge na doutrina outra faceta do dever de informar e esclarecer os pacientes acerca de todas as medidas disponíveis para enfrentamento de enfermidades: a teoria da perda de uma chance – ou de oportunidade - de cura. Seria a hipótese de pessoa interessada não ser corretamente informada sobre todas as formas existentes de tratamento ou mesmo prevenção, o que, por ventura, pode acarretar na supressão de alternativa viável e/ou menos invasiva ou mais aceitável para seus padrões e que exclua a possibilidade de evento favorável. Desdobra no potencial cabimento de reparação pela quebra do dever de informar, sucedendo dano que poderia ter sido evitado pelo acesso à informação adequada.³⁵

2. A INTANGIBILIDADE DO CORPO HUMANO: CONTEXTUALIZAÇÃO EVOLUTIVA E CENÁRIO PANDÊMICO

A intangibilidade física do corpo, considerada como objeto de proteção pelo ordenamento jurídico, tem características a serem destacadas, tais como a extrapatrimonialidade, a indisponibilidade, o caráter absoluto, a imprescritibilidade, a intransmissibilidade, e, por fim, a irrenunciabilidade e a impenhorabilidade³⁶. A integridade física é um direito essencial da pessoa, que consiste no direito que cada um tem de não ter seu corpo atingido por atos ou fatos alheios.

A intangibilidade do corpo com vistas à proteção de sua integridade está protegida constitucional e infraconstitucionalmente, no âmbito civil e penal, e visa evitar à pessoa o sofrimento físico e mental. O artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal, dispõe acerca das formas tendentes a abolir os excessos do sistema repressivo, como o repúdio à tortura, às penas cruéis e ao tratamento desumano e degradante.

Em contrapartida, o limite subjetivo é o consentimento do titular deste direito, que é indispensável e deve ser expresso de maneira inequívoca. É o que vem à tona, por exemplo com as restrições e imposições legalmente impostas no âmbito

34 DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos. **Comentários ao Código de Ética Médica**: Resolução CDM nº 1.931 de 17 de setembro de 2009. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, 432 p.

35 DANTAS, Eduardo. **Direito médico**. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ editora; 2012. 456 p.

36 TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**: a tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro [Internet]. Rio de Janeiro: Renovar; 2004. Disponível em: https://www.academia.edu/31740015/A_tutela_da_personalidade_no_ordenamento_civil_constitucional_brasileiro?auto=download. Acesso em: 11 maio 2020.

do tratamento da COVID-19, uma vez que por meio do direito à liberdade do paciente devem ser conciliados os interesses do indivíduo e da sociedade.

Até o presente momento, não há medicamento específico para o tratamento da infecção causada pelo novo coronavírus. No entanto, o Ministério da Saúde, amparado em práticas internacionais, propõe a implementação de algumas medidas de suporte. Casos suspeitos ou confirmados para COVID-19 que não necessitem de hospitalização, podem ser acompanhados pelo serviço de saúde através do isolamento domiciliar, solicitando-se exames como raio-x, tomografia computadorizada, hemograma e provas bioquímicas antes dos pacientes serem dispensados para o domicílio.³⁷

Já para os pacientes imunocomprometidos, ou seja, que tenham, devido a outras doenças, o sistema imunológico debilitado, recomenda-se a hospitalização e avaliação da possibilidade de repetir exames diagnósticos antes da alta hospitalar ou eventual transferência para quarto de enfermaria sem isolamento.³⁸

Quando há dificuldade para respirar, o médico deve indicar de pronto a necessidade de internação. Para tanto, deve-se medir a saturação de oxigênio, a frequência respiratória e alterações na ausculta pulmonar. Nessa situação, o internado recebe oxigênio suplementar para auxiliar o trabalho dos pulmões. Ele pode ser ofertado tanto pelas vias nasais, quanto por ventilação mecânica, quando o paciente é conectado por um tubo a uma máquina que faz a respiração de forma artificial.³⁹

Trata-se de uma intervenção invasiva, visto que o paciente deve ser submetido à anestesia geral, em coma induzido, com um tubo que adentra a boca e chega à traquéia, permitindo-lhe respirar ao ritmo da máquina a que está conectado. As atividades essenciais, como alimentação e excreção, são induzidas artificialmente. O incômodo e a dor que acomete o paciente demandam a administração de sedativos e analgésicos para garantir a tolerância ao tubo durante o tempo em que precisar da máquina para respirar.⁴⁰

O tratamento tem levado cerca de 20 dias e, em um paciente jovem, a perda de massa muscular é de 40% e a reabilitação poderá levar de 6 a 12 meses, associada a traumatismos da boca ou ainda das cordas vocais. Na maioria dos casos, o respira-

37 BRASIL, Ministério da Saúde. Protocolo de Manejo Clínico para o Novo Coronavírus (2019-nCoV). 2020, p. 13.

38 Ibidem.

39 LIMA, Daniel Souza et al. Alternativas para o estabelecimento de via aérea cirúrgica durante a pandemia de Covid-19. Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgias [Internet]. 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s0100-69912020000100602. Acesso em: 25 jun 2020.

40 Ibidem.

dor recupera os pacientes. Contudo, a depender da vulnerabilidade física (fator que nem sempre está relacionado à idade), o paciente poderá vir a óbito.⁴¹

Percebe-se, portanto, que desde a necessidade de exame diagnóstico até o internamento em UTI, tem-se o manejo de procedimentos que envolvem a integridade física do corpo. A necessidade de recolha de vestígios biológicos para posterior diagnóstico da COVID-19 impõe o acesso à vida privada e, nesse sentido, indaga-se se a autonomia da vontade e o direito à privacidade podem fundamentar a reusa de paciente à obtenção de diagnóstico – relevante questão que se impõe ao levar-se em consideração que parte considerável dos pacientes pode ser assintomática e ainda assim, contribuir para a proliferação do contágio.

Ilustra-se: uma paciente no Piauí optou por não permanecer no hospital por não acreditar no diagnóstico da COVID-19 que lhe foi atribuído. A mulher de 56 anos assinou um termo de alta a pedido, ou seja, sem a recomendação médica do hospital onde estava internada. Foi necessária ainda a assinatura de um termo de responsabilidade para que ela ficasse em isolamento total. A paciente, ao saber o diagnóstico, se recusou a ficar isolada no hospital, sob tratamento médico.⁴²

A Portaria 356/2020 que regulamenta a Lei 13.979, anteriormente citada, informa em seu artigo 3º, §4º, que a determinação de medida de isolamento por prescrição médica deverá ser acompanhada do termo de consentimento livre e esclarecido do paciente⁴³. Sendo assim, tendo em vista a finalidade deste documento em garantir a autonomia do paciente frente aos procedimentos médicos recomendados, pode-se afirmar como legítima a recusa ao isolamento, porém não há respaldo legal quanto à recusa ao diagnóstico e, portanto, ao recolhimento de vestígios biológicos.

O juízo de ponderação aqui presente remanesce que nenhum direito, ainda que tido como fundamental, deve ser entendido de forma hermética, e considerado por si só, uma prioridade; deve existir um sopesamento entre os interesses envolvidos, buscando-se, quando necessário, o menor sacrifício possível e avaliando-se, no caso concreto, qual dos interesses tem maior peso.⁴⁴

41 Ibidem

42 PACIENTE com Covid-19 se recusa a ficar no hospital por não acreditar no diagnóstico; caso é monitorado, G1, Piauí. Disponível em: <https://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2020/05/11/paciente-com-covid-19-se-recusa-a-ficar-no-hospital-por-nao-acreditar-no-diagnostico-caso-e-monitorado.ghtml>. Acesso em: 17 maio 2020.

43 BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria GM, n. 356, 2020.

44 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: 2008, p. 95.

3. DOS LIMITES IMPOSTOS À AUTONOMIA DA VONTADE FACE À TERAPIA PANDÊMICA

3.1 - O USO DE FÁRMACOS OFF-LABEL COMO RECURSO TERAPÊUTICO CONTRA A COVID-19

Considera-se prescrição *off-label* de medicamentos a prescrição destes para utilização em tratamentos que não tenham sido aprovados pelas autoridades reguladoras que avaliam os medicamentos e concedem as autorizações de introdução no mercado. Ou seja, o medicamento já se encontra em circulação, porém aprovado para tratamentos específicos. Em situações em que não se encontram alternativas terapêuticas, os fármacos são prescritos como paliativos.⁴⁵

Em meio à pandemia provocada pelo Sars Cov-2, instalou-se uma batalha tão letal e virulenta quanto o próprio coronavírus, referente ao uso ou não de medicamentos com os princípios ativos conhecidos por Cloroquina e Hidroxicloroquina, já existentes para o combate de outras doenças, como a malária, a artrite e o lúpus.

O primeiro estudo científico que trouxe informações sobre o uso da hidroxicloroquina em pacientes acometidos pela COVID-19 foi realizado no Hospital Universitário de Infecção do Mediterrâneo, em Marselha, França. Foram recrutados pacientes internados em ambiente hospitalar, sofrendo com a COVID-19. O estudo, apesar de dirigido a um universo reduzido de amostras, demonstrou que a maioria dos pacientes superou a COVID-19 de forma bastante célere, sem o registro de qualquer efeito colateral, sério ou importante, que pudesse desaconselhar o uso daquelas substâncias.⁴⁶

Verificou-se que uma parcela significativa dos pacientes apresentou uma redução da carga viral após o sexto dia de tratamento (dos pacientes testados, 6 estavam assintomáticos, 22 tinham uma infecção respiratória avançada e 8 tinham uma infecção respiratória diminuída). O estudo demonstrou ainda que a adição de azitromicina ao tratamento foi significativamente mais eficiente para a eliminação do vírus. A dose de cloroquina diária foi: 200mg, três vezes ao dia, durante 10 dias.

Muito embora o estudo científico não tenha se detido na análise de um universo grande de pacientes, as conclusões relativas aos casos tratados pareciam bas-

45 ESCOVAL, Ana et al. Prescrição de medicamentos off-label. **Revista portuguesa de Farmacoterapia** [Internet]. 2011;3(3). Disponível em: <http://revista.farmacoterapia.pt/index.php/rpf/article/view/87>. Acesso em: 3 jul. 2021.

46 GAUTRET, Philippe et al. Hydroxychloroquine and azithromycin as a treatment of covid-19: results of an open-label non-randomized clinical trial. **International journal of antimicrobial agents** [Internet]. 2020;56(1). Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/pmc7102549/>. Acesso em 20 maio 2020.

tante animadoras, tendo em vista que na ausência de qualquer outro medicamento, já se mostrava que o uso da cloroquina e, principalmente, da hidroxicloroquina não trazia nenhuma situação grave digna de registro até aquele momento.

Em 15 de abril, o Ministério da Saúde, adotando uma posição de vanguarda, embora cauteloso, tendo em vista as pesquisas já realizadas e as experiências clínicas de sucesso ocorridas em vários outros países, editou uma nota informativa, não apenas autorizando o uso da cloroquina e da hidroxicloroquina, mas também se referindo a distribuição dos citados fármacos para todos os Estados federados e o Distrito Federal.⁴⁷

Por outro lado, na contramão da tendência mundial, o Hospital Sírio-Libanês elaborou o Parecer Técnico n.º123 no sentido de não recomendar o uso da cloroquina e da hidroxicloroquina no tratamento da doença provocada pelo novo Coronavírus afirmando que “a eficácia e a segurança da hidroxicloroquina e da cloroquina em pacientes com COVID-19 é incerta e seu uso de rotina para esta situação não pode ser recomendado até os resultados dos estudos em andamento”.⁴⁸

Em Maio, um estudo feito pela Universidade de Harvard e publicado pela renomada revista britânica *The Lancet*, informou que nenhum benefício da hidroxicloroquina ou da cloroquina (usadas sozinhas ou em combinação com a azitromicina) foi observado nos resultados hospitalares, quando o tratamento foi iniciado precocemente após o diagnóstico de COVID-19⁴⁹. A pesquisa revelou que 16,4% do total de pacientes havia morrido. Ou seja, 1 a cada 6 dos que estavam internados.

Por se tratar do primeiro estudo com um número consideravelmente grande de pacientes (96.023 pacientes internados), parecia que a questão sobre se os medicamentos funcionam ou não estava resolvida. Logo em seguida, a Organização Mundial da Saúde (OMS) fez um alerta e afirmou que os medicamentos não demonstraram eficácia no tratamento contra o novo coronavírus.

No mesmo dia, contudo, o Ministério da Saúde brasileiro foi na contramão das recomendações e divulgou um novo protocolo para a utilização da cloroquina

47 BRASIL. Ministério da Saúde. **Nota informativa 9/2020**: Orientações para manuseio medicamentoso precoce de pacientes com diagnóstico da Covid-19. Disponível em: encurtador.com.br/fnpCR, Acesso em: 20 de Maio de 2020.

48 RIERA, Rachel; PACHECO, Rafael Leite. **Parecer técnico nº 123/2020/SP**. São Paulo: Hospital sírio-libanês; Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/e-natjus/arquivo-ownload.php?hash=3662fc98904c4e52296b31c6d21c5ebabfef6cb9> Acesso em: 20 maio 2020.

49 MEHRA, Mandeep R. Retracted – hydroxychloroquine or chloroquine with or without a macrolide for treatment of Covid-19: a multinational registry analysis. *The Lancet* [Internet]. 2020. Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/piiS0140-6736\(20\)31324-6/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/piiS0140-6736(20)31324-6/fulltext). Acesso em: 8 jun. 2020.

em pacientes no início do tratamento. Até então, a pasta recomendava apenas o uso do remédio para os internados em estado grave. De acordo com a nova Recomendação, pacientes com sintomas leves deveriam tomar cloroquina por 14 dias, sendo que no primeiro dia de tratamento a dose deveria ser o dobro dos dias seguintes.⁵⁰

A Comissão Especial de Bioética e Biodireito da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB – Nacional editou junto ao Conselho Federal da OAB uma análise sobre os aspectos bioéticos e jurídicos do protocolo anteriormente citado. De acordo com o memorial, o novo protocolo não apresenta autoria, não indica qual órgão interno o preparou e nem aponta as bases científicas sobre as pesquisas apresentadas. O Termo de Ciência e Consentimento, anexo ao documento, não informa o paciente, mas o induz a assinar com base em pesquisa contestada pela comunidade científica, violando o disposto na Recomendação 1/2016 do Conselho Federal de Medicina.

Nesse sentido, afirmaram os conselheiros, o protocolo proposto pelo Ministério da Saúde apresentava graves vícios jurídicos, tais como a desinformação do paciente e da população; a inconstitucionalidade, visto que desatende o artigo 6º da Constituição Federal⁵¹ e a ilegalidade, ao afrontar os requisitos da Lei n.º 8.080/1990 para incorporar novo protocolo de tratamento no SUS.

O medicamento começou a sumir das prateleiras de farmácias ainda em meados de março quando da divulgação das primeiras pesquisas (inconclusivas). Para coibir o desabastecimento, a Anvisa enquadrou, à época, a hidroxicloroquina e a cloroquina como medicamento de controle especial, proibindo ainda sua exportação.⁵²

Uma nova reviravolta teve início em junho, quando os autores do estudo sobre hidroxicloroquina retiraram o artigo da revista *The Lancet*, mencionando preocupações com a qualidade dos dados observados. Três dos quatro autores afirmaram que a *Surgisphere*, a empresa que forneceu os dados, não iria transferir o conjunto

50 BRASIL. Ministério da Saúde. Orientações do Ministério da Saúde para Manuseio Medicamentoso Precoce de Pacientes com Diagnóstico da Covid-19. Brasília: Ministério da Saúde, 20 de Maio de 2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/May/20/orientacoes-manuseio-medicamentoso-covid19.pdf>. Acesso em: 24 maio 2020.

