

ISSN 2594-3979



R E V I S T A D A
**ADVOCACIA
PÚBLICA
FEDERAL**

Vol. 6, N.1, 2022.

**Anafe**
Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais

Revista da Advocacia Pública Federal

Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais (ANAFE)

CENTRO DE ESTUDOS

SHIS QL 24 Conjunto 3 Casa 1 – Lago Sul/DF

CEP: 71665-035

Telefone (61) 3326-1729

E-mail: atendimento@anafenacional.org.br

PRESIDENTE DA ANAFE

Lademir Gomes da Rocha

VICE-PRESIDENTE

Luciana Hoff

EDITOR-CHEFE

Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto

COEDITORES-CHEFES

Frederico Rios Paula e Diego Pereira

ASSISTENTES EDITORIAIS

Gláucia Maria Alves Pereira e Roberta Mrad Maciel

DIAGRAMAÇÃO/CAPA

Renan Cerqueira Nunes

REVISÃO

Rodrigo Barros Soares Walladares

Ficha catalográfica

341.05 Revista da Advocacia Pública Federal / Associação Nacional dos
R454 Advogados Públicos Federais. – Vol. 1, n. 1, dezembro de 2017 –
Brasília: ANAFE, 2017

Revista da Advocacia Pública Federal / Associação Nacional dos
Advogados Públicos Federais. – Vol. 6, n. 1, dezembro de 2022 –
Brasília:
ANAFE, 2022

ISSN 2594-3979 (Impresso)

ISSN 2674-6263 (Eletrônico)

1. Advocacia Pública Federal - Periódicos. I. Associação Nacional
dos Advogados Públicos Federais (ANAFE).

COLEGIADO DA ANAFE - GESTÃO 2020 - 2022

DIRETORIA

Presidente

Lademir Gomes da Rocha

Vice-Presidente

Luciana Hoff

Diretor de Defesa de Prerrogativas

Ricardo Cavalcante Barroso

Diretora de Integração Social

Maria Dionne de Araújo Felipe

Diretora de Assuntos do Aposentado e Pensionista

Fátima Cristina da Silva Mendes

Diretora de Assuntos Parlamentares

Vânia Maria Bastos Faller

Diretor de Comunicação Social

Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto

Diretor Financeiro

Ricardo Wey Rodrigues

Diretor de Ética e Integridade

Bruno Félix de Almeida

Diretora de Assuntos Institucionais

Patrícia Rossato Nunes

Diretor de Assuntos e Relações Jurídicas

Eduardo Raffa Valente

CONSELHO FISCAL

Celso Luiz Pastro

Arlton Bonifácio Goes

Aldemário Araújo Castro

Jailton Azevedo Cancio

Francisco Wendson Miguel Ribeiro

Silvia de Alencar Souza Figueiredo

COORDENAÇÃO DAS CARREIRAS

Advogada da União

Karina Carla Lopes Garcia

Procurador da Fazenda Nacional

Daniel Telles Menezes

Procurador do Banco Central – DF

Humberto Cestaro Teixeira Mendes

Procuradora Federal

Caroline de Sena Cova

COORDENAÇÃO DOS APOSENTADOS

Coordenadora da 1ª Região

Carlos Valder do Nascimento

Coordenadora da 2ª Região

Rosalina Corrêa de Araújo

COORDENAÇÃO DO CENTRO DE ESTUDOS

Coordenador

Marcelo Kokke Gomes





CONSELHO EDITORIAL

- Doutor Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto

Editor-Chefe da Revista da Advocacia Pública Federal – Distrito Federal/Brasil

- Doutora Cynthia Pereira de Araújo

Pontifícia Universidade Católica de Minas (PUC/Minas), Minas Gerais, Brasil

- Doutor Carlos Marden Coutinho

Centro Universitário Christus, Fortaleza, CE/Brasil

- Doutor Carlos Mário da Silva Velloso

Universidade de Brasília (UnB) – Distrito Federal/Brasil

- Doutora Cristina Silvia Alves Lourenço

Centro Universitário do Estado do Pará (CESU), PA/Brasil

- Doutora Denise Lucena Cavalcante

Universidade Federal do Ceará (UFC), CE/Brasil

- Doutor Guilherme Centenaro Hellwig

Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), RS/Brasil

- Doutor Grégore Moreira de Moura

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC), MG/Brasil

- Doutor Gustavo Costa Nassif

Instituto de Defesa da Cidadania e da Transparência (IDCT), MG/Brasil

- Doutor José Henrique Mouta Araújo

Centro Universitário do Estado do Pará (CESU), PA/Brasil

- Doutor Juarez Freitas

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC), RS/Brasil



- Doutor Lênio Luiz Streck

Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), Rio Grande do Sul/Brasil

- Doutora Lilian Rocha

Centro Universitário de Brasília (UnICEUB), DF/Brasil

- Doutor Luís Cláudio Martins Araújo

Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC), Rio de Janeiro/Brasil

- Doutor Marcelo Kokke Gomes

Escola Superior Dom Helder Câmara, Minas Gerais/Brasil

- Doutor Otávio Luiz Rodrigues Júnior

Universidade de São Paulo (USP), SP/Brasil

- Doutor Ricardo Cavalcante Barroso

Centro Universitário Tabosa de Almeida (AscesUnita), Pernambuco/Brasil

- Doutor Rodolfo Viana Pereira

Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Instituto para o Desenvolvimento Democrático (IDDE), Belo Horizonte, MG/Brasil

- Doutor Thomas da Rosa de Bustamante

Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), MG/Brasil

- Doutor Víctor J. Vázquez Alonso

Universidad de Sevilla, Sevilla/Espanha

PARCEIRISTAS

Bruno Wanderley Junior – Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Brasil

Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor de Teoria Geral do Estado da Faculdade de Direito da UFMG. Coordenador do Curso de Ciências do Estado da UFMG. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/9164455722578243>. E-mail: bruno-wanderley@hotmail.com.

Carolina Angelo Montolli – Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Pós-Doutora em Ciências Jurídicas - Direito Penal Internacional Humanitário pela Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, Argentina. Pós-Doutora em Direito Penal e Garantias Constitucionais pela Universidad Nacional de La Matanza, Buenos Aires, Argentina. Pós-Doutora em Direitos Sociais e Vulnerabilidades da Università Degli Studi di Messina, Sicília, Itália. Doutora em Direito Público com ênfase em Direito Internacional dos Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/Minas. Pesquisadora e professora do Observatório de Políticas Públicas em Segurança. Professora do Curso em Administração Pública da Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, Fundação João Pinheiro. Fundação João Pinheiro - Diretoria de Políticas Públicas Pesquisadora em Ciência e Tecnologia Nível IV - Grau B Governo de Minas Gerais. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/9606423021395978>. E-mail: carolinamontolli@gmail.com.

Daniela Bucci – Universidade Municipal de São Caetano do Sul, São Paulo, Brasil

Doutora e Mestra em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo. Professora Titular de Direitos Humanos e Direito Constitucional da Universidade Municipal de São Caetano do Sul. Coordenadora do Observatório de Direitos Humanos da região do grande ABC. Advogada e Pesquisadora. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/0786892225874329>. E-mail: daniela.bucci.db@gmail.com.

Denise Almeida de Andrade – Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS), Fortaleza, Ceará, Brasil

Pós doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (PNP-D-CAPES). Doutora (PROSUP-PRODAD) e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Professora do Mestrado Acadêmico e da graduação em Direito do Centro Universitário Christus - UNICHRISTUS. Professora da Fundação Getúlio Vargas - FGVLaw São Paulo. Desenvolve atividades acadêmicas concentradas na seara do Direito Cons-



titucional, com ênfase em Acesso à Justiça e Gestão de Conflitos, Direitos Humanos, Justiça de Gênero e Planejamento Familiar. É uma das organizadoras da série Womens Rights, international studies on gender, com 3 volumes já publicados. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/2368495551198224>. E-mail: andradedenise@hotmail.com.