51 No que diz respeito à proteção do direito social à saúde.

52 HIDROXICLOROQUINA e cloroquina viram produtos controlados. Anvisa, 2020. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/hidroxicloroquina-vira-produto-controlado/219201. Acesso em: 24 maio 2020.

completo de dados para uma análise independente, de modo que não podiam mais garantir a veracidade das fontes primárias de dados.⁵³

Para além da viabilidade dos estudos publicados ou em produção, percebeu-se uma grave dissonância entre o discurso científico e o discurso político no Brasil, o que acarretou a busca desenfreada por fármacos cuja eficácia no tratamento da COVID-19 era duvidosa. Fora o risco da medicação com substâncias que não são, comprovadamente, úteis ao tratamento e trazem consigo efeitos colaterais, inclusive fatais, tem-se o problema do desabastecimento, que prejudica diretamente os que são acometidos por doenças, como o lúpus, cujo tratamento depende destes medicamentos. O protocolo emitido pelo Ministério da Saúde veio a agravar ainda mais essa situação de desinformação.

Embora o protocolo não deslegitime a autonomia do médico em prescrever, ou não, determinado medicamento, pode-se esperar uma pressão ainda maior por parte da população, sobretudo em relação aos clínicos gerais e médicos de saúde da família, linha de frente nas Unidades Básicas de Saúde, que recebem os casos de COVID-19 ainda em estágio inicial, para a obtenção destes fármacos.

Até o momento, os principais estudos clínicos, que são randomizados com grupo controle, não demonstraram benefício do uso da cloroquina, nem da hidroxicloroquina no tratamento de pacientes hospitalizados com COVID-19 grave. De acordo com um relatório preliminar de um grande estudo randomizado com grupo controle (Estudo RECOVERY), coordenado pela Universidade de Oxford na Inglaterra, que avalia várias terapias em potencial para a COVID-19, a hidroxicloroquina não teve benefício para pacientes hospitalizados.⁵⁴

A avaliação do uso de qualquer medicamento fora de sua indicação aprovada (off-label) deve ser uma decisão individual do médico, analisando caso a caso e compartilhando os possíveis benefícios e riscos com o paciente, porém, é vedado a publicidade sobre tal conduta. De acordo com o Conselho Federal de Medicina, no Código de Ética Médica, Capítulo XIII, sobre Publicidade Médica: “É vedado ao médico: Art. 113. Divulgar, fora do meio científico, processo de tratamento ou descoberta cujo valor ainda não esteja expressamente reconhecido cientificamente por órgão competente”.⁵⁵

53 MEHRA, Mandeep R.; RUSCHITZKA, Frank; PATEL, Amit N. Retraction – Hydroxychloroquine or chloroquine with or without a macrolide for treatment of COVID-19: a multinational registry analysis. *The Lancet*. Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)31324-6/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)31324-6/fulltext). Acesso em 08 jun.2020.

54 Disponível em: <http://abre.ai/recoverycovid>. Acesso em 03 de julho de 2020.

55 BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica 2009: Resolução CFM nº 1.931/2009. Brasília: CFM; 2009.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Demonstra-se com o presente estudo que a prática médica no enfrentamento da COVID-19 abarca tantas incertezas quanto o real alcance destrutivo do Sars-Cov-2. Tem-se em perspectiva uma realidade extremamente volátil que requer a contemporização de regras jurídicas, no sentido de flexibilizar princípios e normas postos em vigor desde a decretação da emergência de saúde pública de importância internacional.

Dado o elevado grau de incertezas que envolvem o tratamento da COVID-19, o que resulta na alternância contínua dos protocolos adotados, tanto na prática médica quanto nas pesquisas de novos fármacos e vacinas, é possível verificar que o exercício da liberdade individual do paciente encontra limites que vão além da gestão sanitária proposta para o cenário pandêmico, confrontando-se princípios ético-jurídicos estabelecidos e vulnerabilidades individuais e coletivas.

A autonomia do paciente, enquanto diretriz para a efetivação de um tratamento ético que leve em consideração a decisão do indivíduo acerca de sua integridade física, encontra um contexto de rápida disseminação do vírus, exigindo-se a determinação normativa de tratamento médico compulsório e de internação hospitalar. Embora a recusa individual a tais práticas encontre legitimidade nas codificações e resoluções médico-sanitárias, o contexto extraordinário da pandemia e a imperatividade de políticas impostas pela curva ascendente do número de casos e óbitos revelam a necessidade de ponderações.

A urgência que se impõe na busca de uma vacina ou de um medicamento eficaz contra a COVID-19 enfrenta a imprescindibilidade de seguir protocolos internacionais rígidos de testagem, sob risco de se lançar no mercado um produto que acarrete danos irreversíveis à incolumidade física dos indivíduos. O exemplo da Talidomida é emblemático nesse sentido e revelou as vulnerabilidades sofridas por aqueles que necessitam de tratamentos médicos, porém se expõem a tecnologias que não foram suficientemente testadas antes da sua implementação.

Enquanto não se tem à disposição uma terapêutica comprovadamente eficaz, os enfermos precisam ser submetidos a um tratamento que requer, dada a sua indeterminação, o consentimento livre e esclarecido. Essa validação vai além da proteção jurídica dos participantes e se faz ainda mais necessária tendo em vista a possibilidade de recusa do paciente em se submeter a intervenções invasivas, como a ventilação mecânica.

Na contramão da recusa terapêutica, tem-se a disseminação sensacionalista de informações, endossada por discursos políticos polarizados, que sugerem o tratamento com medicamentos *off label*, sem registro específico para combate à CO-

VID-19. A busca e/ou recomendação de uso dos fármacos é realidade controversa que expõe profissionais da saúde à possibilidade de responsabilidade, pois, se por um lado gozam da autonomia na eleição da via terapêutica mais adequada, d'outro, estão condicionados a oferecer aos pacientes alternativa com mais segurança e eficácia possível. No contexto atual de combate pandêmico, já não subsiste para espaços representativos da área médica a legitimidade outrora atribuída a fármacos na sua prevenção.

Conclui-se que a autonomia da vontade individual, apesar de direito fundante e elementar ao núcleo axiológico da dignidade humana, é reconfigurada ao contexto da gestão pandêmica e de seus desdobramentos, exercida em limites condicionantes e sujeita às restrições impostas pela segurança e proteção da coletividade no que toca às políticas sanitárias de prevenção e tratamento da COVID-19.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Carolina Hespanha et al. **A pesquisa científica na saúde: uma análise sobre a participação de populações vulneráveis.** Texto & Contexto - Enfermagem, v. 19, n. 1, 2010.
- ARAÚJO, Laís Záu Serpa de. **A moralidade da pesquisa clínica e a bioética da proteção.** Tese (Doutorado em saúde pública - Bioética) – Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro, 2006.
- BARBOSA, Carla. MATOS, Mafalda Francisco. **Prescrição off-label, direito à informação, consentimento informado e processo clínico eletrônico no direito português.** Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2016 jul./set, 5(3):157-179.
- BEAUCHAMP, Tom L. et al. **Principles of biomedical ethics.** Oxford University Press, USA, 2001.
- BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. **História da Filosofia do Direito.** Barueri-SP: Manole, 2005.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 618, de 11 de setembro de 2020.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423187>. Acesso em: 12 maio 2020.
- BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Código de Ética Médica 2009: Resolução CFM nº 1.931/2009.** Brasília: 2009.
- BRASIL. **Lei 12.842, de 10 de Julho de 2013.** Dispõe sobre o exercício da Medicina. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12842.htm. Acesso em: 12 maio 2020.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Nota informativa 9/2020: Orientações para manuseio medicamentoso precoce de pacientes com diagnóstico da Covid-19.** Disponível em: <https://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2020/May/21/Nota-informativa---Orienta----es-para-manuseio-medicamentoso-precoce-de-pacientes-com-diagn--stico-da-COVID-19.pdf>. Acesso em: 20 Maio 2020.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. **Portaria n. 356, de 11 de março de 2020.** Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-11-de-marco-de-2020-247538346>. Acesso em: 12 maio 2020.
- BRASIL, Ministério da Saúde. **Protocolo de Manejo Clínico para o Novo Coronavírus (2019-nCoV).** Março, 2020. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/marco/20/20200318-ProtocoloManejo-ver002.pdf>. Acesso em: 12 maio 2020.
- BRASIL. CNS. **Resolução 196/96, de 10 de outubro de 1996.** Diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos. Brasília, 1996. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/comissao/conep/resolucao.html>. Acesso em: 11 maio 2020.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** IV Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos. **Comentários ao Código de Ética Médica: Resolução CDM nº 1.931 de 17 de setembro de 2009**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

DANTAS, Eduardo. **Direito Médico**. 2ª.ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 10ª edição. SP. Editora Saraiva, 2017.

ESCOVAL, Ana et al. **Prescrição de medicamentos off-label**. Revista Portuguesa De Farmacoterapia, v. 3, n. 3, 2011.

GAIER, Rodrigo V. **Justiça determina internação compulsória de casal francês com suspeita de coronavírus em Paraty**. UOL Notícias, Rio de Janeiro, 28 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/reuters/2020/02/28/justica-determina-internacao-compulsoria-de-casal-frances-com-suspeita-de-coronavirus-em-paraty.htm>>. Acesso em 10 maio 2020.

GAUTRET, Philippe et al. **Hydroxychloroquine and azithromycin as a treatment of COVID-19: results of an open-label non-randomized clinical trial**. *International journal of antimicrobial agents*, 2020. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7102549/>. Acesso em 20 maio 2020.

GONÇALVES, Jonisval Brito. **Tribunal de Nuremberg 1945-1946: gênese de uma nova ordem no direito internacional**. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GUILHEM, Dirce. Pós-fácio. In: DINIZ, Debora et al. (Org.). **Ética em pesquisa: temas globais**. Brasília: Letras Livres; Editora UNB, 2008.

KRASTINS, Rosana Guida. **Os direitos da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Revista Jurídica do Cesumar, Maringá, v. 8, 2008.

LOPES, José Agostinho. **Bioética – uma breve História: de Nuremberg (1947) a Belmont (1979)**. In: Revista Médica de Minas Gerais. 2014. Disponível em: <http://rmmg.org/artigo/detalhes/1608>. Acesso em 25 maio 2020.

LEITE, Rita de Cássia. **Transplante de Órgãos e Tecidos e os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

LIMA, Daniel Souza et al. **Alternativas para o estabelecimento de via aérea cirúrgica durante a pandemia de COVID-19**. In: Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões. 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-69912020000100602. Acesso em: 25 jun. 2020.

LIMA, Taísa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de Sá. **Autonomia privada e internação não consentida**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Pp. 79-99, p. 87. Disponível em: www.periodicos.ufmg.br. Acesso em 26 jun. 2020.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEHRA, Mandeep R.; RUSCHITZKA, Frank; PATEL, Amit N. Retraction – Hydroxychloroquine or chloroquine with or without a macrolide for treatment of COVID-19: a multinational registry analysis. **The Lancet**. Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)31324-6/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)31324-6/fulltext). Acesso em 08 jun. 2020.

MORO, Adriana; INVERNIZZI, Noela. **A tragédia da talidomida: a luta pelos direitos das vítimas e por melhor regulação de medicamentos.** História, Ciências, Saúde-Manguinhos, v. 24, n. 3, p. 605, 2017.

NINO, Carlos Santiago. **Ética e Direitos Humanos.** Trad. Nélío Schneider. São Leopoldo-RS: Ed. Unisinos, 2011, p. 197.

OLIVEIRA, Elida. **Contra coronavírus, Brasil tem quase 200 voluntários dispostos a se infectar em possíveis testes de vacina.** G1, Rio de Janeiro, 28 de Abril de 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/04/28/brasil-tem-quase-200-voluntarios-dispostos-a-se-infectar-com-novo-coronavirus-em-possiveis-testes-de-vacina.ghtml>>. Acesso em 10 maio 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**, 24ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

RIERA, Rachel; PACHECO, Rafael Leite. **Parecer Técnico n.º 123/2020/SP.** São Paulo: Hospital Sírio-Libanês, 20 Março 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/e-natjus/arquivo-download.php?hash=3662fc98904c4e52296b31c6d21c5ebabfef6cb9>. Acesso em: 20 maio 2020.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Direito Sanitário. *In*: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (Coord.) **Manual de Direitos Difusos.** 2 ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

ROMANO, Andrew. **New Yahoo News/YouGov coronavirus poll: Almost 1 in 5 say they won't get vaccinated.** Yahoo News, New York, 8 de maio de 2020. Disponível em: <<https://news.yahoo.com/new-yahoo-news-you-gov-coronavirus-poll-almost-one-in-five-say-they-wont-get-vaccinated-143852222.html>>. Acesso em 10 maio 2020.

SABÈTE, Wadgi. **Pouvoir de révision constitutionnelle et droits fondamentaux: Étude des fondements épistémologiques, constitutionnels et européens de la limite matérielle du pouvoir constituant dérivé.** Rennes: Press Universitaires de Rennes, 2005.

SZNIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua tutela.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEIXEIRA, Elaine Cardoso de Matos Novais. A Proteção do Direito à Saúde após a Constituição Federal de 1988. *In*: ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti (ORG). **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988.** Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil: A tutela da Personalidade no ordenamento Civil-constitucional Brasileiro.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

UGARTE, Odile Nogueira; ACIOLY, Marcus André. **O princípio da autonomia no Brasil: discutir é preciso.** Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões, v. 41, n. 5, p. 375, 2014.

O PAPEL DAS LEIS NO COMBATE À GRIPE ESPANHOLA: NASCIMENTO DE UM CÓDIGO SANITÁRIO?¹ ²

THE ROLE OF STATUTES IN COMBATING THE SPANISH FLU: THE BIRTH OF A SANITARY CODE?

Victor Frank Corso Semple³

Data de Submissão: 21/03/2022

Data de Aceite: 20/06/2022

Resumo: Este artigo investiga discursos no debate público sobre a legislação sanitária durante a epidemia de gripe espanhola no Rio de Janeiro, então capital da República. A metodologia da pesquisa envolveu a análise documental dos diários do Congresso Nacional e de periódicos de grande circulação na capital, visando à compreensão do contexto institucional e da opinião pública durante o período mais agudo da epidemia, além de uma revisão da literatura historiográfica sobre a gripe espanhola e as epidemias no Brasil. A hipótese do trabalho é a de que a situação de crise criada pela pandemia causou a emergência por uma consolidação das leis sanitárias em um código. A conclusão a que chega o artigo é a de que não havia, à época da disseminação da influenza na capital federal, estrutura ou política pública de saúde construída para atender à população nem sequer projeto sanitário em curso para propor soluções para a pandemia.

Palavras-chave: Legislação Sanitária no Brasil. Gripe espanhola. Inovação. Transição. Teoria. História do direito.

1 O artigo é fruto do relatório final do edital 2020/2021 do Programa de Iniciação Científica (ProIC/PIBIC) da Universidade de Brasília, sob orientação do Professor Doutor Cristiano Paixão, com apresentação e publicação nos anais do 27º Congresso de Iniciação Científica da UnB e do 18º Congresso de Iniciação Científica do DF.

2 Agradeço ao meu pai, Duncan Frank Semple, formado em História pela Universidade de Brasília e servidor público federal do Ministério da Saúde, pela ajuda com a pesquisa. Agradeço ao amigo Lucas Orsi pelo incentivo e apoio no desenvolvimento do trabalho. Agradeço ao professor Dr. Cristiano Paixão pela orientação.

3 Graduando em Direito na Universidade de Brasília. Integra os grupos de pesquisa inscritos no CNPq “Percurso, Narrativas e Fragmentos: História do Direito e do Constitucionalismo” e “Crítica Constitucional”, ambos da FD-UnB. Estagiário no gabinete da Presidência do Tribunal Superior Eleitoral. Contato: victorcorsosemples@gmail.com.

Abstract: This paper investigates discourses in the public debate on sanitary legislation during the Spanish flu epidemic in Rio de Janeiro, then capital of the Republic. The research methodology involved a documental analysis of National Congress diaries' and journals with wide circulation in the capital, aiming to understand the institutional context and public opinion during the most acute period of the epidemic, as well as a review of the historiographic literature on the influenza and on epidemics in Brazil. The work's hypothesis is that the crisis created by the pandemic caused an urgent need for turning the existing sanitary laws into a systematic code. The conclusion reached by the article is that, at the time of the spread of influenza in the federal capital, there was no structure or public health policy built to serve the population, not even an ongoing sanitary project to propose solutions to the pandemic.

Keywords: Sanitary legislation in Brazil. Spanish flu. Innovation. Transition. Theory. Legal history.

INTRODUÇÃO

A história do Rio de Janeiro do início do século XX pode ser relacionada com a história das epidemias. A epidemia de gripe espanhola atingiu a capital federal em setembro de 1918. Avassaladora, a doença matou quinze mil pessoas no Rio de Janeiro e o número de acometidos chegou a seiscentos mil (66% da população da capital)⁴. Desde o começo do século, a cidade funcionava como uma espécie de laboratório de um projeto de modernização empreendido pela reforma urbana de Pereira Passos (1902-1906), do qual foi o episódio mais destacado a Revolta da Vacina (1904).

Na notícia dos primeiros casos na capital, trazidos pelo navio inglês *Demerara*, vindo de Lisboa, passaram-se duas semanas até que as instituições sanitárias fragilizadas comesçassem a oferecer algum tipo de apoio à população. Foi reconhecido o “estado epidêmico da capital federal”. A partir de então, espalham-se debates sobre as leis e as instituições sanitárias. São Paulo aprovava um código sanitário em abril de 1918. Pouco efetivo para combater a gripe espanhola, teve vários de seus oitocentos artigos derrocados durante a epidemia em razão da emergência de saúde pública. A Diretoria-Geral de Saúde Pública, órgão federal competente para controlar as epidemias, desde sua liderança por Oswaldo Cruz anos antes, não tinha estrutura institucional suficiente para lidar com a espanhola.

A primeira parte do artigo analisa os discursos no debate público sobre a legislação sanitária durante a epidemia de gripe espanhola no Rio de Janeiro. O estudo foi feito a partir de uma análise documental dos diários do Congresso Nacional (das sessões de outubro de 1918) e de três jornais de grande circulação, “O Paiz”, entre setembro e novembro de 1918, “A Noite”, e o “Gazeta de Notícias”, ambos entre setembro de 1918 e novembro de 1919, visando à compreensão do contexto institucional e da opinião pública durante o período mais agudo da epidemia na capital federal.

A segunda parte da pesquisa revisita a literatura histórica sobre a gripe espanhola, principalmente a partir das obras “Um cenário mefistofélico: a gripe espanhola no Rio de Janeiro”⁵, “Revisitando a espanhola: a gripe pandêmica de 1918 no

4 GOULART, Adriana da Costa. Revisitando a espanhola: a gripe pandêmica de 1918 no Rio de Janeiro. **História, Ciências, Saúde** – Manguinhos. v.12, n.1, p. 101-142, jan-abr. 2005.

5 GOULART, Adriana da Costa. **Um cenário mefistofélico: a gripe espanhola no Rio de Janeiro**. 2003. 253 f. Dissertação (Mestrado em História) – Instituto de Ciências Humanas e Filosofia, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2003.

Rio de Janeiro”⁶ e “A bailarina da morte: a gripe espanhola no Brasil”⁷. Também analisa a historiografia sobre o processo de modernização, higienização e de mudanças sociais no Rio de Janeiro em: “Cidade febril: cortiços e epidemias na Corte imperial”⁸ e em “A revolta da vacina: mentes insanas em corpos rebeldes”⁹.

A terceira parte descreve as leis sanitárias de 1920 e de 1923 como resultados das modificações na legislação sanitária do início do século XX no Brasil. Para isso, lança mão dos conceitos de inovação e de transição jurídicas, categorias analíticas úteis para a percepção do direito em seu caráter situacional no contexto de uma pandemia como a de gripe espanhola.

A conclusão apresenta os resultados da pesquisa documental e de revisão de literatura a partir dos conceitos trazidos na terceira parte do artigo.

OS JORNAIS E O CONGRESSO NA PANDEMIA DE 1918¹⁰

O debate sobre a necessidade de consolidar as leis sanitárias no Brasil faz parte do contexto de modernização pelo qual atravessou a capital da República no início do século XX. O imaginário do progresso e da modernidade destacava o saber técnico como forma de controlar o espaço da cidade¹¹. O discurso reproduzido como oficial, no início dos anos 1900, ancorava-se na técnica médico-sanitarista¹².

A situação e as circunstâncias das epidemias, causando crises sanitárias que deviam ser enfrentadas pelas autoridades sanitárias, apenas reforçaram naquele

6 GOULART, 2005, *Op. Cit.*

7 SCHWARCZ, Lilian; STARLING, Heloisa. **A bailarina da morte: A gripe espanhola no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

8 CHALHOUB, Sidney. **Cidade Febril: cortiços e epidemias na Corte imperial**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

9 SEVCENKO, Nicolau. **A revolta da vacina: mentes insanas em corpos rebeldes**. São Paulo: Cosac Naify, 2010.

10 A pesquisa documental foi realizada no acervo da hemeroteca digital da Biblioteca Nacional e no acervo dos Anais do Congresso Nacional. Os argumentos de busca utilizados foram, com grafia da época, “hespanhola”, “grippe” e “codigo sanitario”. Sobre os limites e as possibilidades de pesquisa na hemeroteca digital Cf. BRASIL, Eric; NASCIMENTO, Leonardo. História digital: reflexões a partir da Hemeroteca Digital Brasileira e do uso de *CAQDAS* na reelaboração da pesquisa histórica. Em: **Estudos Históricos**, v. 33, n. 69, 2020.

11 NEDER, Gizlene. 1997. Cidade, identidade e exclusão social. **Tempo**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3. p. 108.

12 *Idem*.

momento a ideia de que a forma mais eficaz de controle da cidade¹³, no caso do Rio de Janeiro, era a do governo pela técnica e pela ciência¹⁴.

As discussões em torno de um código sanitário, enquanto expressão universal das leis de saúde pública insere-se nesse quadro e antecederam a epidemia de gripe espanhola de 1918. Em 1904, o então Diretor Geral de Saúde Pública e titular da Academia Nacional de Medicina (ANM), Oswaldo Cruz, empreendeu uma Reforma que teria como ápice a Revolta da Vacina. No entanto, o que ainda merece mais pesquisa são as ideias que circulavam naquele momento sobre não somente combater as epidemias de febre amarela, peste bubônica e varíola como solução para saúde pública, mas a necessidade de sistematizar toda “hygiene” pública na legislação.

É exemplo disso o artigo publicado no “O Paiz” em 28 de maio de 1911, assinado por Rodolpho Abreu, sobre os resultados da “Reforma da Hygiene” promovida por Oswaldo Cruz na década anterior. Em crítica contundente à reorganização sanitária, o periódico anotou que “o que predominou nessa organização foi a preocupação do combate às moléstias transmissíveis”¹⁵, como se o tema encerrasse a constituição da “cúpula do majestoso e amplo monumento que deve ser a legislação sanitária de uma nacionalidade, tonificada pelas luzes revigorantes do ideal democrático”¹⁶. E segue: “é preciso convir que ela [a bacteriologia enquanto eixo da Reforma] não possui consistência *exclusivamente* em corpo de doutrina de um código sanitário”. Concluindo que: “Fê-la [a Reforma] um bacteriologista eminente [Oswaldo Cruz]” e que “talvez por isso mesmo, foi levado a produzir obra restrita às exigências de um laboratório”.

A crítica do “O Paiz” volta-se à bacteriologia enquanto “legitimação ideológica e política da saúde pública”¹⁷. A bacteriologia¹⁸ era naquela época o ramo da me-

13 *Idem.*

14 CHALHOUB, 1999, *Op. Cit.*, p. 19-20.

15 A REFORMA DA HYGIENE. **O Paiz**, Rio de Janeiro, 28 de maio de 1911, p. 2. Disponível em: < http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=178691_04&Pesq=reforma%20da%20hygiene&pagfis=6941>. Acesso em 4 de jul. de 2022.

16 *Idem.*

17 GOULART, 2005, *Op. Cit.*, p. 132.

18 O discurso oficial da Medicina sobre a bacteriologia pregava a “facilidade na identificação dos agentes causadores das doenças e o fim das doenças infecciosas” (Goulart, 2003, p. 82). A teoria de Oswaldo Cruz sobre a febre amarela, por exemplo, é essencialmente bacteriologista, já que tinha como foco a identificação do vetor de transmissão daquela doença, o mosquito, tendo proposto a introdução de técnicas de eliminação dos focos do inseto para erradicar a doença (Academia Nacional de Medicina. **Verbete: Oswaldo Gonçalves Cruz**. Disponível

dicina que cuidava das doenças infectocontagiosas. Mas era também discurso reproduzido pela Academia Nacional de Medicina enquanto triunfo de modo que os bacteriologistas, os “homens do laboratório”, seriam eles mesmos os atores do “triunfo” sobre as epidemias¹⁹.

O tom crítico de Rodolpho Abreu e do jornal sobre a necessidade de reforma das leis sanitárias reverberaria em nova opinião, em 13 de julho de 1911, segundo o qual um código de saúde pública não poderia ser um “código de torturas e de violências” que impusesse ao povo, por exemplo, a vacinação obrigatória. E continua: num regime livre, republicano, o poder público “não tem o direito de impor ao povo, nem religião, nem doutrinas científicas criadas e logo destruídas pelos mesmos sábios de laboratório [...] inventam uma por mês para durarem alguns meses...”²⁰. Ao todo, Abreu publicou 28 artigos no “O Paiz” sobre a necessidade de mudanças nas leis sanitárias, que foram reunidas em volume também intitulado “A Reforma da Hygiene”, com 155 páginas, em setembro daquele ano²¹.

Durante o período agudo da epidemia de influenza, a discussão sobre as reformas das leis sanitárias deu lugar às medidas emergenciais adotadas pelo Governo Federal, que também não passaram ilesos da crítica. Até então, o comando do Decreto nº 1.151, baixado em 1904 por influência de Oswaldo Cruz, que reorganizava os serviços de higiene pública no âmbito federal, prevendo a promulgação de um Código Sanitário não fora satisfeito²².

em: <<https://www.anm.org.br/oswaldo-goncalves-cruz/>>) O discurso foi posto em xeque na pandemia de gripe espanhola, justamente por causa da incapacidade da Medicina de então lidar com a *influenza*. A moléstia era “inacessível às medidas de profilaxia internacional”, segundo o discurso na ANM do então Diretor Nacional de Saúde Pública, Carlos Seidl, em 10 de outubro de 1918, já que “a tecnologia da época não permitia que os cientistas enxergassem o vírus no microscópio” (Schwarcz; Starling, 2020, p. 47). Sobre a bacteriologia enquanto ideologia, Cf. Goulart, 2003, p. 99 e ss; Goulart, 2005; Schwarcz; Starling, 2020.

19 GOULART, 2005, *Op. Cit.*, p. 132.

20 A REFORMA DA HYGIENE. **O Paiz**, *Op. Cit.*

21 A REFORMA DA HYGIENE. **A Noite**, Rio de Janeiro, 12 de setembro de 1911, n. 49, p. 2. Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/docreader.aspx?bib=348970_01&passa=ano%201911&pesq=%22A%20Reforma%20da%20Hygiene%22&pagfis=197>. Acesso em 4 de jul. de 2022.

22 BRASIL. Decreto nº 1.151, de 5 de janeiro de 1904, “reorganiza os serviços da hygiene administrativa da União”. “§ 3º Fica o Governo autorizado a promulgar o Codigo Sanitario, de accôrdo com as seguintes bases: a) regulando tudo quanto diz respeito á hygiene urbana e domiciliaria; b) assegurando a prophylaxia geral e especifica das molestias infectuosas; c) estabelecendo o serviço sanitario dos portos e a prophylaxia sanitaria internacional; d) regulamentando o exercicio da medicina e pharmacia; e) abrangendo o Codigo Pharmaceutico; f)

Os primeiros brasileiros acometidos pela doença foram marinheiros, em setembro de 1918, enviados pelo país à Guerra. No imaginário popular, bem como no discurso do Governo de Venceslau Brás, a doença não chegaria ao país, dada a distância do continente europeu. Os jornais do Rio de Janeiro faziam sátira da pandemia²³. Em 16 de setembro, O “Gazeta de Notícias” noticiou a chegada do navio inglês *Demerara*, que passara por Recife e Salvador até aportar na capital, sendo que “morreram diversos passageiros na travessia” pela doença que agora se alastraria pelo país²⁴.

Em 30 de setembro, quando finalmente o Governo decretou o “estado epidêmico” na capital federal, as notícias sobre a Guerra na Europa consumiam as principais páginas d’“O Paiz”²⁵. A edição de 1º de outubro também nada tratou sobre a espanhola no Rio de Janeiro.

instituindo como penas ás infracções sanitarias multas até dois contos de réis (2:000\$), que poderão ser convertidas em prisão até o prazo maximo de tres mezes, bem como, cumulados ou não e mesmo como medida preventiva, apprehensão e destruição dos generos deteriorados ou considerados nocivos à saúde publica, sequestro e venda de animaes ou objectos cuja existencia nas habitações fôr prohibida, cassação de licença, fechamento e interdicção de predios, obras e construcções. I. A apprehensão e destruição de generos deteriorados ou considerados nocivos á saúde, assim como a cassação de licença fechamento, serão feitos por simples actos da autoridade administrativa; o sequestro e venda de animaes ou objectos cuja existencia nas habitações fôr prohibida, depois da competente apprehensão pela autoridade administrativa, serão feitos pela autoridade judicial por meio do processo que fôr estabelecido. II. A declaração de interdicção de predios, obras e construcções por parte da autoridade administrativa terá por effeito: Quanto aos predios: 1º Serem elles desoccupados amigavel ou judicialmente pelos inquilinos dentro de um a oito dias, conforme a urgencia; 2º Serem reparados ou demolidos pelos seus proprietarios no prazo que lhes fôr assignado. Si estes se recusarem fazel-o, as reparações ou demolições serão feitas á sua custa, ficando em um ou outro caso o predio ou terreno por elle occupado legalmente hypothecado para garantia da despeza feita, classe o dia da declaração da interdicção. Quanto ás obras e construcções: 1º Serem ellas immediatamente suspensas; 2º Serem reparadas ou demolidas nas mesmas condições e com os mesmos onus que os predios. § 4º O Codigo Sanitario será observado em todo o territorio da Republica. Nos Estados as suas infracções serão julgadas pelas justças locae, ressalvada a competencia privativa da justiça federal”.

23 Goulart, 2005, *Op. Cit.*

24 O “DEMERARA” FEZ PÉSSIMA VIAGEM. **Gazeta de Notícias**, Rio de Janeiro, 16 de setembro de 1918, p. 6. Disponível em: < http://memoria.bn.br/DocReader/docreader.aspx?bib=103730_04&pasta=ano%20191&pesq=%22PESSIMA%20VIAGEM%22&pagfis=45093>. Acesso em 4 de jul. de 2022.

25 O REI ALBERTO, DA BELGICA, COMMANDA A OFFENSIVA DO SEU EXERCITO. **O Paiz**, Rio de Janeiro, 30 de setembro de 1918, capa. Disponível em: < http://memoria.bn.br/DocReader/docreader.aspx?bib=178691_04&pasta=ano%20191&pesq=%22O%20

Foi somente em 12 de outubro que “O Paiz” referiu-se à doença na capital. “A epidemia de influenza continua no seu curso natural. Vai aumentando, mas com caracter benigno, sem dar motivos para que haja temores e alarme”²⁶. Noticiou-se casos no exército, no hospital central, na marinha, “pela cidade” e até em “Nitheroy”, onde a “epidemia entrou em declínio”²⁷. No dia 15, o “Gazeta” estampou em sua capa: “A GRANDE DESGRAÇA: O ‘mal de Seidl’ progride assustadoramente”²⁸, com notícias de casos nas farmácias, fábricas, na inspetoria de veículos, na Santa Casa, no Foro, na Câmara, no “Telegrapho” Nacional, no corpo de bombeiros e na brigada policial. A mesma edição trouxe ainda extenso obituário³⁰.