Diogo Viana dos Santos – Universidade Federal do Maranhão (UFMA), Maranhão, Brasil

Doutor PhD em International Cooperation-Governance and Law pela Universidade de Nagoya-Japão. Mestre em LL.M. Comparative Law pela Universidade de Nagoya-Japão. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Atualmente é professor da UFMA-Universidade Federal do Maranhão, de Direito Constitucional, Direito Internacional Público e Direito Econômico. Tem experiência nas áreas de Direito Internacional Público e Ciência Política, com ênfase em Comportamento Legislativo, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Internacional, Teoria Constitucional, Federação, Propriedade Intelectual, e Responsabilidade Internacional. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/1432752484802169>. E-mail: diogoviana@gmail.com.

Edith Maria Barbosa Ramos – Universidade Federal do Maranhão, Brasil

Pós-Doutora em Direito Sanitário pela Fundação Oswaldo Cruz - FIOCRUZ/Brasília/DF. Doutora em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Professora do Departamento de Direito da Universidade Federal do Maranhão. Professora do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão. Professora da graduação e Pós-graduação da Universidade do CEUMA - UNICEUMA. Coordenadora do Mestrado em Direito e Afirmação de Vulneráveis da Universidade do CEUMA - UNICEUMA. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Sociologia do Direito; Direito Constitucional; Direito Administrativo; Direito Sanitário e Direito Ambiental, atuando principalmente nos seguintes temas: direito à saúde, judicialização da política, propriedade intelectual, inovação e políticas públicas. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/edithramosadv@yahoo.com.br7085054421011701>. Email: edithramosadv@yahoo.com.br.

Ewerton Ricardo Messias – Universidade de Marília (UNIMAR), São Paulo, Brasil

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR. Mestre em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública pelo Centro de Altos Estudos de Segurança – Cel. PM Nelson Freire Terra. Especialista em Direito e Gestão Ambiental pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Gerenciais de Garça - FAEG. Graduado em Direito pela Faculdade Eduvale Avaré. É Professor no Programa de Mestrado Profissional em Saúde Animal, Produção e Meio Ambiente da Universidade de Marília - UNIMAR. É Professor Convocado no Programa de Doutorado e Mestrado em Meio Ambiente e Desenvolvimento Regional da Universidade do Oeste Paulista - UNOESTE. É Professor nos cursos de graduação em Direito e Administração da Universidade de Marília - UNIMAR. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Ambiental, Direito Penal e Direito Processual Penal (Atual); e na área de Gestão, com ênfase em Gestão Ambiental (Atual).

Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/1361703878121901>. E-mail: ewerton_messias@hotmail.com.

Gabriela Almeida Marcon Nora – Universidade do Vale do Itajaí – Santa Catarina, Brasil

Doutoranda em Administração pela Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Administração pela Universidade do Sul de Santa Catarina e Mestre em Engenharia e Gestão da Informação pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Direito. Graduada em Administração pela Universidade do Estado de Santa Catarina. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Conselho Estadual da OAB/SC (2019-2021). Atualmente é Procuradora Federal - Advocacia-Geral da União, membro efetivo do Instituto dos Advogados de Santa Catarina (IASC), Diretora do Núcleo de Direito e Diversidade da Escola Superior de Advocacia de Santa Catarina - ESA/SC (2022-2024). Tem experiência na área do Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: Administração Pública. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/8992258179546579>. E-mail: Gabriela@almeidamarcon.com.

Gustavo Costa Nassif – Instituto de Defesa da Cidadania e da Transparência (IDCT), Belo Horizonte – Minas Gerais, Brasil

Pós-Doutor em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Doutor em Direito Público com a distinção Magna cum laude pela PUC-MG. Mestre em Direito Público pela PUC-MG. Especialização em Direito do Estado (IEC-PUC/MG); Especialização em Controle Externo de Contas Públicas (TCE/MG-PUC/MG); Pós Graduação em Gestão Educacional - Centro Universitário Newton Paiva. Graduado em Direito pela Faculdades Milton Campos. Professor do Instituto de Defesa da Cidadania e da Transparência - IDCT (CCAP e IDCT Faculdade). Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/2545314837536550>. E-mail: nassif100@terra.com.br.

Gustavo da Silva Santanna – Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Rio Grande do Sul, Brasil

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional e Direito Público. Professor de graduação da Atitus Educação, professor da especialização em Direito do Estado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, professor das especializações em Direito Digital, Gestão da Inovação e Propriedade Intelectual e Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MINAS. Procurador do Município de Alvorada/RS. Advogado. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/3394849903197236>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-1190-3355>. E-mail: gssantanna@hotmail.com.

João Paulo Lordelo Guimarães Tavares – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Brasília, Brasil

Pós-Doutor pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil. Pós-Doutor pela University of Oxford, OX, Inglaterra. Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra, UC, Portugal.



Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito Constitucional pela Universidad de Sevilla. Especialista em Direito do Estado. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professor do programa de mestrado do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Pesquisador Visitante (Visiting Scholar) do Centre for Socio-Legal Studies da Universidade de Oxford (Oxford Faculty of Law). Professor visitante da Universidade Vytautas Magnus (Lituânia). Orientador pedagógico e professor da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). É membro do Ministério Público Federal (Procurador da República) em Guarulhos/SP. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/3696439036747412>. E-mail: joaolordelo@gmail.com.

José Guilherme Berman Corrêa Pinto – Pontifícia Universidade Católica (PUC-Rio), Rio de Janeiro, Brasil

Mestre e Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Administrativo no curso de graduação em Direito da PUC-Rio. Vice-presidente da Comissão de Direito Administrativo da OAB/RJ e 2º Vice-presidente da Comissão de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/2871208795799633>. E-mail: jgb@bmalaw.com.br

Juliana Diniz Fonseca Corvino – SENAC/RJ, FATEC, Rio de Janeiro, Brasil

Pós-Doutora em Direito pela PUC RJ. Doutora em Ciência Política pelo IUPERJ UCAM, com mérito bolsista de doutorado CNPq. Mestra em Direito pela UGF. Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho pela UCAM. Pós-Graduada em Direito Médico pela UERJ. Pós-Graduada em Direito Civil Notáveis do Direito Civil pela UCAM. Graduada em Direito pela FACHA. Licenciatura em Letras Português e Literaturas de Língua Portuguesa pela UFV. Atualmente é Docente de Ética e Legislação (Direito Público e Direito Privado) na FATEC SENAC RJ. Docente na Pós-Graduação de Mídias Sociais e na Pós-Graduação em Design de Interação. Formação interdisciplinar, multiprofissional com experiência acadêmica em diversas áreas do conhecimento atuando com enfoque em Saúde Pública, Políticas Públicas, na promoção do desenvolvimento humano e do bem-estar social - Direitos Humanos, Meio Ambiente, Segurança Pública, Educação, Direitos Sociais, Ética; Empreendedorismo, Propriedade Intelectual (INPI), Comunicação e Gestão Empresarial, Gerenciamento de Crise em Mídia Social e Planejamento Estratégico. Docente do Banco de Avaliadores do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (BASIS) do INEP/MEC. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/7983877106835835>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-2049-7483>. E-mail: jc.juridico@yahoo.com.br.

Leandro Sarai – Procuradoria Regional do Banco Central em São Paulo, São Paulo, Brasil

Doutor e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor credenciado da Escola da AGU. Procurador do Banco Central. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/1292305862388485>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6742-1051>. E-mail: leandro.sarai@yahoo.com.br.