Na quinta-feira, 16 de outubro, o quadro era outro também n’“O Paiz”: “toma um caracter grave a epidemia de gripe que irrompeu nesta capital – É considerável o numero de casos que se têm verificado – diversos casos fataes [...]”³¹. A atitude da Diretoria Geral de Saúde Pública (DGSP) exigia “a imediata intervenção do Sr. Presidente da Republica”, para proteger a população do Rio de Janeiro.

Contudo, o que era mais criticado até então não era a falta de medidas de profilaxia para combater a epidemia de gripe espanhola, como medidas de isola-

REI%20ALBERTO,%20DA%20BELGICA%22&pagfis=40475>. Acesso em: 4 de jul. de 2022.

26 INFLUENZA HESPANHOLA. **O Paiz**, Rio de Janeiro, 12 de outubro de 1918, p. 4. Disponível em: < http://memoria.bn.br/DocReader/docreader.aspx?bib=178691_04&pasta=ano%20191&pesq=%22INFLUENZA%20HESPANHOLA%22&pagfis=40646 >. Acesso em: 4 de jul. de 2022.

27 *Idem*.

28 A GRANDE DESGRAÇA. O ‘MAL DE SEIDL’ PROGRIDE ASSUSTADORAMENTE. **Gazeta de Notícias**, Rio de Janeiro, 15 de outubro de 1918. Disponível em: < http://memoria.bn.br/DocReader/docreader.aspx?bib=103730_04&pasta=ano%20191&pesq=%22A%20INFLUENZA%20HESPANHOLA%22&pagfis=45338 >. Acesso em: 4 de jul. de 2022.

29 O “Gazeta” debocha aqui de Carlos Pinto Seidl, então Diretor Geral de Saúde Pública, atribuindo-lhe à doença seu próprio nome. É de se notar o movimento nada linear da opinião pública sobre a atuação das autoridades naquele contexto. Enquanto no período o “Gazeta de Notícias” tecia duras críticas ao Diretor Geral, “O Paiz”, em 16 de outubro, absolvía Seidl da responsabilidade de a epidemia ter alastrado o país – discurso que teve eco no Congresso Nacional, Cf. p. 8, *infra*. Sobre o discurso parlamentar em relação à atuação de Carlos Seidl Cf. Nota de Rodapé 35, *infra*.

30 *Idem*.

31 A INFLUENZA HESPANHOLA TOMA UM CARACTER GRAVE... **O Paiz**, Rio de Janeiro, 16 de outubro de 1918, p. 4. Disponível em: < http://memoria.bn.br/DocReader/docreader.aspx?bib=178691_04&pasta=ano%20191&pesq=%22INFLUENZA%20HESPANHOLA%22&pagfis=40694 >. Acesso em: 4 de jul. de 2022.

mento social e de fechamento de prédios públicos e do comércio, já que não pôde o Dr. Carlos Seidl [Diretor da DGSP] impedir que a epidemia invadisse nosso território”³², mas sim a imposição de “preços fantásticos” por “indignos exploradores de uma calamidade geral”. Ante a inflação dos preços dos remédios e, por vezes a recusa dos boticários e farmacêuticos de vender medicamentos à população em pânico, o que a opinião pública exigia da Diretoria era a requisição administrativa de fármacos, de modo que a população não ficasse “ao arbítrio da ganancia dos que vêm na epidemia uma inesperada oportunidade para grandes lucros”³³.

A atuação morosa, ineficiente e caótica do Governo fez com que o deputado Nicanor Nascimento, talvez a voz mais forte de oposição ao Presidente Venceslau Brás, perguntasse aos parlamentares no Plenário da Câmara dos Deputados: “Sr. Presidente [...] ainda há governo da Republica ou o Palacio do Catete é *sede vacante*?”. Naquele momento, a doença já chegara havia muito na sede do Poder Executivo Federal, tendo atingido a maioria de seus funcionários. Nascimento criticou a postura do diretor de higiene pública ao declarar a impossibilidade da notificação compulsória da doença.³⁴ “Aqui não foi adoptada providencia de ordem alguma” anotou o parlamentar em debate com o deputado Simões Lopes, que alfinetava o colega perguntando como ele, fosse a autoridade competente, impediria que a moléstia “se transmitia a todo mundo”³⁵.

Alguns dos congressistas também se preocupavam com os efeitos acentuados da crise de saúde na população pobre. Em discurso de 29 de outubro, o deputado Mendes Tavares pediu que o Governo Federal adiantasse os salários dos servidores, operários e diaristas da União, já que a maioria dos funcionários públicos já estava doente³⁶.

32 A EPIDEMIA. **O Paiz**, Rio de Janeiro, 16 de outubro de 1918, p. 4. Disponível em: < http://memoria.bn.br/DocReader/docreader.aspx?bib=178691_04&pasta=ano%20191&pesq=%22INFLUENZA%20HESPANHOLA%22&pagfis=40694 >. Acesso em: 4 de jul. de 2022.

33 *Idem*.

34 Nessa parte, o discurso do deputado Nicanor Nascimento nos Anais se torna praticamente ilegível, mas há como depreender trechos no sentido de que “os higienistas asseguram que a peste era evitável se tivessem sido tomadas medidas preventivas e prophylaticas”, tendo o congressista comparado a situação no Rio de Janeiro à da capital estadunidense Washington, em que teriam sido tomadas “rigorosas providencias” contra o alastramento da epidemia.

35 BRASIL. 1918a. **Anais do Congresso Nacional**. Discurso do deputado Nicanor Nascimento, 18 de outubro de 1918, p. 3.870.

36 BRASIL. 1918b. **Anais do Congresso Nacional**. Discurso do deputado federal Mendes Tavares, 29 de outubro de 1918, p. 3.927-3.928.

Já na sessão do dia 31, o deputado Octacilio Camara criticou o “pouco caso” das autoridades com a doença entre as classes menos abastadas. Afastado do centro da cidade, o povo começava a ter febres, em seguida recaídas, as infecções e, então, já “não era mais possível reagir”³⁷. “Nas classes menos abastadas, que se verifica? Absoluta miseria. Pessoas que vivem *au jour le jour*, lutando com a fome”. Então o sr. Antonio Aguirre propõe um aparte ao discurso: “À porta dos restaurantes, à noite, à espera de comida”. Camara segue: “a grande quantidade de pessoas morreu sem assistência, ou porque estavam insuladas nas casas e nos cortiços, ou porque não havia espaço para elas nos hospitais da cidade”. E conclui: “Já mostrei que não tínhamos aqui um aparelhamento eficiente de assistência”, mas absolve o Diretor de Saúde: “o Sr. Dr. Carlos Seidl não tinha recursos ao seu alcance e não pode ser acusado”³⁸.

A preocupação com uma “nova reorganização” da saúde pública voltaria meses depois do arrefecimento da epidemia no Rio de Janeiro. Em 29 de abril de 1919, “A Noite” parecia comemorar “[t]eremos um Código Sanitário!”. O Governo Federal e sanitaristas ilustres, como Theophilo Torres e Carlos Chagas, anunciaram a criação de uma comissão para promulgação “não de simples instruções”, mas de um código sanitário, “compendiando todas as medidas de hygiene e prophylaxia a serem observadas no paiz”³⁹. A comissão reuniu-se pela primeira vez em maio⁴⁰ e, no fim daquele mês, as reuniões passaram a ser semanais⁴¹. A partir de junho, a comissão de sistematização do código sanitário passou a funcionar como uma es-

37 BRASIL. 1918c. **Anais do Congresso Nacional**. Discurso do deputado federal Octacilio Camara, 31 de outubro de 1918, p. 3.957.

38 BRASIL. 1918c. **Anais do Congresso Nacional**. Discurso do deputado federal Octacilio Camara, 31 de outubro de 1918, p. 3.958.

39 O SERVIÇO DE PROPHYLAXIA RURAL: Uma comissão para imprimir-lhe unidade e methodo. Teremos um Código Sanitário! **A Noite**, Rio de Janeiro, 29 de abril de 1919. Disponível em: < http://memoria.bn.br/DocReader/docreader.aspx?bib=348970_01&pasta=ano%20191&pesq=%22CODIGO%20SANITARIO%22&pagfis=14873>. Acesso em: 4 de jul. de 2022.

40 ORGANISA-SE O CODIGO SANITARIO... **A Noite**, Rio de Janeiro, 8 de maio de 1919, p. 2. Disponível em: < http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=348970_01&Pesq=%22Superintend%20Geral%20dos%20Servi%20de%20Hygiene%22&pagfis=14920> Acesso em: 4 de jul. de 2022.

41 AS REUNIÕES DA COMISSÃO DO CODIGO SANITARIO. **A Noite**, Rio de Janeiro, 11 de maio de 1919, p. 2. Disponível em: < http://memoria.bn.br/DocReader/docreader.aspx?bib=348970_01&pasta=ano%20191&pesq=%22CODIGO%20SANITARIO%22&pagfis=14932> Acesso em: 4 de jul. de 2022.

pécie de comissão também consultiva à política sanitária do cotidiano do governo federal⁴².

Em novembro de 1919, na Câmara dos Deputados, o parlamentar pelo Distrito Federal Mendes Tavares criticou duramente a tentativa do Governo Federal de transferir para União todos os serviços de saúde da República, sem “ter armado as autoridades de elementos indispensáveis ao exercício de suas atribuições”. Tavares, discordando do então projeto de lei para criação do Ministério da Saúde enviado pelo Presidente da República ao Congresso, propôs a reorganização da Diretoria Geral em Superintendência Geral dos Serviços de Hygiene e de Saúde Pública, que ficaria subordinada ao Ministério do Interior, a quem competiria a confecção do código⁴³.

No fim daquele mês, foi apresentado à Comissão de Saúde Pública do Congresso um substitutivo, de iniciativa parlamentar, de relatoria do deputado Teixeira Brandão, que dispunha sobre a reorganização dos serviços de saúde. O art. 4º da proposta autorizava o Poder Executivo a confeccionar o código sanitário, que seria submetido à aprovação do Congresso Nacional⁴⁴.

Da análise das fontes documentais, é possível concluir que, na década que antecedeu a epidemia de gripe no Rio de Janeiro e no começo dos anos 1910, existia uma preocupação no debate público, ancorada nos discursos “oficiais” da Academia de Medicina, em modernizar as instituições sanitárias. Que essa preocupação foi interrompida pela crise da influenza no fim de 1918 por conta, num primeiro momento, da inação do Governo para contenção da doença e, após, com as medidas de emergência que foram tomadas. Nos meses que seguiram, com a diminuição dos casos de gripe, as consequências de mais uma epidemia que atingia a capital

42 ORGANISANDO O CODIGO SANITARIO. **A Noite**, Rio de Janeiro, 18 de junho, 1919, p. 2. Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=348970_01&Pesq=%22Superintend%20Geral%20dos%20Servi%20de%20Hygiene%22&pagfis=15154>. Acesso em: 4 de jun. de 2022.

43 NÃO TERIA EFFICACIA UM MINISTERIO DA SAUDE. **A Noite**, Rio de Janeiro, 12 de novembro de 1919, p. 3. Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/docreader.aspx?bib=348970_01&pasta=ano%201919&pesq=%22CODIGO%20SANITARIO%22&pagfis=16013> Acesso em 4 de jul. de 2022.

44 EM QUE DEU O MINISTERIO DA SAUDE: um projecto de reorganização dos serviços. **A Noite**, Rio de Janeiro, 24 de novembro de 1919, p. 3. Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=348970_01&Pesq=%22Superintend%20Geral%20dos%20Servi%20de%20Hygiene%22&pagfis=16079>. Acesso em: 4 de jul. de 2022.

foram novamente lembradas pelos atores que retomaram a ideia de um código sanitário federal.

GRIFE ESPANHOLA, EPIDEMIAS E A FALTA DE UM PROJETO DE SAÚDE PÚBLICA

“A espanhola veio, com certeza, tornar imperativo a melhoria da estrutura de saúde da cidade”⁴⁵. O que se extrai da pesquisa realizada é que não havia, ao estourar da epidemia de gripe espanhola no país, nem uma estrutura organizada de saúde pública, nem um projeto de saúde pública atribuível às elites políticas, econômicas e intelectuais.

As autoridades se apoiaram, durante toda a crise sanitária de 1918, em um discurso oficial da Academia Brasileira de Medicina (ABM), que atribuía principalmente à figura de Oswaldo Cruz “sucesso” no controle das epidemias na década anterior, ainda que os eventos que desaguaram na Revolta da Vacina não tenham absolvido o então Diretor Geral de Saúde de críticas do Legislativo e da opinião pública. Isso tornou a acontecer durante a epidemia de gripe: Carlos Pinto Seidl, Teófilo Torres e depois Carlos Chagas sucederam na Diretoria-Geral de Saúde Pública com a expectativa de que seguissem o padrão esperado, a “obra de Oswaldo Cruz”.

Essa fórmula, no entanto, não era encarada como continuidade do legado de Oswaldo Cruz pela população. Antes, a opinião pública criticava a repetição de uma política higienista que excluía a população do “processo de inovação sanitária”⁴⁶.

A historiografia sobre a Revolta da Vacina⁴⁷, por exemplo, costuma tratar o episódio como uma ação autoritária do Estado e como movimento de resistência popular à atividade sanitária, como se o movimento por si só representasse uma revolução, apta a abalar o tecido social, principalmente da capital. Aqui o ponto merece mais cuidado e mais investigação: não haveria um projeto maior, levado a cabo por essas elites que é o projeto sanitário excludente, esse sim que não dava conta da própria estrutura social do país?

Um código sanitário centralizado seguiu como “principal demanda do sanitário brasileiro” na década de 1920⁴⁸. A inovação legislativa não se consolidou.

45 GOULART, 2005, *Op. Cit.*, p. 105.

46 SCHWARCZ; STARLING, 2020, *Op. Cit.*, p. 173.

47 SEVCENKO, 2010, *Op. Cit.*

48 MELO, Daniela Tranches de. **A influência dos movimentos sociais na normatização e efetivação das políticas públicas: a experiência do Movimento Sanitário e do Sistema Único de Saúde**. 2013. 306 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Instituto de Estudos Sociais e Políticos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

No entanto, ao menos administrativamente, os serviços de saúde pública foram reorganizados. O código sanitário local, e não nacional, somente ficaria pronto em 1923.

Apesar de toda influência do progresso médico do primeiro quartel do século, nunca houve de fato a preocupação que a legislação sanitária expusesse e lidasse – ou tentasse lidar – com a desigualdade social no país. Ou seja, realmente conhecer o estado sanitário da população brasileira, quais eram de fato as condições de saúde do povo. Na Inglaterra, ainda no séc. XIX, projeto semelhante teria sido posto em prática pelo príncipe Albert, consorte da Rainha Vitória, o “*Report on the sanitary conditions of the labouring population of Great Britain*”, publicado em 1842, por Edwin Chadwick. A partir da relação entre a pobreza da população e o crescimento e dispersão de doenças, Chadwick argumentou que o governo deveria intervir nesses locais oferecendo aos trabalhadores água limpa, sistemas de esgotamento e de manejo de lixo urbano, ao argumento de que esse projeto aumentaria a eficiência laboral.⁴⁹

A DÉCADA SEGUINTE: INOVAÇÃO E TRANSIÇÃO PELOS CÓDIGOS DE 1920 E 1923

Para Adriana da Costa Goulart⁵⁰, as epidemias podem produzir um sentido histórico muito mais de choque cultural do que propriamente de estímulo “para inovações administrativas que visem evitar desastres”. No entanto, a autora reconhece na epidemia de gripe espanhola um impacto político e social que teve como um de seus efeitos as reformas sanitárias e a “reformulação das instituições de saúde pública”, na década de 1920.

A partir de então, a desorganização na saúde pública federal foi parcialmente contornada com a criação do Departamento Nacional de Saúde Pública, por meio do Decreto nº 3.987/1920, extinguindo a Diretoria-Geral de Saúde Pública, que era subordinada ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores. O órgão seria, em

49 **REPORT ON THE SANITARY CONDITIONS OF THE LABOURING POPULATION OF GREAT BRITAIN.** Contexto histórico e saúde pública. Disponível em: <https://navigator.health.org.uk/theme/report-sanitary-conditions-labouring-population-great-britain>. Acesso em: 10 de ago. de 2021. Mais tarde, em 1920, o Lord Dawson, de Penn, foi encarregado do “*Interim Report on the Future Provision of Medical and Allied Services 1920*”, que propôs um sistema único que ligasse e organizasse a rede de hospitais pelo país. Embrião do que se tornaria o National Health Service (NHS). **INTERIM REPORT ON THE FUTURE PROVISION OF MEDICAL AND ALLIED SERVICES 1920.** Contexto histórico e saúde pública. Disponível em: <https://navigator.health.org.uk/theme/lord-dawsons-interim-report-future-provision-medical-and-allied-services-1920>. Acesso em: 10 de ago. de 2021.

50 GOULART, 2003, *Op. Cit.*, p. 93.

primeiro momento, responsável pela organização de um Código Sanitário. As reformas no regulamento do Departamento incluíram como competências a higiene infantil, industrial e profissional, a educação sanitária, a fiscalização e o fornecimento de medicamentos, a defesa e a vigilância sanitária⁵¹.

As diretrizes em saúde pública na nova década buscaram aproximar a “higiene” a todos os aspectos da vida de uma cidade grande, como o Rio de Janeiro⁵². No entanto, persistia um perfil “higienista, normatizador e despótico”, reforçando a autoridade dos médicos quer sobre a atividade política, por meio da imposição da técnica, quer pela autoridade dos médicos sobre a população⁵³. Nesse sentido, a lei de 1920⁵⁴ (que criou o Departamento Nacional de Saúde) e o decreto de 1923⁵⁵ (que aprovou seu regulamento) devem ser entendidos como “parte integrante do saber jurídico e médico”.

Mas não somente isso. As leis sanitárias eram parte da legislação social, que não podem ser entendidas se não se levar em conta seu aspecto de proteção e de dependência nas relações entre trabalhadores e o Estado⁵⁶. Nesse contexto, a produção legislativa buscava uma cooperação entre a classe trabalhadora e o Estado, assim mesmo era o código sanitário ao dispor, por exemplo, sobre aspectos da saúde no trabalho industrial⁵⁷. Ao mesmo tempo, as leis continuaram a servir como técnica de controle da ordem pública, por meio da repressão a movimentos operários, sob o argumento de proteção da saúde pública^{58,59}.

No entanto, em que pese a aprovação dessa legislação federal, a sistematização de um código que desse conta das pretensões sanitárias, políticas, sociais e econômicas, de fato, não se apresentou como consequência da experiência da crise sanitária causada pela gripe espanhola.

51 BRASIL. Memória da Administração Pública Brasileira. **Departamento Nacional de Saúde Pública**. Disponível em: <http://mapa.an.gov.br/index.php/component/content/article?id=682>. Acesso em: 16 de out. de 2021.

52 GOULART, 2003, *Op. Cit.*, p. 192.

53 GOULART, 2003, *Op. Cit.*, p. 193.

54 BRASIL. Lei nº 3.987/1920. “Reorganiza os serviços de Saude Publica”.

55 BRASIL. Decreto nº 16.300/1923. “Aprova o regulamento do Departamento Nacional de Saude Publica”.

56 GOULART, 2003, *Op. Cit.*, p. 201.

57 GOMES, Ângela de Castro. **Burguesia e trabalho: política e legislação social no Brasil (1917-1937)**. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

58 GOULART, 2003, *Op. Cit.*, p. 203.

59 GOMES, 1979, *Op. Cit.*, p. 89.

Interessa, nesse ponto, notar que o Estado de São Paulo havia aprovado um código próprio em abril de 1918, portanto, meses antes da influenza chegar no país. É importante destacar que, nessas duas décadas iniciais do século XX, havia no Brasil uma legislação muito incipiente no que se refere às relações trabalhistas. Não existiam garantias de aposentadoria, seguro-saúde que remunerasse o trabalhador em caso de doença, nem licenças, férias ou repouso semanal remunerado. Um verdadeiro paraíso liberal. O código sanitário, principalmente o de São Paulo, constituía-se numa das poucas referências de proteção social⁶⁰.

Os oitocentos artigos desse código estavam divididos em títulos e subdivididos nos capítulos e seções. Esses artigos do Código Sanitário de 1918 procuravam regular a vida das pessoas nas cidades e na zona rural do Estado de São Paulo. No entanto, quando a doença se alastrou pelo Estado, a sociedade paulista modificou rotinas, hábitos e costumes. O Código Sanitário tornou-se impraticável. Como na capital, a medicina acadêmica tradicional e a estrutura e organização do Serviço Sanitário do Estado, à época, mostraram-se incapazes de responder à altura esse desafio epidêmico⁶¹.

Passada a pandemia, apesar de a gripe espanhola ter comprometido a eficácia do código estadual, a lei foi sendo reformada até sua revogação em 1970, tendo os atores envolvidos na disputa sobre os sentidos e o alcance da legislação de saúde buscado incorporar a ela as inovações na legislação social.

As leis sanitárias nacionais de 1920 e de 1923 também foram resultado das mudanças nas leis de controle social do início do século XX no Brasil. Para analisar a lei que reorganizou os serviços de Saúde Pública (Lei nº 3.987/1920) e o decreto que aprovou o regulamento do Departamento Nacional de Saúde Pública (Decreto nº 16.300/1923), é bastante rico lançar mão dos conceitos de inovação e de transição jurídicas, categorias analíticas úteis para a percepção do direito em seu caráter situacional no contexto de uma pandemia como a de gripe espanhola⁶².

Inovação é uma categoria “pré-jurídica dos sentidos das formas que o direito adquire”⁶³. Inovação é uma mudança, considerando o contexto político, social,

60 DUARTE, Ivomar Gomes. O Código Sanitário Estadual de 1918 e a Epidemia de Gripe Espanhola. Em: **Cadernos de História da Ciência** – Instituto Butantan – vol. V (1) jan-jul 2009.

61 DUARTE, 2009, *Op. Cit.*, p. 36.

62 MECCARELLI, Massimo. O que entendemos quando falamos de inovação jurídica? Um olhar pela História do Direito. Em: **História do Direito: RHD**. Curitiba, v.1, n.1, p. 317-330, jul-dez de 2020.

63 MECCARELLI, 2020, *Op. Cit.*, p. 319.

econômico e cultural, “entendida como um progresso”⁶⁴. Como se constatou nas seções anteriores, a aprovação de um código sanitário nacional era demanda urgente por parte da opinião pública e dos congressistas, como parte de um contexto em que o controle social era o principal instrumento utilizado pelo Estado como forma de repressão, entendida a consolidação da legislação sanitária como nova técnica para este fim.

O mero discurso de inovação, no entanto, é insuficiente para demonstrar a mudança jurídica como, de fato, inovadora⁶⁵. A “inovação reconhecida” é identificada como tal pelos historiadores, a partir de um ponto de vista do observador, externo ao fato e ao contexto em que se deu aquela mudança jurídica. Ademais, ainda que não haja “inovação autoafirmada”, é possível identificar o caráter inovador de uma teoria jurídica, de normas, de mudanças institucionais⁶⁶. Pode-se considerar seu caráter situacional – que relaciona as circunstâncias sociais, políticas e jurídicas e a emergência e o fenômeno da mudança – e dessa forma entendermos inovação como uma “determinada forma de pensar o vínculo entre passado, presente e futuro”. A inovação enquanto “tempo” molda a dimensão do direito⁶⁷.

A transição, por sua vez, é categoria complementar ao conceito de inovação, que permite considerá-la no tempo. A transição, para além de descrever um regime no tempo, cria um regime jurídico, constituindo um *locus* de ocorrência para inovação. Quando se compara o código sanitário paulista, anterior à epidemia de gripe, com a tentativa de consolidação nacional das leis sanitárias na década de 1920, por exemplo, é possível compreender seu caráter não tão inovador assim. A inovação permite perceber a forma de pensar o direito num determinado contexto, comparando aquilo que era tido como paradigma com aquilo que era tido por progresso. A transição, por sua vez, justamente permite atribuir os sentidos de paradigma e de progresso, atribuindo àquele tempo de transição um “horizonte de possibilidades”, ou seja, a produção de um “regime jurídico”.

Pode-se então evidenciar a relevância para História do Direito no uso das categorias inovação/transição para estudar, como é o caso deste trabalho, as transformações institucionais a partir da consideração dos fatos sociais de um determinado contexto, ou seja, atribuindo à transformação jurídica um “valor situacional”⁶⁸. O artigo buscou demonstrar que um código sanitário nacional era imaginado como

64 MECCARELLI, 2020, *Op. Cit.*, p. 320.

65 *Idem.*

66 MECCARELLI, 2020, *Op. Cit.*, p. 321.

67 MECCARELLI, 2020, *Op. Cit.*, p. 322.

68 MECCARELLI, 2020, *Op. Cit.*, p. 327.

tal inovação jurídica, seja como técnica de repressão social, seja como projeto em disputa entre a classe médica e política, mas, como se pôde perceber, o código sanitário não era pensado como instrumento para que as autoridades conhecessem de fato a situação sanitária do povo, o que demonstra seu caráter excludente. A análise situacional que se pretendeu fazer destaca como tal inovação no direito “ganhou seu lugar num espaço de transição”⁶⁹, como era o Rio de Janeiro do início do século XX⁷⁰.

CONCLUSÃO

Esse artigo pretendeu abordar três conjuntos de fontes, a saber: o código sanitário de São Paulo, conforme citado acima; alguns discursos parlamentares de outubro e novembro de 1918; e, por último, demonstrar como a imprensa do Rio de Janeiro tratou da pandemia da gripe espanhola.

Lançou-se como hipótese a ideia de que a situação de crise criada pela pandemia causou a emergência por uma consolidação das leis sanitárias em um código.

A conclusão a que chega o artigo é a de que não havia, à época da disseminação da influenza na capital federal, estrutura ou política pública de saúde organizada para atender à população nem sequer projeto sanitário em curso para propor soluções para a pandemia.

Por mais que o código sanitário fosse imaginado como um espelho do progresso, a existência ou não de uma legislação sanitária foi pouco significativa, àquele momento, para dar conta de atender ao povo que adoecia em meio às incertezas geradas pela influenza, quer pela sua origem desconhecida, quer por sua rápida disseminação, quer por sua letalidade. É possível concluir isso quando se comparou a forma como os atores institucionais entendiam a questão com as prognoses e os resultados da aplicação de um código que já existia (o paulista) durante a pandemia.

69 MECCARELLI, Massimo; PAIXÃO, Cristiano; ROESLER, Cláudia. Innovation and transition in law: some introductory remarks on the heuristic value of a conceptual pair. MECCARELLI, Massimo; PAIXÃO, Cristiano; ROESLER, Cláudia (Eds.). Em: **Innovation and Transition in Law: Experiences and Theoretical Settings**. Madri: Dykinson, 2020, p. 10. Disponível em: https://www.academia.edu/44565652/Innovation_and_Transition_in_Law_Experiences_and_Theoretical_Settings_Massimo_Meccarelli_Cristiano_Paix%C3%A3o_Claudia_Roesler_ed_Madrid_Universidad_Carlos_III_2020. Acesso em 20 de nov. de 2021.

70 SEVCENKO, 2010, *Op. Cit.*; CHALHOUB, 1996, *Op. Cit.*; NEDER, 1997, *Op. Cit.*; SCHWARCZ; STARLING, 2020, *Op. Cit.*

Portanto, a análise crítica sobre os processos de transição/inação de antes, durante e depois da epidemia de gripe espanhola no Rio de Janeiro ajudou a explorar o ponto digno de maior atenção: a história social da legislação sanitária no Brasil. Ou seja, para tentar explicar como um código sanitário, imaginado como inováção jurídica, ganhou lugar num espaço de profunda transição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A EPIDEMIA. **O Paiz**, 16 de outubro de 1918, p. 4. Disponível em: < http://memoria.bn.br/DocReader/docreader.aspx?bib=178691_04&pasta=ano%20191&pesq=%22INFLUENZA%20HESPANHOLA%22&pagfis=40694 >. Acesso em: 4 de jul. de 2022.

A GRANDE DESGRAÇA. O 'MAL DE SEIDL' PROGRIDE ASSUSTADORAMENTE. **Gazeta de Notícias**, Rio de Janeiro, 15 de outubro de 1918. Disponível em: < http://memoria.bn.br/DocReader/docreader.aspx?bib=103730_04&pasta=ano%20191&pesq=%22A%20INFLUENZA%20HESPANHOLA%22&pagfis=45338 >. Acesso em: 4 de jul. de 2022.

A INFLUENZA HESPANHOLA TOMA UM CARACTER GRAVE... **O Paiz**, Rio de Janeiro, 16 de outubro de 1918, p. 4. Disponível em: < http://memoria.bn.br/DocReader/docreader.aspx?bib=178691_04&pasta=ano%20191&pesq=%22INFLUENZA%20HESPANHOLA%22&pagfis=40694>. Acesso em: 4 de jul. de 2022.

A REFORMA DA HIGIENE. **A Noite**, Rio de Janeiro, 12 de setembro de 1911, n. 49, p. 2. Disponível em: < http://memoria.bn.br/DocReader/docreader.aspx?bib=348970_01&pasta=ano%20191&pesq=%22A%20Reforma%20da%20Hygiene%22&pagfis=197>. Acesso em 4 de jul. de 2022.

A REFORMA DA HIGIENE. **O Paiz**, Rio de Janeiro, 28 de maio de 1911, p. 2. Disponível em: < http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=178691_04&Pesq=reforma%20da%20hygiene&pagfis=6941>. Acesso em 4 de jul. de 2022.

AS REUNIÕES DA COMISSÃO DO CODIGO SANITARIO. **A Noite**, 11 de maio de 1919, p. 2. Disponível em: < http://memoria.bn.br/DocReader/docreader.aspx?bib=348970_01&pasta=ano%20191&pesq=%22CODIGO%20SANITARIO%22&pagfis=14932> Acesso em: 4 de jul. de 2022.

BRASIL. 1918a. **Anais do Congresso Nacional**. Discurso do deputado Nicanor Nascimento, 18 de outubro de 1918, p. 3.870-3.871.

BRASIL. 1918b. **Anais do Congresso Nacional**. Discurso do deputado federal Mendes Tavares, 29 de outubro de 1918, p. 3.927-3.928.

BRASIL. 1918c. **Anais do Congresso Nacional**. Discurso do deputado federal Octacilio Câmara, 31 de outubro de 1918, p. 3.957-3.958.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Legislação Informatizada. **Lei nº 3.987 de 2 de janeiro de 1920**. Reorganiza os serviços de Saúde Pública. 1920. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1920-1929/lei-3987-2-janeiro-1920-570495-publicacaooriginal-93627-pl.html>. Acesso em: 03 jan. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto nº 16.300 de 31 de dezembro de 1923**. Aprova o regulamento do Departamento Nacional de Saúde Pública. 1923. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d16300.htm. Acesso em: 03 jan. 2022.

CHALHOUB, Sidney. **Cidade Febril: cortiços e epidemias na Corte imperial**. São Paulo: Companhia da Letras, 1996.