Leonardo Felipe de Oliveira Ribas – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), Brasil

Doutorando em Teoria do Estado e Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação do Departamento de Direito da PUC-Rio. Mestre em Teologia Sistemático-Pastoral pelo Departamento de Teologia da PUC-Rio. Especialista em Jurisdição Constitucional em Tutela de Direitos pela Universidade de Pisa. Graduado em Filosofia, em Teologia e em Direito. Atualmente é professor: 1) da Escola do Legislativo do Estado do Rio de Janeiro (ELERJ) das disciplinas de Poder Legislativo, Administração Pública, Direito, Controle Externo e Fiscalização, Políticas Públicas, Redação Parlamentar e Oficial, Inovação na Gestão Pública e Fundamentos de Ciência Política; 2) da disciplina Direito Constitucional à Saúde na Pós-Graduação de Direito da Saúde do Departamento de Direito da PUC-Rio; 3) de Teoria Geral do Direito Aduaneiro na Pós-Graduação de Direito Aduaneiro e Tributário Internacional da Maritime Law Academy (MLAW). Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/2561341296766639>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4359-6559>. E-mail: leofelipe25rj@hotmail.com.

Lílian Cazorla do Espírito Santo Nunes – Centro Universitário Carioca (UNICARIOCA), Rio de Janeiro, Brasil

Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense - PPGSD/UFF. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense - PPGDC/UFF. Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Docente e Coordenadora Adjunta do Curso de Direito do Centro Universitário Carioca - UNICARIOCA. Docente na Universidade Estácio de Sá - Rio de Janeiro. Advogada. Diretora da Escola Superior de Advocacia da 35ª Subseção do Rio de Janeiro. Membro da Comissão de Garantismo Processual da OAB/RJ. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/5645829132091708>. E-mail: liliancazorla@gmail.com.

Michelle Lucas Cardoso Balbino – Faculdade Cidade de João Pinheiro (FCJP), Minas Gerais, Brasil

Doutora em Direito pelo Uniceub. Mestre em Sustentabilidade Socioeconômico e Ambiental pela Escola de Minas pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Especialização em Direito, Impacto e Recuperação Ambiental pela Escola de Minas pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Pós-graduação em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Pós-graduação em Direito Público pela Sociedade Universitária Gama Filho. Tem experiência na área de Gestão Educacional; Direito Ambiental/Sustentabilidade e Multinacionais. Professora Universitária. Coordenadora de curso de Direito. Advogada. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/6069957017063656>. E-mail: michellebalbino@hotmail.com.

Neuro Zambam – Faculdade Meridional (IMED) Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil

Estágio de Pós-Doutorado na Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestre em Sistemas Éticos pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Graduado em Filosofia pela Universidade de Passo Fundo e em Teologia pelo Instituto de Teologia e Pastoral de Passo Fundo. Atualmente é docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da IMED, desde 2013 e docente da graduação em Direito



da IMED, desde 2009. Possui experiência como Pesquisador principalmente nos seguintes temas: democracia, justiça, desenvolvimento sustentável, liberdade e direitos; Líder do Centro Brasileiro de Pesquisas sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/6893744456793355>. E-mail: neurojz@gmail.com.

Paulo Fernando Soares Pereira – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/Rio), Rio de Janeiro, Brasil

Pós-doutor em Direito, na área de concentração em Teoria do Estado e Direito Constitucional, na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC/Rio. Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília - UnB, pela linha Constituição e Democracia, onde desenvolveu pesquisa a respeito da formulação de políticas patrimoniais voltadas para as comunidades quilombolas. Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão - UFMA, onde desenvolveu pesquisa sobre o direito ao desenvolvimento cultural, a necessidade de fortalecimento da sociedade civil local e a desburocratização das políticas patrimoniais, como forma de evitar a judicialização excessiva das questões que envolvem o patrimônio cultural imobiliário no Centro Histórico de São Luís/MA. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Roraima – UFRR. Pesquisa, atualmente, Direito das relações raciais, racismo institucional e cultural, patrimonialização e reconhecimento de patrimônios subalternizados pelo Estado-Nação. Integrante da Advocacia-Geral da União - AGU, exercendo o cargo de Procurador Federal. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/1298845944444301>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-6802-9035>. E-mail: paulofsp1983@gmail.com.

Rafael Koatz – Binenbojm & Carvalho Britto Advocacia, Rio de Janeiro, Brasil

Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Atualmente é sócio do escritório Binenbojm & Carvalho Britto Advocacia. Atua como advogado nas áreas de Direito Constitucional, Administrativo, Regulatório, Processo Civil, Arbitragem e Mediação. Tem ampla experiência em ações estratégicas e atuação constante perante os Tribunais Superiores (STJ e STF). Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/0944100493431994>. E-mail: rafael.koatz@gbalaw.com.br.

Renata Silva Gomes – Escola de Estudos Superiores de Viçosa, (ESUV/UNIVIÇOSA), Minas Gerais, Brasil

Doutora em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestra em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2014). especialista em Direito Público pela Universidade Gama Filho (2010) e graduada em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (2007). Atualmente é Professora de Filosofia do Direito, Antropologia Jurídica, Direito Constitucional, Homem, sociedade e meio ambiente do Centro Universitário da UNIVIÇOSA. Tem experiência em Ensino à Distância, tendo lecionado na PUC - Minas Virtual. Atua na área de Direito, com ênfase em Teoria do Direito, Direito Constitucional e Direito Privado, principalmente, nos seguintes temas: conceito de direito, moral, discricionariedade, segregação humana, Direitos Humanos, relações igualitárias, biopolítica, direito contratual, títulos de cré-

dito e direitos reais. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/8400924606740493>. E-mail: renatagomesegomes@gmail.com.

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson – Instituto Federal do Rio Grande do Norte (IFRN), Rio Grande do Norte, Brasil

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Graduado em direito pela Universidade Potiguar. Atualmente, professor efetivo de Direito, no Instituto Federal do Rio Grande do Norte - IFRN, articulista, poeta e escritor. É autor dos livros: Curso de Direito Penal - Teoria Geral do Crime (1º ed., Curitiba: Juruá, 2016. VI); Curso de Direito Penal - Teoria Geral da Pena (1º ed., Curitiba: Juruá, 2017. VII). Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/1158874159117246>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4169-1827>. E-mail: roconelson@hotmail.com.

Rui Magalhães Piscitelli – Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB), Brasília, Brasil

Mestre em direitos Fundamentais pela Universidade Luterana do Brasil, ULBRA. Especialista em Pós Graduação em Processo Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS. Especialista em Finanças pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS. Professor de graduação e de pós-graduação em direito Administrativo - IESB-DF. Professor conteudista em direito Administrativo e Instrutor de Cursos fechados na área do direito Público. Palestrante. Autor de diversas publicações na área do direito Público. Procurador Federal da Advocacia-Geral da união. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/9877986250215524>. E-mail: rui.piscitelli@agu.gov.br.

Sérgio Luiz Milagre Júnior – Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete (FDCL), Minas Gerais – Brasil

Doutorando em História pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Mestre em História (com ênfase em História do Direito) pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Especialista em Direito Público Global pela Universidade Castilla La-Mancha (UCLM - Toledo) e em Direito Penal pelo Damásio Educacional. Graduado em História pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG) e em Direito pela Faculdade de Direito Conselheiro Lafaiete (FDCL). Professor e Coordenador de Curso da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete (FDCL). Atua nos seguintes temas: Direito Internacional Público e Privado; História do Direito e Introdução ao Estudo do Direito. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/1429719832202961>. E-mail: s.milagre@hotmail.com.

Silvio Marques Garcia – Faculdade de Direito de Franca - São Paulo, Brasil

Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela Unesp. Pós-Graduado Lato Sensu em Direito Público pela UnB/Escola da AGU, 2010. Pós-Graduado Lato Sensu em Direito Penal e Processual Penal pela Unifran. Graduado em Direito pela Unesp. Professor de Direito Tributário



e Direito Financeiro da Faculdade de Direito de Franca. Possui experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Tributário e Financeiro, Previdenciário, Constitucional e Administrativo. Autor do livro Aposentadoria por Idade do Trabalhador Rural e de vários capítulos de livros e artigos na área do Direito Público. Procurador Federal. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/6085905124224130>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-8171-0228>. E-mail: professorsilviogarcia@gmail.com.