DUARTE, Ivomar Gomes. O Código Sanitário Estadual de 1918 e a Epidemia de Gripe Espanhola. Em: **Cadernos de História da Ciência** – Instituto Butantan – vol. V (1) jan-jul 2009.

EM QUE DEU O MINISTERIO DA SAUDE: um projecto de reorganização dos serviços. **A Noite**, Rio de Janeiro, 24 de novembro de 1919, p. 3. Disponível em: < http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=348970_01&Pesq=%22Superintend%20Geral%20dos%20Servi%20de%20Hygiene%22&pagfis=16079>. Acesso em: 4 de jul. de 2022.

GOMES, Ângela de Castro. **Burguesia e trabalho: política e legislação social no Brasil (1917-1937)**. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

GOULART, Adriana da Costa. **Um cenário mefistotélico: a gripe espanhola no Rio de Janeiro**. 2003. 253 f. Dissertação (Mestrado em História) – Instituto de Ciências Humanas e Filosofia, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2003.

GOULART, Adriana da Costa. Revisitando a espanhola: a gripe pandêmica de 1918 no Rio de Janeiro. **História, Ciências, Saúde** – Manguinhos. v.12, n.1, p. 101-142, jan-abr. 2005.

INFLUENZA HESPANHOLA. **O Paiz**, Rio de Janeiro, 12 de outubro de 1918, p. 4. Disponível em: < http://memoria.bn.br/DocReader/docreader.aspx?bib=178691_04&pasta=ano%201918&pesq=%22INFLUENZA%20HESPANHOLA%22&pagfis=40646>. Acesso em: 4 de jul. de 2022.

INTERIM REPORT ON THE FUTURE PROVISION OF MEDICAL AND ALLIED SERVICES 1920. Contexto histórico e saúde pública. Disponível em: <https://navigator.health.org.uk/theme/lord-dawsons-interim-report-future-provision-medical-and-allied-services-1920>. Acesso em: 10 de ago. de 2021.

MECCARELLI, Massimo. **Times of the innovation, times of transition shaping legal dimension, Historical and methodological approach**. Texto apresentado no III Workshop Universidade de Brasília – Universidade de Macerata: Inovação e Transição no direito, experiências e configurações teóricas, Brasília, novembro de 2019.

MECCARELLI, Massimo. O que entendemos quando falamos de inovação jurídica? Um olhar pela História do Direito. Em: **História do Direito: RHD**. Curitiba, v.1, n.1, p. 317-330, jul-dez de 2020.

MECCARELLI, Massimo; PAIXÃO, Cristiano; ROESLER, Cláudia. Innovation and transition in law: some introductory remarks on the heuristic value of a conceptual pair. Em: MECCARELLI, Massimo; PAIXÃO, Cristiano; ROESLER, Cláudia (Eds.). **Innovation and Transition in Law: Experiences and Theoretical Settings**. Madri: Dykinson, 2020, p. 9-19. Disponível em: https://www.academia.edu/44565652/Innovation_and_Transition_in_Law_Experiences_and_Theoretical_Settings_Massimo_Meccarelli_Cristiano_Paix%C3%A3o_Claudia_Roesler_ed_Madrid_Universidad_Carlos_III_2020. Acesso em 20 de nov. de 2021.

MELO, Daniela Tranches de. **A influência dos movimentos sociais na normatização e efetivação das políticas públicas: a experiência do Movimento Sanitário e do Sistema Único de Saúde**. 2013. 306 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Instituto de Estudos Sociais e Políticos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

NÃO TERIA EFFICACIA UM MINISTERIO DA SAUDE. **A Noite**, 12 de novembro de 1919, p. 3. Disponível em: < http://memoria.bn.br/DocReader/docreader.aspx?bib=348970_01&pasta=ano%20191&pesq=%22CODIGO%20SANITARIO%22&pagfis=16013> Acesso em 4 de jul. de 2022.

NEDER, Gizlene. 1997. Cidade, identidade e exclusão social. **Tempo**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3. p. 106-134.

O “DEMERARA” FEZ PÉSSIMA VIAGEM. **Gazeta de Notícias**, Rio de Janeiro, 16 de setembro, 1918, p. 6. Disponível em: < http://memoria.bn.br/DocReader/docreader.aspx?bib=103730_04&pasta=ano%20191&pesq=%22PESSIMA%20VIAGEM%22&pagfis=45093>. Acesso em 4 de jul. de 2022.

O REI ALBERTO, DA BELGICA, COMMANDA A OFFENSIVA DO SEU EXERCITO. **O Paiz**, Rio de Janeiro, 30 de setembro de 1918, capa. Disponível em: < http://memoria.bn.br/DocReader/docreader.aspx?bib=178691_04&pasta=ano%20191&pesq=%22O%20REI%20ALBERTO,%20DA%20BELGICA%22&pagfis=40475>. Acesso em: 4 de jul. de 2022.

ORGANISANDO O CODIGO SANITARIO. **A Noite**, 18 de junho, 1919, p. 2. Disponível em: < http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=348970_01&Pesq=%22Superintend%20Geral%20dos%20Servi%20a7os%20de%20Hygiene%22&pagfis=15154>. Acesso em: 4 de jul. de 2022.

ORGANISA-SE O CODIGO SANITARIO... **A Noite**, Rio de Janeiro, 8 de maio de 1919, p. 2. Disponível em: < http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=348970_01&Pesq=%22Superintend%20Geral%20dos%20Servi%20a7os%20de%20Hygiene%22&pagfis=14920> Acesso em: 4 de jul. de 2022.

O SERVIÇO DE PROPHYLAXIA RURAL: Uma comissão para imprimir-lhe unidade e methodo. Teremos um Codigo Sanitario! **A Noite**, 29 de abril de 1919. Disponível em: < http://memoria.bn.br/DocReader/docreader.aspx?bib=348970_01&pasta=ano%20191&pesq=%22CODIGO%20SANITARIO%22&pagfis=14873>. Acesso em: 4 de jul. de 2022.

PAULA, Rodrigo Francisco de. **Estado de emergência na saúde pública e intervenção estatal na vida privada: para além da invasão e da revolta**. 2016. 244 f. Tese (Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais) - Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2016.

REPORT ON THE SANITARY CONDITIONS OF THE LABOURING POPULATION OF GREAT BRITAIN. Contexto histórico e saúde pública. Disponível em: <https://navigator.health.org.uk/theme/report-sanitary-conditions-labouring-population-great-britain>. Acesso em: 10 de ago. de 2021.

SÃO PAULO. **Decreto nº 2.918 de 9 de abril de 1918**. “Dá execução ao Código Sanitário do Estado de São Paulo”, 1918.

SEVCENKO, Nicolau. **A revolta da vacina: mentes insanas em corpos rebeldes**. São Paulo: Cosac Naify, 2010.

SCHWARCZ, Lilian; STARLING, Heloisa. **A bailarina da morte: A gripe espanhola no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

A LEI N. 13.964/2019 E O ALCANCE DA COISA JULGADA NA DECISÃO DE ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL

LAW N. 13.964/2019 AND THE REACH OF RES JUDICATA IN THE DECISION TO ARCHIVE THE POLICE INVESTIGATION

Vinicius Schulz Nardes¹
Cassio Ceconello Filho²

Data de Submissão: 26/03/2022

Data de Aceite: 22/06/2022

Resumo: O presente artigo procura investigar a relação, no âmbito do processo penal, entre o instituto da coisa julgada e as decisões de arquivamento do inquérito policial, estudando, em particular, as principais modificações promovidas pelo Pacote Anticrime. De início, fazem-se imprescindíveis alguns apontamentos sobre a coisa julgada no processo penal, discorrendo também sobre o procedimento de arquivamento do inquérito policial antes e após a Lei n. 13.964/2019. Valendo-se de revisão bibliográfica e de análise legislativa e jurisprudencial, essa pesquisa aborda o arquivamento do inquérito à luz da legislação processual, com base também nas considerações doutrinárias. Ao arremate, necessário reconhecer que o novo procedimento instituído pelo Pacote Anticrime, cuja vigência se encontra suspensa por ordem do Supremo Tribunal Federal, acaba por afastar a coisa julgada que revestia as decisões de arquivamento do inquérito policial.

Palavras-chave: Processo Penal. Pacote Anticrime. Coisa julgada. Arquivamento. Inquérito Policial.

Abstract: This article seeks to investigate the relationship, within the scope of criminal procedure, between the institution of res judicata and the decisions to archive the police investigation, studying, in particular, the main changes pro-

1 Graduando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Estagiário do Ministério Público de Santa Catarina. E-mail: vsnardes@gmail.com.

2 Graduando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Estagiário do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. E-mail: cassioceconello@yahoo.com.br.

moted by the Anticrime Package. At first, it is essential to make some notes on res judicata in the criminal procedure, also discussing the procedure for archiving the police investigation, before and after Law n. 13.964/2019. Based on bibliographic review and legislative and jurisprudential analysis, this research addresses the closure of the investigation in the light of procedural legislation, also based on doctrinal considerations. At the end, it is necessary to recognize that the new procedure instituted by the Anticrime Package, whose effectiveness is suspended by order of the Federal Supreme Court, has removed the res judicata that covered the decisions to archive the police investigation.

Keywords: Criminal Procedure. Anticrime Package. Res Judicata. Archiving. Police Investigation.

INTRODUÇÃO

O estudo realizado visa à compreensão de importantes inovações advindas da nova Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, o conhecido Pacote Anticrime, enfatizando as mudanças concernentes ao procedimento de arquivamento do inquérito policial, previsto no art. 28 do Código de Processo Penal brasileiro. Nesse sentido, sob a ótica jurídica, este artigo, baseando-se no método dedutivo e na pesquisa qualitativa, por meio, ademais, de revisão bibliográfica e análise legislativa e jurisprudencial, busca investigar a maneira como a atribuição agora conferida exclusivamente ao Ministério Público impacta na constituição de coisa julgada.

Para atingir tal objetivo, aborda-se, *a priori*, o conceito de coisa julgada, filiado à noção de segurança jurídica aclamada por meio da Constituição Federal, adentrando em seu caráter formal e material, bem como nos efeitos decorrentes de sua formação. Ademais, com ênfase ao âmbito processual penal, verifica-se de que forma o instituto se apresenta, a depender da decisão a ser proferida e do convencimento final do magistrado.

Em sequência, parte-se à discussão relativa ao procedimento de arquivamento do inquérito policial precedente à Lei n. 13.964/2019. No ponto, destacam-se as hipóteses de não oferecimento da denúncia, nas quais, diante da homologação da autoridade judicial e a requerimento do órgão ministerial, constituir-se-á coisa julgada formal quando do arquivamento decorrente de ausência de justa causa ou de condições para o exercício da ação, possibilitando o prosseguimento do feito em havendo novas provas ou mediante regularização do pressuposto falho.

Versa-se, ademais, acerca das mudanças oriundas do novo Pacote Anticrime, as quais trouxeram novos contornos à principal legislação penal e processual penal vigente no território brasileiro. Nesse contexto, ressaltam-se as alterações promovidas no *Codex* material e no processual, como também na Lei de Execução Penal. No tópico, no entanto, é enfatizado o novo cenário atinente ao arquivamento das investigações, que atribui ao Ministério Público função central e independente no procedimento, o qual se torna alheio à homologação da autoridade judicial, como resultado exclusivo da determinação do promotor natural. Menciona-se, ainda, a dicotomia vigente no que tange à nova redação do art. 28 do CPP, a qual, não obstante bem recepcionada por parte dos juristas, teve seus efeitos suspensos menos de 30 dias após a sanção da Lei Anticrime, a partir da concessão da medida cautelar nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.305/DF, de relatoria do Min. Luiz Fux.

Por fim, conclui-se que a nova formulação dada ao procedimento de arquivamento afasta a possibilidade de constituição de coisa julgada a partir da determinação de arquivamento por parte do *Parquet*. Até mesmo nos casos em que o mérito é abordado como fundamentação para o arquivamento do inquérito, não há falar em coisa julgada, visto que o instituto se aplica, única e exclusivamente, às decisões proferidas pela autoridade judicial competente.

Cumprido ressaltar, por derradeiro, que este artigo baseia-se na necessidade premente de se versar, na esfera acadêmica, acerca de aspectos recentes e ainda em processo de implementação no ordenamento jurídico brasileiro. O desenvolvimento de uma análise crítica sobre tal temática, envolvendo, destacadamente, as novas modelações atribuídas ao art. 28 do Código Processual Penal, possui influência face à forma como a determinação do arquivamento é recepcionada pela doutrina, jurisprudência e, máxime, pelas próprias partes litigantes, garantindo o mais amplo entendimento acerca do instituto da coisa julgada, do pleno acesso à justiça e dos mecanismos intrínsecos ao seu funcionamento.

1. A COISA JULGADA NO PROCESSO PENAL

A Constituição Federal de 1988 erigiu à lugar de destaque, no art. 5º, inciso XXXVI, a segurança jurídica, consubstanciada, dentre outros institutos, também na coisa julgada³. No âmbito do processo penal, as decisões judiciais tornam-se imutáveis e indiscutíveis, revestindo-se da coisa julgada, a partir do momento em que não há interposição de recurso contra tal decisão ou quando todos os recursos cabíveis são interpostos e julgados⁴.

A coisa julgada é formal quando determinada decisão judicial que transita em julgado impede a rediscussão da matéria especificamente no contexto em que foi proferida e apenas em relação ao processo em que o *decisum* foi prolatado⁵.

Em contrapartida, a doutrina⁶ leciona que, enquanto a coisa julgada formal é fenômeno endoprocessual, na coisa julgada material há a projeção, para fora do processo, dos efeitos da imutabilidade da decisão, de modo que o que fora decidido não poderá ser alterado ou desconsiderado em qualquer outra ocasião. Destaca-se

3 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

4 LIMA, R. B. de. Manual de processo penal: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1228.

5 PACELLI, E. Curso de processo penal. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 845.

6 LIMA, R. B. de. Manual de processo penal: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1228-1229.

ainda que, embora a coisa julgada material pressuponha a coisa julgada formal, o inverso não é verdadeiro.

Há, todavia, uma importante ressalva no que se refere à coisa julgada no direito processual penal. Isso porque os artigos 621 e 622 do Código de Processo Penal estabelecem que, a qualquer tempo, poderá ser requerida a revisão dos processos findos quando (i) a sentença condenatória for contrária à lei ou à evidência dos autos; (ii) a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos falsos; ou (iii) se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição da pena⁷. Trata-se de previsão pautada em lógica e razoabilidade, já que não há qualquer justificativa, de ordem ética, política ou filosófica para que se mantenha uma condenação injusta⁸.

Dessa forma, a coisa julgada que reveste as decisões condenatórias ou absolutórias impróprias é meramente relativa, sendo passíveis de revisão a qualquer momento. Por outro lado, nas sentenças absolutórias ou declaratórias extintivas da punibilidade, após o trânsito em julgado, a coisa julgada produz imutabilidade absoluta, já que o ordenamento jurídico brasileiro veda a revisão *pro societate* - ocasião em que se forma a coisa soberanamente julgada⁹.

Há outra ordem de limitação à coisa julgada. Em relação aos limites objetivos, a coisa julgada restringe-se ao fato que foi imputado ao acusado no processo e objeto da sentença, independentemente da capitulação conferida pela acusação. Assim, basta que, em diferentes processos, impute-se ao agente o mesmo fato delituoso para que a coisa julgada incida e impeça novo processamento¹⁰.

No que concerne aos limites subjetivos, é preciso que a imputação fática dúplice recaia sobre determinada pessoa. A subjetividade reside, portanto, na identidade do imputado, fixando-se a impossibilidade de novo processo contra o mesmo acusado, pela mesma imputação¹¹.