Vinicius de Souza Assumpção – Centro Universitário UniRuy Wyden, Salvador, Bahia, Brasil

Doutor em Direito pela UnB. Doutorando em Direito Público pela UFBA. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Pós-Graduado Lato Sensu em Direito Processual Penal pela Damásio Educacional, e em Direito do Estado pela JusPodivm. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Atualmente é Professor no Centro Universitário UniRuy Wyden em Salvador na disciplina Processo Penal. Professor de Processo Penal da Pós-Graduação em Direito da Escola de Magistrados da Bahia. Integrante do Grupo de Pesquisa NESP - Núcleo de Estudos sobre Sanção Penal. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Ciências Criminais, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Penal e o Processo Penal como precursores dos Direitos Humanos, e Criminologia Crítica, Questões Raciais e Direitos Humanos. É Advogado Especializado em Direito Penal Empresarial. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/3902010166516697>. E-mail: viniciusassumpcao@outlook.com.

AUTORES

André Lisboa Coelho Lisboa - Fundação Getúlio Vargas (FGV), Brasília, Brasil.

Mestrando em Administração Pública e Governo pela Fundação Getúlio Vargas, FGV. Pós graduado em direito previdenciário em Direito Previdenciário pela Universidade Anhanguera - UNIDERP e em direito processual civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina, UNISUL. Procurador Federal. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/0872603230797673>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4245-927X>. E-mail: andre.lisboa@agu.gov.br.

Beatrice Apostólico Nogueira Ferreira - Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (FEMPERJ), Rio de Janeiro, Brasil.

Pós-graduanda em Políticas Públicas e Tutela Coletiva pela FEMPERJ. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Governança Pública, Gestão de Risco e Integridade do IBMEC-Rio. Graduada em Direito pela Universidade IBMEC-Rio. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9708169694947492>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6548-3838>. E-mail: beatriceapostolico@hotmail.com.

Carlos Henrique Benedito Nitão Loureiro - Universidade Federal de Campina Grande (UFCG), Paraíba, Brasil.

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, UFRN, Brasil. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Estácio de Sá, UNESA, Brasil. Procurador-Chefe junto à Universidade Federal de Campina Grande. Procurador Federal. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/7043038833596852>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7095-4964>. E-mail: carlos.loureiro@agu.gov.br.

Davi Monteiro Diniz - Universidade Federal de Minas Gerais, (UFMG), Minas Gerais, Brasil

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Brasil *Legum Magister* (University of Florida). Mestre em Master of Laws in Comparative Law pela University of Florida, UF, Estados Unidos. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG. Especialização em Direito Registral e Imobiliário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC Minas. Professor na UFMG. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/5252529965536226>. ORCID <https://orcid.org/000-0002-3851-247X>. E-mail: gmdodavi@gmail.com.



Fabricio Henriques - Universidade de Brasília (UnB), Brasília, Brasil.

Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília, UnB. Pesquisador Visitante no Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (2022). Membro do grupo de pesquisa Crítica & Direito Internacional. Professor Voluntário de Direito Internacional (UnB). Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/4754300899139716>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6762-4772>. E-mail: fabricio.s.henriques@gmail.com.

Farlei Martins Riccio de Oliveira - Centro Universitário (IBMEC-Rio), Rio de Janeiro, Brasil

Pós-Doutor em Administração Pública pela Universidade Ca' Foscari de Veneza – Itália. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio. Mestre em Direito da Administração Pública pela Universidade Gama Filho-RJ. Professor de Direito Administrativo e Direito Constitucional Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1188083998549328>. ORCID ID <https://orcid.org/0000-0001-5524-3673>. E-mail: farlei.oliveira@uol.com.br.

Francisca Cecília de Carvalho Moura Fé - Universidade Federal do Piauí, Brasil

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí. Especialista de Direito Civil e Processo Civil pela UNINOVAFAPI. Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela UNINOVAFAPI. Advogada. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/8822423275712919>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7230-7093>. E-mail: ceciliamourafe@gmail.com.

Heloisa Pereira da Cunha Medeiros – Centro Universitário de Brasília (UnICEUB), Brasília, Brasil

Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/8298225748044645>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4120-526X>. E-mail: heloisapcmedeiros@gmail.com.

Isabela Fernandes de Lima – Centro Universitário de Brasília (UnICEUB), Brasília, Brasil

Graduanda no curso de Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UnICEUB. Experiências profissionais na Procuradoria Federal Especializada do ICMBio, bem como no Escritório de Advocacia e Consultoria Jurídica Costa e Silva. Atualmente encontra-se no cargo de estagiária da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro na Capital Federal. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6854-5515>. E-mail: isabelafernandes053@gmail.com.

Kenneth Pennington - Catholic University of America, United States

Professor de História Eclesiástica e Jurídica pela The Catholic University of America, United States. Ph.D. em História Medieval pela Cornell University, United States, 1972.

Leandro Barbosa da Cunha – Centro Universitário União das Américas (UniAmérica), Paraná, Brasil

Pós-Graduando em Direito Administrativo e Gestão Pública pelo Centro Universitário União das Américas (UniAmérica), PR e em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (Ceub). Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/7062946055907132>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7599-4842>. E-mail: leandro.cunha1055@gmail.com.

Leandro Sarai – Procuradoria Regional do Banco Central em São Paulo, São Paulo, Brasil

Doutor e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor credenciado da Escola da AGU. Procurador do Banco Central. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/1292305862388485>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6742-1051>. E-mail: leandro.sarai@yahoo.com.br.

Lília de Sousa Nogueira - Universidade Federal do Ceará, Brasil

Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Pós-Graduada Lato Sensu em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Damásio. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/4113956933777124>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2099-6661>. E-mail: liliadesousa@hotmail.com.

Lilian Barros de Oliveira Almeida - Universidade de Lisboa, Portugal.

Advogada da União. Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal. Foi pesquisadora visitante, pelo Programa Erasmus +, junto ao *Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale* da *Università degli Studi di Milano*, Itália. Mestre em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasil. Foi professora substituta da Universidade de Brasília-UnB nas disciplinas Direito Constitucional 1, Direito Administrativo 1, Teoria Geral do Direito Público e Direito Internacional Público.

Maiana Alves Pessoa - Fundação Getúlio Vargas (FGV), Brasília, Brasil.

Mestranda em Administração Pública pela FGV. Especialista em Direito Público Pela FVC/BA e em Direito Civil pela UFBA. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/1226392371782399>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8758-6427>. E-mail: maianapessoa@agu.gov.br.

Maurício Muriack Fernandes e Peixoto – Uniceub-DF, Brasília, Brasil

Doutor em Direito pelo Uniceub-DF. Mestre em Ordem Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo do Uniceub-DF. Advogado da União, atualmente lotado no DEAE/CGU/AGU. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/2638874463594984>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6528-8151>. E-mail: muriack@yahoo.com.



Pablo Francesco Rodrigues da Silva - PFE/INCRA, Rio Grande do Norte, Brasil

Procurador Regional da PFE/INCRA. Especialização em Direito Público pela Estácio de Sá FIR, Brasil. Professor universitário com experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, especialmente: Direito Tributário, Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direito Financeiro, Políticas Públicas e Direito Ambiental. Atualmente, faz parte da comissão executiva da Escola da AGU. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/5509932166496797>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4883-6363>. E-mail: pablo.silva@agu.gov.br.

Thiago Aguiar de Pádua - Centro Universitário do Distrito Federal (UDF), Brasília, Brasil

Pós-Doutor em Direito (L'Università degli Studi di Perugia; UnB e Univali). Doutor em Direito. Professor de História do Direito e Direito Constitucional. Professor do PPG (Mestrado e Doutorado) em Direito das Relações Sociais do UDF – Centro Universitário do Distrito Federal. Professor da EJUG do TJGO. Membro do CBEC – Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais. Membro da ABPC – Associação Brasileira de Processo Civil. Membro do IDUB – Instituto de Direito Urbanístico de Brasília. Membro da ABrL – Academia Brasileira de Letras. Membro da ANACRIM – Associação Nacional da Advocacia Criminal.