7 BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 06 mar. 2022.

8 PACHELLI, E. Curso de processo penal. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 844.

9 LIMA, R. B. de. Manual de processo penal: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1229.

10 LIMA, R. B. de. Manual de processo penal: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1229-1230.

11 LIMA, R. B. de. Manual de processo penal: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1231.

Constatada nova imputação por fato objeto de sentença transitada em julgado, cabe ao acusado opor a exceção de coisa julgada, que, nos termos do art. 111 do Código de Processo Penal, será autuada e processada em apartado¹², não suspendendo, em regra, o processo principal¹³.

Em relação ao procedimento, segue-se o rito previsto para a exceção de incompetência e, enquanto matéria de defesa, a exceção de coisa julgada pode ser oposta a qualquer momento, cabendo ao juiz decidir após ouvir o Ministério Público¹⁴.

No procedimento comum, no âmbito das decisões que colocam fim antecipadamente ao processo, o Código de Processo Penal prevê, no art. 395, a rejeição da denúncia ou da queixa e, no art. 397, a absolvição sumária. Será rejeitada a exordial acusatória quando for manifestamente inepta ou quando faltar pressuposto processual, condição ou justa causa para o exercício da ação penal¹⁵.

Nessas hipóteses, ressalta-se que a coisa julgada é apenas formal na decisão que rejeita a peça acusatória, a autorizar, portanto, o oferecimento de nova denúncia ou queixa, contanto que seja admissível e possível consertar o defeito que levou à rejeição¹⁶.

Por outro lado, o juiz absolverá sumariamente o acusado quando houver existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato ou da culpabilidade do agente - exceto inimputabilidade -, se o fato narrado de maneira evidente não constituir crime ou se estiver extinta a punibilidade do autor¹⁷.

12 O processamento em apartado se dá para permitir revisão de eventual decisão judicial, através da interposição de recurso, sem prejudicar o andamento da ação principal (PACELLI; FISCHER, 2021, p. 773).

13 BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 06 mar. 2022.

14 PACELLI, E. Curso de processo penal. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 394.

15 BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 06 mar. 2022.

16 LIMA, R. B. de. Manual de processo penal: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1426.

17 BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 06 mar. 2022.

Portanto, a decisão de absolvição sumária, por adentrar na análise do mérito, faz coisa julgada formal e material, já que verifica eventual ausência de tipicidade, ilicitude, culpabilidade ou punibilidade no caso concreto¹⁸.

Em relação ao incidente de falsidade documental, faz-se a ressalva que, de acordo com a dicção do art. 148 do Código de Processo Penal, nenhuma decisão fará coisa julgada em prejuízo de ulterior processo penal ou civil¹⁹.

Tal restrição de eficácia da decisão ao processo incidental se justifica diante da ausência de ampla dilação probatória no bojo do incidente de falsidade, que tem a única finalidade de verificar a força probatória de documento supostamente falso juntado aos autos. Desse modo, a decisão proferida no incidente não será aproveitada em eventual ação penal por falsificação ou uso de documento falso, nem considerada na eventualidade de uma ação declaratória cível. Tal previsão legal também se justifica com base na profundidade da cognição exercida no incidente, que é sumária, não exauriente²⁰.

Em sede de *habeas corpus*, considerando que a cognição é limitada à prova existente, eventual denegação da ordem requerida não impede que o paciente obtenha o reconhecimento do direito. Dessa forma, a coisa julgada fica restrita à prova que foi objeto de estrita apreciação pelo órgão judiciário²¹.

Associado ao instituto da coisa julgada, o ordenamento jurídico brasileiro prevê, a partir do art. 621 do Código de Processo Penal, a revisão criminal, enquanto ação impugnativa autônoma²². Em particular, na aferição do interesse de agir do requerente se verifica a existência de coisa julgada, a qual se consubstancia em um requisito para a propositura da demanda²³.

18 LIMA, R. B. de. Manual de processo penal: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1426.

19 BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 06 mar. 2022.

20 LIMA, R. B. de. Manual de processo penal: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1294.

21 LIMA, R. B. de. Manual de processo penal: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1895.

22 BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 06 mar. 2022.

23 LIMA, R. B. de. Manual de processo penal: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1902.

Ademais, salienta-se que as decisões proferidas no âmbito da revisão criminal também se revestem de coisa julgada, impedindo o ajuizamento de nova revisão em que haja identidade de partes, pedido e causa de pedir, de modo que apenas estará autorizada a propositura de nova revisional caso haja modificação no fundamento da demanda, diante de novas provas - conforme previsto pelo art. 622, parágrafo único, do Código de Processo Penal²⁴.

2. O PROCEDIMENTO DE ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL ANTES DA LEI N. 13.964/2019

Detendo o monopólio do poder punitivo, cabe ao Estado, via de regra, também a fase pré-processual da persecução penal. O inquérito policial, de incumbência da polícia judiciária, tem por objeto apurar as infrações penais e sua autoria²⁵.

De acordo com a previsão do Código de Processo Penal, com o encerramento do inquérito, cabe à autoridade policial elaborar, minuciosamente, o relatório das investigações, remetendo-o ao juízo competente²⁶.

A Lei n. 13.964/2019 promoveu significativas alterações no procedimento do inquérito policial, todavia, serão abordadas, *a priori*, as regras previstas antes da modificação legislativa.

Nos crimes de ação penal pública, encaminhados os autos para o Ministério Público, o órgão poderá (i) oferecer a denúncia; (ii) devolver os autos à autoridade policial, para realização de diligências complementares; ou (iii) requerer o arquivamento do inquérito, seja pela ausência de tipicidade, ilicitude, culpabilidade ou punibilidade, seja por entender insuficiente o material probatório disponível ou passível de ser alcançado a fim de comprovar autoria ou materialidade delitivas²⁷.

Desse modo, há duas possibilidades que podem levar ao arquivamento do inquérito policial. De um lado, a ausência de justa causa ou de condições para o exercício da ação penal. De outro, há as hipóteses relativas à atipicidade da con-

24 LIMA, R. B. de. Manual de processo penal: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1921-1922.

25 PACELLI, E. Curso de processo penal. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 95.

26 BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 06 mar. 2022.

27 PACELLI, E. Curso de processo penal. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 112.

duta, à existência de manifesta causa excludente da ilicitude ou da culpabilidade, bem como pela constatação de causa extintiva da punibilidade²⁸.

Assim, diante da natureza do pedido e, conseqüentemente, da decisão judicial, havendo arquivamento do inquérito pela ausência de justa causa ou de condições para o exercício da ação, haverá apenas coisa julgada formal, pela inexistência de análise de mérito. Dessa forma, o Ministério Público, em caso de surgimento de novas provas ou havendo regularização de pressuposto da ação, poderá requerer o desarquivamento e reabrir as investigações, solicitando, por conseguinte, o prosseguimento do feito²⁹.

Nesse sentido, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento de que o arquivamento com base na ausência de condição de procedibilidade não impede posterior oferecimento de denúncia, caso haja o implemento da condição³⁰.

Por outro lado, caso o arquivamento se dê por manifestação do Ministério Público pelo reconhecimento da atipicidade da conduta, da existência de manifesta causa excludente da ilicitude ou da culpabilidade ou ainda de motivo de extinção da punibilidade, haverá, nesses casos, análise do mérito apta a revestir a decisão de coisa julgada formal e material, impedindo rediscussão do caso em qualquer outro processo criminal, mesmo que surjam provas novas³¹.

No entanto, especificamente a respeito das excludentes de ilicitude, a jurisprudência apresenta divergência. Isso porque o Superior Tribunal de Justiça entende pela impossibilidade de rediscutir o caso arquivado com base em causas justificantes³², tendo o Supremo Tribunal Federal, todavia, decidido que o arquivamento do inquérito pelo reconhecimento da excludente não teria o condão de fazer coisa

28 LIMA, R. B. de. Manual de processo penal: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 235-236.

29 LIMA, R. B. de. Manual de processo penal: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 249.

30 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). Habeas Corpus n. 54148/DF. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 27 de março de 2008. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/>. Acesso em: 09 mar. 2022.

31 LIMA, R. B. de. Manual de processo penal: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 249-250.

32 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). REsp n. 791471/RJ. Relator: Ministro Nefi Cordeiro, 25 de novembro de 2014. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/>. Acesso em: 09 mar. 2022.

julgada material³³. De todo modo, a doutrina filia-se à posição do Superior Tribunal de Justiça, entendendo não haver diferença ontológica entre a decisão que arquiva o inquérito pela atipicidade do fato e pela licitude da conduta do agente, já que ambas estariam fundadas na inexistência de crime e não na mera insuficiência de provas para oferecimento de denúncia³⁴.

Independentemente das razões que levaram o membro do *Parquet* a entender pelo arquivamento do inquérito, o requerimento deverá sempre ser submetido à apreciação judicial, cabendo ao juiz decidir pelo acolhimento, ou não, da medida. No caso de deferimento, os autos serão arquivados, podendo, de acordo com os fundamentos do arquivamento, produzir a coisa julgada, conforme exposto anteriormente³⁵.

No entanto, caso o magistrado discorde do parecer do Ministério Público que requereu o arquivamento, não lhe caberá levar o processo adiante, pela absoluta incompatibilidade entre a sua função jurisdicional e a iniciativa da ação penal - ocasião em que determinará a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça³⁶.

3. AS MODIFICAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N. 13.964/2019 NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A sanção da Lei n. 13.964/2019 trouxe consigo importantes mudanças na principal legislação penal e processual penal no Brasil. Promovendo alterações no Código Penal, no Código de Processo Penal, na Lei de Execução Penal, na Lei de Drogas e no Estatuto do Desarmamento, mostra-se imperioso analisar cautelosamente a nova redação conferida a tais disposições legais, de modo a compreender a intenção legislativa decorrente do novo Pacote Anticrime.

Primeiramente, insta ressaltar as principais inovações observadas no Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848/1940), as quais se estendem desde a Parte Geral do *Codex* até tipos penais específicos.

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). HC n. 125101/SP. Relator: Ministro Dias Toffoli, 25 de agosto de 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/>. Acesso em: 09 mar. 2022.

34 LIMA, R. B. de. Manual de processo penal: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 250.

35 LIMA, R. B. de. Manual de processo penal: volume único. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 170.

36 BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 06 mar. 2022.

Nesse sentido, a Lei n. 13.964/2019 fora responsável por ampliar o limite de cumprimento da pena privativa de liberdade de 30 para 40 anos, conforme nova redação do art. 75 do Código Penal³⁷. No entanto, adverte-se acerca das controvérsias decorrentes de tal alteração, principalmente no que tange ao limite máximo de cumprimento das medidas de segurança - tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal adotava o parâmetro então vigente no *Codex* - e ao cumprimento das penas privativas de liberdade no âmbito do Código Penal Militar - o qual também prevê, em seu art. 81, a pena máxima de 30 anos.

No tocante aos efeitos específicos da condenação criminal, o novo Pacote Anticrime trouxe ao Código Penal o art. 91-A, possibilitando o confisco de bens do delinquente nos casos em que a pena comine ao crime pena máxima superior a 6 anos, desde que os bens sejam oriundos do crime ou se mostrem como proveito econômico decorrente da conduta cometida³⁸. A doutrina³⁹ acrescenta que, de acordo com a nova disposição, a perda de bens independe de relação instrumental ou de origem com o delito pelo qual o indivíduo fora condenado, bastando a aferição da incompatibilidade entre o patrimônio do criminoso e o seu rendimento lícito. O confisco alargado passa, então, a integrar o ordenamento jurídico brasileiro, com o condão de atingir a despatrimonialização do crime⁴⁰.

Importante *novatio legis* decorre, também, da alteração da modalidade da ação penal no delito de estelionato, tipificado no art. 171 do Código Penal. Sendo, de acordo com o § 5º do referido dispositivo, condição de procedibilidade a representação da vítima, exceto nos casos envolvendo a administração pública, crianças ou adolescentes, pessoas com deficiência mental, maiores de 70 anos ou incapazes, esta será apenas necessária quando a denúncia ainda não houver sido ofertada pelo Ministério Público competente⁴¹. As demais hipóteses, evidentemente, não constituem

37 BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 06 mar. 2022.

38 BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 06 mar. 2022.

39 LIMA, R. B. de. Pacote Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019 artigo por artigo. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 39.

40 LIMA, R. B. de. Pacote Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019 artigo por artigo. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 40.

41 BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 06 mar. 2022.

atos jurídicos perfeitos, tornando imprescindível a manifestação favorável da vítima em relação ao prosseguimento da *actio*, considerando o prazo decadencial contado a partir da data de vigência da nova lei⁴².

As mudanças mais significativas, no entanto, são notadas no Código Processual Penal. Para além do novo procedimento de arquivamento do inquérito policial, previsto no art. 28 do *Codex* processual e que será desenvolvido de maneira mais detalhada em sequência, nota-se uma série de inovações em alguns dos principais institutos do procedimento penal.

A priori, tem-se a criação da figura do juiz das garantias, como uma forma de separar, de maneira ainda mais evidente, a etapa investigativa da processual. Dessa forma, o juiz competente apenas terá contato com o produto da investigação após oferecida a denúncia pelo Ministério Público, sendo vedada qualquer iniciativa do magistrado durante a investigação e a substituição da atividade probatória do *Parquet*⁴³. Cunha⁴⁴ adiciona que a inércia do juiz deve ser absoluta, não detendo o togado competência para interferir de qualquer maneira na decisão de acusar, sob pena de violação à imparcialidade objetiva.

Ademais, instituiu-se, a partir do novo Pacote Anticrime, o acordo de não persecução penal (ANPP), o qual possui como pressupostos (i) existência de procedimento investigatório; (ii) não ser o caso de arquivamento dos autos; (iii) pena mínima cominada inferior a 4 anos e o cometimento do crime não ter sido mediante violência ou grave ameaça à pessoa; e (iv) o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a prática do crime⁴⁵. Em caso de recusa à homologação da proposta do acordo caberá, ainda, recurso em sentido estrito, de acordo com o novo inciso XXV do art. 581 do Diploma Processual⁴⁶. O ANPP surge, dessa forma, como um meio de evitar o punitivismo exacerbado, deslocando a tutela penal

42 CUNHA, R. S. Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019 - Comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 65.

43 BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 06 mar. 2022.

44 CUNHA, R. S. Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019 - Comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 70.

45 CUNHA, R. S. Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019 - Comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 128-129.

46 BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 06 mar. 2022.

para os crimes que de fato sejam dignos de maior atenção por parte do sistema de justiça.

Além disso, a partir do Pacote Anticrime, todo processo que contenha prova ilícita deve ser anulado, total ou parcialmente, assim como eventuais decisões proferidas⁴⁷. O magistrado que houver prolatado sentença ou acórdão, pautado em prova ilícita, não mais será competente para analisar o mérito da *actio*, visto que contaminado pelo conteúdo ilegal⁴⁸.

Especificamente em relação à prisão em flagrante, o novo Pacote Anticrime determina, a partir da modificação no *caput* do art. 310 do Código de Processo Penal, a realização de audiência de custódia no prazo de 24 horas após recebimento do auto de prisão em flagrante, a qual, se não realizada, ensejará, para além da atribuição de responsabilidade administrativa, penal e civil à autoridade que deu causa à falta, a ilegalidade da prisão, sem prejuízo, no entanto, da decretação de prisão preventiva⁴⁹.

A nova Lei n. 13.964/2019, além de vedar a decretação *ex officio*, pelo magistrado, da prisão preventiva no curso de ação penal, amplia a redação do art. 315 do *Codex* processual penal, o qual afirma a imperiosa fundamentação da decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva. Foram adicionadas hipóteses em que a sentença, o acórdão ou a decisão interlocutória não serão consideradas devidamente fundamentadas, tais como a limitação à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, o emprego de conceitos jurídicos indeterminados e o não enfrentamento de todos os argumentos levantados no curso da ação que eventualmente tenham o condão de infirmar o convencimento do magistrado⁵⁰.