Thiago Anton Alban - Universidade Salvador (UNIFACS), Bahia, Brasil.

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, Brasil. Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil. Bacharel em Direito e em Comunicação Social – Jornalismo. Professor da Universidade Salvador – UNIFACS. Procurador do Estado da Bahia. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/9662679315850364>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1500-3955>. E-mail: talban@gmail.com.

Victor Minervino Quintiere – Centro Universitário de Brasília (UnICEUB), Brasília, Brasil

Doutor e Mestre em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, IDP. Research Fellow na Università degli studi Roma TRE - Itália. Professor do programa de pós-graduação em Direito Penal do Centro Universitário de Brasília-DF (UnICEUB). Professor convidado do programa de pós-graduação da Escola Baiana de Direito em Direito Penal. Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas - FAJS do Centro Universitário de Brasília - UnICEUB de Direito Penal e Processo Penal. Advogado Criminalista. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/7173801164187538>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4327-0268>. E-mail: victor_minervino@hotmail.com.

Wilson Franck Junior – Universidade Estadual do Piauí (UESPI), Piauí, Brasil

Mestre e Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor da Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/3034081265409577>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7492-9634>. E-mail: wilsonfranckinior@gmail.com.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Lademir Gomes da Rocha	22

EDITORIAL

Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto	24

ARTIGO DE AUTOR CONVIDADO

A EXECUÇÃO INTERNA DOS ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM: UMA ANÁLISE A PARTIR DA EXPERIÊNCIA ITALIANA

THE INTERNAL ENFORCEMENT OF JUDGMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: AN ANALYSIS BASED ON THE ITALIAN EXPERIENCE

Lilian Barros de Oliveira Almeida	27

ARTIGO TRADUZIDO

INOCENTE ATÉ QUE SE PROVE CULPADO: AS ORIGENS DE UMA MÁXIMA JURÍDICA *INNOCENT UNTIL PROVEN GUILTY: THE ORIGINS OF A LEGAL MAXIM*

Kenneth Pennington

Tradução de Thiago Aguiar de Pádua	54

ARTIGOS

A IMPORTÂNCIA DA MATRIZ DE RISCOS NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: O CASO DA CONCESSÃO DA LINHA AMARELA

THE IMPORTANCE OF THE RISK MATRIX IN PUBLIC CONTRACTING: THE CASE OF THE YELLOW LINE CONCESSION

Farlei Martins Riccio de Oliveira e Beatrice Apostólico Nogueira Ferreira	70



A PARTICIPAÇÃO POPULAR NAS AGÊNCIAS REGULADORAS E A RAZÃO PÚBLICA DE JOHN RAWLS: OS DILEMAS DE UMA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NO BRASIL

POPULAR PARTICIPATION IN REGULATORY AGENCIES AND JOHN RAWLS PUBLIC REASON: THE DILEMMAS OF A PARTICIPATORY DEMOCRACY IN BRAZIL

Leandro Barbosa da Cunha e Maurício Muriack Fernandes e Peixoto 94

DIREITO AO ESQUECIMENTO: O INTERESSE PÚBLICO NA DIVULGAÇÃO DE CRIMES VERSUS O DIREITO À VIDA PRIVADA NA ERA DA SUPERINFORMAÇÃO – ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

RIGHT TO BE FORGOTTEN: THE PUBLIC INTEREST IN THE DISCLOSURE OF CRIMES VERSUS THE RIGHT TO PRIVATE LIFE IN THE AGE OF SUPER INFORMATION – CRITICAL ANALYSIS OF BRAZILIAN JURISPRUDENCE

Isabela Fernandes de Lima e Leandro Sarai 118

O “DIÁLOGO DAS CORTES” ENTRE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E A JURISDIÇÃO INTERNACIONAL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

THE “DIALOG OF COURTS” BETWEEN THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND THE INTERNATIONAL JURISDICTION OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Fabricio Henriques 143

O DIREITO À DIGNIDADE E O MÁXIMO EXISTENCIAL

THE RIGHT TO DIGNITY AND THE EXISTENCIAL MAXIMUM

Thiago Anton Alban 163

O IMPACTO DA DESCRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS NAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO BRASIL

THE IMPACT OF DRUG DECRIMINALIZATION ON CRIMINAL ORGANIZATIONS IN BRASIL

Heloisa Pereira da Cunha Medeiros e Victor Minervino Quintiere 180

O IMPACTO DA PANDEMIA DA COVID-19 NO PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO NO BRASIL: ESTUDO DE CASO SOBRE AS ALTERAÇÕES DA LEI ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL (LOAS)

THE IMPACT OF THE COVID-19 PANDEMIC ON COALITION PRESIDENTIALISM IN BRAZIL: CASE STUDY ON CHANGES TO THE ORGANIC LAW OF SOCIAL ASSISTANCE (LOAS)

André Lisboa Coelho Lisboa e Maiana Alves Pessoa 208

O PROBLEMA DO ATIVISMO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA VISÃO JUSNATURALISTA DE JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUSA

THE PROBLEM OF THE ACTIVISM OF THE SUPREME FEDERAL COURT IN THE JUSNATURALIST VIEW OF JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUSA

Francisca Cecília de Carvalho Moura Fé, Wilson Franck Junior e Lília de Sousa Nogueira 221

PARÂMETROS NORMATIVOS DO “VESTIBULAR PARA REFUGIADOS”: ENTRE A LEI DE COTAS E O ESTATUTO DOS REFUGIADOS

NORMATIVE PARAMETERS OF THE “VESTIBULAR FOR REFUGEES”: BETWEEN THE QUOTA LAW AND THE REFUGEE STATUTE

Pablo Francesco Rodrigues da Silva e Carlos Henrique Benedito Nitão Loureiro 237

SOLUÇÃO DE LITÍGIOS INDIVIDUAIS EM CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE MASSA: DA ADJUDICAÇÃO DE BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE PELA PREVIDÊNCIA SOCIAL DOS EUA

RESOLUTION OF INDIVIDUAL DISPUTES IN MASS ADMINISTRATIVE LITIGATION: THE ADJUDICATION OF DISABILITY BENEFITS BY THE USA SOCIAL SECURITY ADMINISTRATION

Davi Monteiro Diniz 260

PARECERES

PARECER N. 005/2020/TS/PFFBN/PGF/AGU

FUNDAÇÃO BIBLIOTECA NACIONAL - FBN

Thiago Zachariades Sabença 278

PARECER N. 00175/2021/CPAR/PFE-ICMBIO/PGF/AGU

INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE – ICMBIO

Frederico Rios Paula 296



APRESENTAÇÃO

Lademir Gomes da Rocha
Presidente da ANAFE

A Revista da Advocacia Pública Federal ocupa cada vez mais um lugar importante na produção jurídica brasileira. Mérito de seus organizadores e colaboradores, que têm sabido combinar o trato científico das questões jurídico-dogmáticas com uma reflexão crítica sobre assuntos cruciais para a cidadania e o desenvolvimento das instituições do Estado Democrático de Direito.

Coerentemente com essa tradição, o presente volume traz artigos primorosos de autores nacionais e estrangeiros sobre a matriz de risco nas contratações públicas, o diálogo entre as cortes nacionais e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a dignidade da pessoa humana e o direito ao mínimo existencial, o impacto da pandemia da Covid-19 sobre o presidencialismo de coalizão, a seleção de refugiados nos concursos vestibulares sob o influxo da lei de cotas e do Estatuto dos Refugiados, a solução de litígios individuais em contenciosos administrativos de massa, as origens da máxima jurídica da presunção de inocência e a execução interna das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Além disso, o volume contém parecer produzido pela Procuradoria-Geral Federal junto ao ICMBio, oferecendo ao público uma pequena mostra do trabalho realizado pelos advogados e advogadas públicas federais.