Por último, mister ressaltar ainda as alterações promovidas na Lei de Execução Penal a partir do novo pacote anticrime. Dentre as principais mudanças pode-se mencionar as novas disposições em relação à submissão dos apenados à identificação dos seus perfis genéticos (art. 9º-A), constituindo, inclusive, falta grave a recusa

47 BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 06 mar. 2022.

48 CUNHA, R. S. Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019 - Comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 183.

49 BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 06 mar. 2022.

50 BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 06 mar. 2022.

a tal procedimento; novo panorama em relação ao regime disciplinar diferenciado (RDD), incluindo a ampliação do seu tempo máximo de duração de 360 dias para dois anos, sendo possível sua aplicação sem qualquer limite; novas regras para a progressão de regime, a depender também da natureza do delito cometido; e, por derradeiro, a vedação à saída temporária para presos condenados pela prática de crime hediondo com resultado morte⁵¹.

3.1 - O PROCEDIMENTO DE ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL APÓS A LEI N. 13.964/2019

O novo Pacote Anticrime, a partir da nova redação conferida ao art. 28 do Código de Processo Penal, modificou o procedimento de arquivamento do inquérito policial. Nesse contexto, o que antes era incumbência da autoridade judicial, não mais depende da homologação ou concordância do juízo.

O ato passa, portanto, a ser competência exclusiva do representante do Ministério Público. O que antes era requerido, passou a ser determinado pelo *Parquet*, devendo a decisão ser comunicada à vítima, ao investigado e à autoridade policial, com o necessário encaminhamento dos autos à instância de revisão dentro do próprio órgão ministerial para homologação. Cumpre ressaltar, ainda, que da decisão de arquivamento por parte do membro do Ministério Público caberá recurso da vítima no prazo de 30 dias⁵².

Insta gizar que, não obstante a nova sistemática oriunda da sanção da Lei n. 13.964/2019, a decisão do arquivamento, sujeita à autoridade exclusiva do promotor de justiça, deverá ser submetida à revisão⁵³. Em se tratando do Ministério Público Federal ou do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, a Lei Complementar n. 75/1993 atribui à Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal a competência para o exercício da revisão em face da decisão de arquivamento⁵⁴.

51 BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 06 mar. 2022.

52 BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 06 mar. 2022.

53 BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 06 mar. 2022.

54 BRASIL. Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp075.htm.

Nessa senda, a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão tem atribuição para atuar no caso de arquivamento do procedimento baseado no art. 28 do CPP. O órgão, composto por três subprocuradores-gerais, ao receber os autos do juízo ou por encaminhamento da Procuradoria-Geral da República, toma suas decisões por maioria de votos, oportunidade em que poderá decidir pela designação de outro membro do *Parquet* para dar continuidade ao procedimento ou, ainda, insistir no pedido de arquivamento, ocasião em que o magistrado obrigatoriamente terá que determiná-lo⁵⁵.

No âmbito estadual, contudo, o cenário é distinto. Ausente qualquer menção expressa à atribuição revisional, para Suxberger⁵⁶, deve-se valer da *occasio legis*⁵⁷ como ferramenta de interpretação do Direito, especialmente quando diante de lacunas legais. Nesse sentido, com fulcro no art. 10, inciso IX, alínea “d”, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/1993), compete ao Procurador-Geral de Justiça “oferecer denúncia ou propor ação civil pública nas hipóteses de não confirmação de arquivamento de inquérito policial ou civil, bem como de quaisquer peças de informações”⁵⁸. Dessa forma, por mais que ausente menção expressa à atividade revisional, extrai-se que a competência para tal deverá ser conferida ao Procurador-Geral de Justiça, caso a legislação orgânica estadual ainda não tenha disposto de maneira contrária, visto que, além de exercer a chefia da instituição, possui poderes para designar membros para garantir a continuidade do serviço e assumir atribuições então de outro membro do órgão⁵⁹.

gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm. Acesso em: 05 mar. 2022.

55 BONFIM, E. M. Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 364

56 SUXBERGER, A. H. G. Qual o órgão de revisão do arquivamento da investigação preliminar a partir da Lei 13.964/2019?. Meu site jurídico. Editora JusPodivm. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/07/22/qual-o-orgao-de-revisao-arquivamento-da-investigacao-preliminar-partir-da-lei-13-9642019/>. Acesso em: 08 mar. 2022.

57 O método interpretativo da *occasio legis* (oportunidade da lei) abrange a análise do complexo de circunstâncias atinentes à elaboração da norma, incluindo razões históricas, políticas, jurídicas, condições culturais e psicológicas, dentre outros elementos relevantes (SUXBERGER, 2020, p. 5).

58 BRASIL. Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm. Acesso em: 05 mar. 2022.

59 GARCIA, E. O Pacote Anticrime e a nova sistemática de arquivamento da investigação penal. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 77, p. 119-128, jul./set. 2020. Trimestral. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1902274/Book_RMP-77.pdf. Acesso em: 07 mar. 2022.

Lima⁶⁰, ao dissertar acerca do novo procedimento de arquivamento, afirma que a sistemática anterior não era condizente com o vigente modelo processual de perfil acusatório, visto que a investigação não serviria e não teria como destinatário o Poder Judiciário, mas buscaria oferecer ao órgão de acusação - leia-se Ministério Público - elementos de convencimento, seja para prosseguir à denúncia, seja para determinar o arquivamento do inquérito. Eventual atuação, por parte do juiz, como revisor da conduta do *Parquet*, afirma o autor, viria a representar usurpação da titularidade da ação penal. Dessa forma, a nova mudança reconduz o magistrado à imperiosa posição de equidistância dos litigantes, bem como à sua própria independência, visto que, em *ultima ratio*, o Ministério Público ocuparia posição superior hierarquicamente, já que o togado, ao se deparar com a insistência do órgão em arquivar o inquérito policial, estaria obrigado a atendê-la⁶¹.

Nesse viés, tem-se o novo sistema de arquivamento como um passo a mais rumo à consagração dos princípios da unidade, indivisibilidade e independência funcional do Ministério Público, já firmados no texto constitucional. Isso porque transferir a incumbência de homologação a um órgão superior dentro da própria estrutura administrativa do *custos legis* significa, muito possivelmente, testemunhar posicionamentos mais abrangentes e uniformes no que tange às decisões emanadas. Esse novo procedimento tende a fomentar o desenvolvimento de uma estrutura cada vez mais independente e autônoma, posto que o juízo sobre a suficiência das razões “*para o encerramento da investigação sem denúncia poderá ser estabelecido de antemão, em orientações uniformes do órgão revisor, ou constituir sua jurisprudência em enunciados cogentes*”⁶².

No que tange ao instituto da coisa julgada, previamente conceituado, a partir do art. 5º, XXXVI, da CF/88, como a decisão judicial revestida de imutabilidade e indiscutibilidade, quando ausentes recursos ou quando estes já houverem sido julgados, verifica-se que o novo procedimento de arquivamento do inquérito policial, como inovação oriunda do Pacote Anticrime, não mais depende do crivo do Poder

60 LIMA, R. B. de. Pacote Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019 artigo por artigo. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 201.

61 BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 06 mar. 2022.

62 BARROS, F. D. O arquivamento do inquérito policial pelo ministério público após a Lei Anticrime. Genjurídico. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/01/09/inquerito-policial-lei-anticrime/?fbclid=IwAR1ENyomx2kzto3lJfajMCcs0yU3Pv3QjqYV0t-Upq-4DGduX5YfUvOuFEk>. Acesso em: 06 mar. 2022.

Judiciário, sendo inviável, dessarte, atribuir à decisão do Ministério Público caráter de coisa julgada, visto não se tratar de pronunciamento judicial.

Nesse viés, insta ressaltar que o ato de arquivamento das investigações passa a ser de natureza administrativa e, por consequência, como já demonstrado, não poderá ser coberto pela coisa julgada⁶³. Agora, por outro lado, a estabilidade, ao menos provisória, do pronunciamento ministerial encontra guarida em sua qualidade de ato jurídico perfeito, instituto trazido pelo mesmo inciso XXXVI do art. 5º da Carta Magna.

Entretanto, as alterações promovidas no art. 28 do Diploma Processual Penal vigente não foram bem recepcionadas em sua integralidade. Por tal razão, em 22 de janeiro de 2020, logo após a sanção do novo Pacote Anticrime, por decisão liminar da lavra do Ministro Luiz Fux, os efeitos da Lei n. 13.964/2019 sobre o dispositivo supramencionado restaram suspensos.

3.2 - A SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA LEI N. 13.964/2019 EM RELAÇÃO AO ART. 28 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Não obstante as alterações promovidas pela Lei n. 13.964/2019 no que tange ao arquivamento do inquérito policial, transferindo a competência para tal da autoridade judiciária para o Ministério Público, restou deferida em 22.01.2020, por meio do julgamento da Medida Cautelar nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.305/DF, de relatoria do Ministro Luiz Fux, a liminar responsável por suspender os efeitos da nova redação do art. 28 do Código de Processo Penal, determinando, por conseguinte, a vigência, por ora, do dispositivo de acordo com seu texto original.

As alegações da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP, ora requerente, pautam-se na inconstitucionalidade material ante a inexistência de prévia dotação orçamentária para implementação das novas modificações, conforme preconiza o art. 169, § 1º, da Constituição Federal, e na violação ao novo regime fiscal da União a partir da Emenda Constitucional n. 95 (arts. 104 e 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Como adiantado, a medida cautelar restou concedida, sob o argumento de que, considerando-se sua *vacatio legis* de 30 dias, a lei versou em sentido contrário aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, causando considerável impac-

63 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura. As Regras sobre a Decisão do Arquivamento do Inquérito Policial: o que muda com a Lei 13.964/19. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 28, n. 330, p. 11-13, mai./2020, p. 11-13.

to no exercício das funções administrativas e financeiras dos órgãos ministeriais. O Min. Luiz Fux ainda ressaltou a existência de inúmeros inquéritos policiais em todo o país, incluindo físicos e digitais, o que demandaria uma estruturação ainda mais acurada por parte da instituição⁶⁴.

O ministro relator, ainda, ao analisar os pressupostos necessários ao deferimento da liminar pleiteada, constatou a presença do *fumus boni iuris*, considerando que o Congresso Nacional, ao aprovar o novo Pacote Anticrime, ignorou os impactos oriundos de tais modificações no que tange ao funcionamento e à organização administrativa do Ministério Público, em desrespeito à prévia dotação orçamentária e à autonomia financeira do órgão, bem como a violação aos arts. 127 e 169 da CF/88⁶⁵.

No que concerne ao *periculum in mora*, este, para o atual presidente da Corte Suprema, também restou satisfeito, uma vez que o prazo de 30 dias entre a sanção da lei e sua vigência mostrou-se inadequado e desproporcional em relação aos impactos que os dispositivos da Lei n. 13.964/2019 trariam em relação às atividades desenvolvidas pelo *Parquet*⁶⁶.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pôde observar, a Lei n. 13.964/2019 promoveu sensíveis alterações na legislação penal e processual penal brasileira. Inobstante tenha seguido o rito legislativo, com aprovação pelo Congresso Nacional e sanção pela presidência da República, rapidamente tornou-se objeto de discussões e impugnações judiciais, culminando, notadamente, na suspensão de parte dos seus efeitos por decisão do Supremo Tribunal Federal em medida cautelar concedida na ADI n. 6.305/DF, consoante apresentado no presente artigo.

Se vigente a nova dicção do Código de Processo Penal, com redação dada pelo Pacote Anticrime, o novo rito de arquivamento do inquérito policial sofreria profundas modificações, especialmente diante da mudança no procedimento, que

64 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 6.305/DF. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. Relator: Ministro Luiz Fux. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 22 jan. 2020.

65 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 6.305/DF. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. Relator: Ministro Luiz Fux. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 22 jan. 2020.

66 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 6.305/DF. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. Relator: Ministro Luiz Fux. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 22 jan. 2020.

passaria a ocorrer sem apreciação judicial. Com o remodelamento, a determinação de arquivamento do inquérito dependeria, exclusivamente, do Ministério Público, a quem também caberia julgar eventual recurso contra tal decisão, de acordo com o exposto anteriormente.

Apesar dos argumentos que levaram à proposição e aprovação da mudança neste procedimento, há uma ressalva importante. Uma vez que não haja decisão judicial confirmando o arquivamento sustentado pelo Ministério Público, não há falar em coisa julgada - instituto absolutamente intrínseco aos pronunciamentos judiciais, conforme previamente apresentado.

Nos casos de arquivamento do inquérito policial por questões formais, como a ausência de justa causa ou de condições para o exercício da ação penal, pela inexistência de decisão judicial no novo procedimento estabelecido pela Lei n. 13.964/2019, não haverá constituição de coisa julgada formal.

A atenção, no entanto, é ainda maior para os casos de arquivamento baseados em questões fáticas - de mérito -, pelo reconhecimento da atipicidade da conduta, da existência de manifesta causa excludente da ilicitude ou da culpabilidade ou ainda de motivo de extinção da punibilidade. Nesses casos, pela ausência de determinação judicial, não haverá, de igual modo, formação de coisa julgada formal, mas, especialmente, o novo regramento afasta o revestimento antes presente de coisa julgada material - tão cara à segurança jurídica, que foi alçada ao art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988, a permitir a possibilidade de reabertura da investigação.

Com base no exposto, é preciso reconhecer que as mudanças introduzidas pela Lei n. 13.964/2019 mitigaram o alcance da coisa julgada no processo penal. Com a previsão, na legislação processual, do novo procedimento de arquivamento do inquérito policial, a respeito do qual se discorreu no presente artigo, está afastada a apreciação e homologação judicial do pedido de arquivamento e, conseqüentemente, não há formação de coisa julgada em decorrência dessa decisão.

REFERÊNCIAS

BARROS, F. D. O arquivamento do inquérito policial pelo ministério público após a Lei Anticrime. **Genjurídico**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/01/09/inquerito-policial-lei-anticrime/?fbclid=IwAR1ENyomx2kzto3lJfajMCcs0yU3Pv3QjqYV0t-Upq-4DGduX5YfUvOuFEk>. Acesso em: 06 mar. 2022.

BONFIM, E. M. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2019.

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

_____. **Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 04 mar. 2022.

_____. **Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 06 mar. 2022.

_____. **Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993**. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm. Acesso em: 05 mar. 2022.

_____. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 06 mar. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Habeas Corpus n. 54148/DF**. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 27 de março de 2008. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/>. Acesso em: 09 mar. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **REsp n. 791471/RJ**. Relator: Ministro Nefi Cordeiro, 25 de novembro de 2014. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/>. Acesso em: 09 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **HC n. 125101/SP**. Relator: Ministro Dias Toffoli, 25 de agosto de 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/>. Acesso em: 09 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 6.305/DF**. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. Relator: Ministro Luiz Fux. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 22 jan. 2020.

CUNHA, R. S. **Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019** - Comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

GARCIA, E. O Pacote Anticrime e a nova sistemática de arquivamento da investigação penal. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 77, p. 119-128, jul./set. 2020. Trimestral. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documentos/20184/1902274/Book_RMP-77.pdf. Acesso em: 07 mar. 2022.

LIMA, R. B. de. **Manual de processo penal**: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

_____. _____. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. **Pacote Anticrime**: comentários à Lei 13.964/2019 artigo por artigo. Salvador: Editora JusPodivm, 2020b.

PACELLI, E. **Curso de processo penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

PACELLI, E.; FISCHER, D. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

SUXBERGER, A. H. G. Qual o órgão de revisão do arquivamento da investigação preliminar a partir da Lei 13.964/2019?. **Meu site jurídico**. Editora JusPodivm. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/07/22/qual-o-orgao-de-revisao-arquivamento-da-investigacao-preliminar-partir-da-lei-13-9642019/>. Acesso em: 08 mar. 2022.



DIREITO

ISSN: 1981-9684 (IMPRESSO)
ISSN: 2177-6458 (ELETRÔNICO)