Cada edição - o presente volume comprova isso - renova o desafio de combinar continuidade e aprimoramento, fundamentos do êxito de nossa Revista, patrimônio moral e intelectual da ANAFE e de seus associados.

Com isso, a Revista da ANAFE cumpre seu papel de contribuir para o debate acerca do aprimoramento das instituições de Estado no Brasil, um dos objetivos e princípios de nossa Associação.

Agradeço os autores, pareceristas, membros do Conselho Editorial e prestadores de serviços, responsáveis pela excelência acadêmica da Revista, cuja sexta edição oferecemos ao público, especializado e não especializado, como um convite à leitura e à reflexão.

Boa leitura a todos!



EDITORIAL

Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto

Editor-chefe

Alcançamos a sexta edição da ainda jovem Revista da Advocacia Pública Federal, da ANAFE!

Tal opúsculo se enfeixa na ação consistente de disponibilizar aos interessados material doutrinário de qualidade, para erigir dúvidas, reflexões, conhecimento e aperfeiçoamento pessoal e institucional.

Como afirma Schopenhauer,

Em um sentido mais amplo, pode-se dizer também que os quarenta primeiros anos da existência proporcionam o texto e os trinta seguintes o comentário. Esse então nos faz compreender bem o sentido verdadeiro e a sequência do texto, juntamente com sua moral e todas as suas nuances e sutilezas (Schopenhauer, Arthur. Aforismos para a Sabedoria de Vida - *Aphorismen zur Lebensweisheit*. Tradução de André Cancian, pg. 96).

Dessa forma, embora seja tarefa da edição da Revista a disponibilização de material sofisticado, cabe unicamente ao leitor o complemento deste movimento, fazendo os comentários mentais ou doutrinários e encontrando os significados mais colmatados das lições direcionadas pelo texto, cujos mistérios e enigmas somente serão plenamente solucionados por meio da leitura.

Refém da constatação de que esta prática, a leitura, ainda se torna algo imprescindível à humanidade contemporânea, encontramos em Tolstói a descrição brilhante de que a leitura talvez seja uma das melhores ações que a vida nos permitirá realizar, como no trecho a seguir, em que se descreve uma personagem entediada e desencantada, que reagia à percepção pragmática do mundo com todos os tipos de realizações mas, principalmente, “lendo, lendo muito”, como se a leitura fosse o verdadeiro portal para o essencial, a única atitude humana genuinamente merecedora de sofreguidão e obsessão:

Pedro gozava deste triste privilégio, frequente em muitos homens, mas especialmente nos Russos, graças ao qual, embora acreditem na verdade e no bem, com tanta clareza vêem o mal e a mentira dos humanos que lhes faltam forças para os combater a fundo. A seus olhos, todos os domínios da actividade humana estavam imbuídos do mal e da mentira. Fizesse o que fizesse, tentasse o que tentasse, sempre se sentia repellido por esta mentira perpétua: todas as vias da actividade humana se lhe fechavam. E, no entanto, era

preciso viver, algo tinha de fazer, apesar de tudo. Deixar-se esmagar sob o peso destes problemas insolúveis, eis o que se lhe afigurava horrível, e por isso mesmo, quanto mais não fosse para esquecê-los, entregava-se ao que quer que houvesse a fazer. Frequentava todas as sociedades, bebia muito, colecionava quadros, erigia castelos no ar e lia, lia principalmente.

Lia, lia tudo o que lhe vinha à mão, e de tal maneira que até mesmo à noite, quando o criado o ajudava a despir, continuava a ler (...) (TOLSTÓI, Leon. Guerra e paz – Livro 1. Tradução de isabel da Nóbrega e João Gaspar Simões. Presença Editorial, 2ª ed, pg. 668)

Logo, cientes do potencial imensurável que somente a leitura pode proporcionar, legando esta sexta edição, desejamos aos leitores um bom e reflexivo folheio de nossa Revista da Anafê. Importante salientarmos que esta edição não teria sido possível sem o trabalho silente e profícuo de uma formidável equipe de conselheiros editoriais, coeditores, autores, avaliadores, revisores e colaboradores, grupo ao qual apenas posso direcionar meus mais sinceros agradecimentos. Sem toda essa cooperação, não teríamos chegado à finalização desta sexta edição, predizendo que várias outras edições virão, e com sofisticação crescente, pois a tendência da vida é a evolução, eis a vocação perpétua do *homo sapiens*.

Boa leitura a todos!



ARTIGO DE AUTOR
CONVIDADO



.....

A EXECUÇÃO INTERNA DOS ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM: UMA ANÁLISE A PARTIR DA EXPERIÊNCIA ITALIANA

.....

THE INTERNAL ENFORCEMENT OF JUDGMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: AN ANALYSIS BASED ON THE ITALIAN EXPERIENCE

Lilian Barros de Oliveira Almeida¹

SUMÁRIO: 1. Considerações Iniciais; 2. O Sistema de Controle de Execução dos Acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem; 3. Casos de Condenação da Itália por Acórdão Definitivo do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: prevalência de medidas de execução adotadas pela Corte Constitucional italiana; 4. Medidas de Coordenação de Natureza Legislativa, Governativa e Jurisprudencial, adotadas pelo Estado italiano para a execução interna dos Acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem; 5. Conclusão; Referências.

¹ - Advogada da União. Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal. Foi pesquisadora visitante, pelo Programa Erasmus +, junto ao *Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale* da *Università degli Studi di Milano*, Itália. Mestre em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasil. Foi professora substituta da Universidade de Brasília-UnB nas disciplinas Direito Constitucional 1, Direito Administrativo 1, Teoria Geral do Direito Público e Direito Internacional Público.



RESUMO: O presente artigo tem por objetivo expor o sistema de controle de execução interna dos acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e analisar a forma de implementação dos acórdãos pelos Poderes do Estado. Pretende-se, também, verificar os mecanismos estratégicos de natureza legislativa, governativa e jurisprudencial empreendidos pelo Estado para coordenar a execução dos acórdãos por seus órgãos internos. Para tanto, a exposição será feita a partir da análise da execução interna, pelo Estado italiano, dos acórdãos de condenação do Tribunal Europeu.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Execução Interna dos Acórdãos. Mecanismos Estratégicos. Poderes do Estado; Itália.

ABSTRACT: *The purpose of this article is to set out the internal enforcement control system of judgments of the European Court of Human Rights and to examine how such judgments are implemented by State authorities. It is also intended to verify strategic legislative, governmental and jurisprudential mechanisms undertaken by the State to coordinate the execution of judgments by its internal bodies. Therefore, this presentation will be based on the analysis of the internal enforcement of the European Court's judgments by the Italian State.*

KEYWORDS: *European Court of Human Rights. Internal Enforcement of Judgments. Strategic Mechanisms. State Powers. Italy.*

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É possível vislumbrar na atualidade um constitucionalismo para além do Estado, no qual há a submissão do Estado a uma ordem jurídica não exclusivamente estatal, o exercício de funções legislativas, executivas e jurisdicionais, bem como a garantia de que os direitos individuais ultrapassam a realidade do Estado.² Com efeito, identifica-se um Estado de Direito e um constitucionalismo para além do Estado que contemplam o exercício de funções homólogas legislativas, executivas e jurisdicionais por instituições internacionais e supranacionais que, com frequência, interagem, relacionam-se e se chocam com os Poderes do Estado.

Ressalta Roberto Bin (2017) que o Estado de Direito nasceu com objetivos circunscritos a um território soberano, no qual deveria estar organizado e condicionado o exercício do poder político interno. Observa, porém, que as antigas fronteiras do Estado soberano foram mudadas, estando-se frente a uma extensão linear do Estado de Direito para além das fronteiras nacionais,³ o que traz, também, toda a tutela de direitos além do Estado, de dimensão internacional, correspondente aos direitos humanos.

Nesse contexto, destaca-se o exercício da função jurisdicional por Cortes que vão além do Estado para a garantia de direitos do homem. É o caso do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem,⁴ conhecido também como Corte de Estrasburgo, que integra o sistema multinível de proteção de direitos do homem. A propósito, consultar (PERNICE; KANITZ, 2004, p. 1-20); (PAOLA BILANCIA; MARCO, 2004); (D'ATENA, 2007); (DUARTE, 2013); (MARTINS 2006).

O sistema europeu de proteção de direitos humanos, no âmbito do Conselho da Europa, foi instituído em 1949, no contexto do pós-guerra, com o escopo de tutelar e desenvolver os direitos dos homens e as liberdades fundamentais por meio da cooperação internacional dos Estados europeus signatários. Tem-se hoje o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, instituído em 1959, como órgão de caráter permanente e de jurisdição obrigatória às Altas Partes contratantes da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.^{5 6}

2 - A respeito da aceitação da ideia de um constitucionalismo para além do Estado, consultar: SABINO CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma, GLF editori Laterza, 2006, p.180-190; DILETTA TEGA, *I Diritti in crisi: tra Corti nazionali e Corti Europee di Strasburgo*, Milano, Giuffrè Editore, 2012, pp. 23-49; MAURIZIO FIORAVANTI, *Costituzionalismo: Percorsi della storia e tendenze attuali*, Bari, Laterza, Kindle Edition, 2015, Capítulo 4; DIETER GRIMM, *Constitutionalism: Past, Present, and Future*, Oxford, Oxford University Press, Kindle Edition, 2016, capítulos 15 a 18; TURKULER ISIKSEL, *Europe's Functional Constitution: a Theory of Constitutionalism Beyond the State*, Oxford, Kindle Edition, 2016, introdução e capítulo 1; GIORGIO PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, Il Mulino, 2017, pp. 13-49; LUIGI FERRAJOLI, *Costituzionalismo oltre lo Stato*, Modena, Stem Mucchi Editore, 2017; CRISTINA QUEIROZ, *Direito Constitucional Internacional*, Lisboa, Petrony Editora, 2016, p. 76-84; ANTJE WIENER *et al*, *Global constitutionalism: Human rights, democracy and the rule of law*, *Global constitutionalism*, v.1, n.1, 2012, pp. 1-15; ANTHONY F. LANG JR. / ANTJE WIENER, *Handbook on Global Constitutionalism*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, eBook; OMAR CARAMASCHI, *Il costituzionalismo globale: teorie e prospettive*, Torino, Gl. Giappichelli Editore, 2022.

3 - Também a respeito da ideia de um Estado de Direito além das fronteiras do Estado, conferir: DANILO ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in PIETRO COSTA / DANILO ZOLO, *Lo Stato di diritto: storia, teoria, critica*, Milano: Feltrinelli, 2006, pp. 17-88, especialmente pp. 58-64; SABINO CASSESE, *Il diritto globale: Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009, p. 31-47.

4 - Doravante “Tribunal Europeu”.

5 - Doravante “CEDH” ou “Convenção”.

6 - Destaque-se que, antes do Protocolo n.º 11 à Convenção – que entrou em vigor no plano internacional em 1 de novembro de 1998 – a competência hoje atribuída ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem era também dividida com a Comissão e o Comitê de Ministros. Ademais, o Tribunal Europeu não podia, tal como ocorre no sistema atual, ser provocado diretamente pela vítima, sendo necessário o reconhecimento de sua jurisdição para que o Estado pudesse ser por ela processado. A respeito da jurisdição do Tribunal Europeu antes do Protocolo n.º 11, conferir: GUIDO RAIMONDI, *La Convenzione Europea e la giurisprudenza italiana*, in BRUNO NASCIMBENE, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè Editore, 2002, p. 101-105; ADRIANA GARDINO CARLI, *Stati e Corte Europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo: profili processuali*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 9-19.

A competência do Tribunal Europeu se estende a todas as questões concernentes à interpretação e à aplicação da Convenção e de seus protocolos. Segundo estatísticas oficiais (OVERVIEW, 1959-2021), desde a instituição do Tribunal Europeu em 1959 até o ano 2021, foram julgados mais de 24.511 casos, dos quais cerca de 40% se referem a três Estados-membros do Conselho da Europa: Turquia (3.820), Federação Russa (3.116) e Itália (2.466). Ademais, em 84% dos casos apreciados desde 1959, a Corte de Estrasburgo encontrou pelo menos uma violação da CEDH provocada pelo Estado demandado.

No sistema europeu, nos termos do artigo 46, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, as Altas Partes Contratantes se obrigam a respeitar as sentenças⁷ definitivas do Tribunal nos litígios em que forem partes. Os acórdãos condenatórios possuem um caráter declaratório da violação de direitos pelo Estado litigante, como é próprio das Cortes internacionais, não competindo às referidas Cortes a eliminação direta das causas da violação, mas sim aos Estados condenados, por meio de seus Poderes e órgãos competentes. Ocorre, porém, que a coordenação entre o nível internacional regional e o nível nacional de tutela de direitos humanos nem sempre é fácil. Diversos são os problemas vislumbrados com vistas à efetiva execução dos acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem pelos Poderes dos Estados. A esse respeito, ver (BULTRINI, 2004, p. 243 e ss).

Diante da problematização apresentada, este artigo tem por objetivo expor o sistema de controle de execução interna dos acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e analisar a forma de implementação dos acórdãos pelos Poderes do Estado. Pretende-se, também, verificar os mecanismos estratégicos de natureza legislativa, governativa e jurisprudencial empreendidos pelo Estado para coordenar a execução dos acórdãos por seus órgãos internos. Para tanto, a exposição será feita a partir da análise da execução dos acórdãos de condenação da Itália pelo Tribunal Europeu.

Pretende-se, ao longo do texto, responder às seguintes perguntas: como é o sistema de controle da execução interna dos acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem? Que tipos de medidas reparatórias foram adotadas pela Itália para executar internamente os acórdãos do Tribunal Europeu? Foram usadas primordialmente medidas legislativas, jurisprudenciais ou governativas? Foram desenvolvidos mecanismos estratégicos para a coordenação da execução interna das medidas reparatórias?

Por fim, registre-se que, na pesquisa para a elaboração deste artigo, recorreu-se, além da doutrina, a dados, estatísticas, relatórios, resoluções e acórdãos publicados pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa e por tribunais italianos.

2. O SISTEMA DE CONTROLE DE EXECUÇÃO DOS ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem prevê, em seu artigo 46, n.º 2, que as sentenças definitivas do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem devem ser transmitidas ao Comitê de Ministros, ao qual compete velar por sua execução. O Comitê de Ministros é um órgão

7 - Apesar de os artigos 44 a 46 da Convenção, na tradução em língua portuguesa, trazerem a palavra “sentença”, optou-se no decorrer do presente artigo em usar a palavra “acórdão”, por tratar-se de decisão colegiada do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Registre-se que a terminologia “acórdão” é também adotada pelo Regulamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, conforme se observa em seu artigo 74.

político decisório do Conselho da Europa, composto pelos Ministros dos Negócios Estrangeiros dos 47 Estados-membros do Conselho da Europa ou por seus representantes permanentes em Estrasburgo.⁸ Verifica-se, assim, um caráter coletivo e governamental de fiscalização da execução dos acórdãos por todos os Estados-Partes, dada a representatividade do governo de todos eles no Comitê de Ministros, fazendo-se com que sejam oferecidas respostas coletivas aos problemas nacionais vislumbrados na implementação dos acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Sobre a competência específica do Comitê de Ministros para o controle da execução dos acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, conferir (CARLI, 2005, p. 92-93); (BARTOLE; DE SENA; ZAGREBELSKY, 2012, p. 762-765).

Para cumprir esse objetivo, o Comitê de Ministros conta com o auxílio do Departamento para a Execução de Decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, o qual aconselha e assiste o Comitê na sua função de supervisão da implementação dos acórdãos do Tribunal e também fornece apoio aos Estados-membros para alcançar a execução plena, efetiva e rápida dos acórdãos. Em 2006, o Comitê editou um conjunto de regras que disciplinam a referida atividade de supervisão, tendo em vista a obrigação, constante no artigo 46, n.º 1, da Convenção Europeia, de as Altas Partes Contratantes respeitarem as sentenças definitivas do Tribunal Europeu nos litígios em que forem partes.

O Comitê, após a transmissão do acórdão, inicialmente convida o Estado a apresentar um plano de ação e informar sobre as medidas tomadas ou que pretenda adotar em virtude da violação constatada pelo Tribunal Europeu. Uma vez que todas as medidas tenham sido tomadas, um relatório de ação é submetido. Durante o processo de supervisão, a parte lesada, as organizações não governamentais e as instituições nacionais para a promoção e proteção dos direitos humanos podem enviar comunicações por escrito. O Comitê de Ministros adota uma resolução final e conclui a supervisão da execução após verificar que a Alta Parte Contratante interessada implementou todas as medidas necessárias para se conformar com o acórdão da Corte de Estrasburgo.⁹

Certo é que o escopo dos acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem é contribuir para a repriminção do direito do indivíduo lesado pelo Estado, restabelecendo-se plenamente a situação anterior à violação ocorrida (*restitutio in integrum*). Entretanto, há de se observar que a especificação e o detalhamento, no dispositivo dos acórdãos, a respeito das medidas gerais e individuais a serem adotadas pelo Estado e controladas pelo Comitê de Ministros, variam conforme a natureza do acórdão. A respeito do significado do *restitutio in integrum* e da determinação da adoção de medidas gerais e individuais, conferir (RANDAZZO, 2012, p. 105-123).

8 - A respeito da estrutura e competência do Comitê de Ministros, conferir a sua página na internet em: <<https://www.coe.int/en/web/cm/about-cm>>.

9 - A fim de melhorar a transparência do processo de execução dos acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, o Departamento para a Execução de Decisões publicou em seu sítio web fichas informativas nacionais relacionadas à execução dos acórdãos. As fichas informativas apresentam uma visão geral das principais questões reveladas pelos acórdãos da Corte em processos pendentes no Comitê de Ministros para supervisão da sua execução, com *links* para informações disponíveis sobre o estado de execução. São fornecidas, também, informações sobre as reformas adotadas nos casos em que a supervisão foi concluída. Ademais, as tendências de execução nos últimos seis anos são ilustradas pelos principais dados estatísticos. A propósito, conferir em: <<https://www.coe.int/en/web/execution/country-factsheets>>. Com relação especificamente à Itália, conferir em: <<https://rm.coe.int/1680709750>>.

Nos acórdãos da Corte de Estrasburgo nos quais não é constatada uma violação de caráter estrutural, em regra, constam de seu dispositivo tão somente a declaração de violação de artigos da Convenção pelo Estado e a determinação de pagamento do valor a título de reparação razoável, se esta for julgada como devida, nos termos do artigo 41 da CEDH.¹⁰ Não são especificadas no dispositivo do acórdão as medidas individuais assecuratórias da cessação da violação, nem as medidas gerais aptas a prevenir novas violações similares às constatadas. Compete, assim, ao Estado, sob o controle do Comitê de Ministros, a escolha dos meios disponíveis internamente para cumprir a obrigação de pôr fim à violação verificada. Leva-se em consideração, para tanto, a discricionariedade e a margem de apreciação da Alta Parte Contratante em escolher os meios necessários para cumprir o acórdão.¹¹ A respeito da margem de apreciação dos Estados na escolha dos mecanismos para cumprir os acórdãos de condenação das Cortes internacionais de direitos humanos, conferir (CONTRERAS, 2012, p. 28-82).

Por outro lado, quando os fatos na origem revelam a existência de um problema estrutural ou sistêmico no Estado, o Tribunal Europeu pode decidir adotar um acórdão-piloto, conforme previsto no art. 61 do Regulamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. O acórdão-piloto tem a peculiaridade de indicar a natureza do problema constatado no Estado, bem como de especificar as medidas reparatórias que a parte contratante deve adotar internamente na execução, fixando inclusive um prazo determinado para a sua adoção. Verifica-se, no caso dos acórdãos-pilotos, uma maior restrição da discricionariedade e da margem de apreciação do Estado quanto à escolha dos meios considerados mais adequados para pôr fim à violação e dar solução aos numerosos outros casos individuais originários do mesmo problema estrutural. Destaque-se que o Comitê de Ministros geralmente confere prioridade à supervisão da execução dos acórdãos-pilotos. Para um estudo mais aprofundado sobre os acórdãos pilotos, conferir (ZANGHÌ, 2013, p. 262-266); RANDAZZO, 2012, p. 123-128).

A supervisão da execução dos acórdãos pelo Comitê de Ministros é feita, em princípio, em reuniões especiais de direitos humanos, cuja ordem do dia é pública. O caso é inscrito em cada reunião de direitos humanos até que o Estado em questão forneça a informação relativa ao pagamento da reparação razoável ou da medida individual adotada, salvo decisão contrária do Comitê. Com relação às medidas gerais, se a alta parte contratante interessada declarar ao Comitê que ainda não está em condições de informar a adoção de tais medidas, o caso é novamente inscrito na ordem do dia de uma reunião do Comitê de Ministros, no máximo em um prazo de seis meses, sendo este prazo renovável até que se cumpram as medidas.¹² Para mais informações

10 - Prevê o artigo 41 que, se a Corte declarar a ocorrência de violação da Convenção e se o direito interno da Alta Parte Contratante não permitir, senão imperfeitamente, a remoção das consequências da violação, a Corte deve atribuir à parte lesada uma reparação razoável, se necessário. Para um estudo mais aprofundado sobre o conteúdo do artigo 41 da Convenção Europeia e sobre a reparação razoável, conferir: SERGIO BARTOLE / BENEDETTO CONFORTI / GUIDO RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, CEDAM, 2001, p. 661-671; SERGIO BARTOLE / PASQUALE DE SENA / VLADIMIRO ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione Europea*, pp. 703-729; IRINEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 427-432.

11 - Conforme acentua Pasquale Pirrone, faz-se necessário recorrer à motivação do acórdão do Tribunal Europeu para que se possa mais adequadamente individualizar o ato interno ou o comportamento estatal contrário à Convenção, bem como as medidas individuais e gerais a serem adotadas, tendo a doutrina superado a rígida distinção entre dispositivo e motivação no que tange à eficácia e à amplitude de coisa julgada dos acórdãos internacionais, dado que são considerados vinculantes, para as partes em causa, todas as afirmações constantes no acórdão que constituam o fundamento das conclusões expostas em seu dispositivo. (PIRRONE, 2005, p. 19-21).

12 - São geralmente quatro as reuniões especiais de direitos humanos durante o ano. Elas ocorrem nos meses de março, junho, setembro e dezembro. Mais informações sobre o conteúdo das reuniões, conferir em: <<https://www.coe.int/en/web/execution/committee-of-ministers-human-rights-meetings>>.

sobre a supervisão da execução dos acórdãos pelo Comitê de Ministros, ver (LEO ZWAAK, apud PIETER VAN DIJK *et al.*, 2006, p. 291-321); (RAINEY; WICKS; OVEY, 2017, p. 493-505).

Durante a supervisão da execução dos acórdãos, o Comitê de Ministros pode adotar resoluções provisórias, a fim de avaliar o avanço da execução ou, se necessário, expressar sua preocupação e formular sugestões para o efetivo atendimento dos acórdãos. Isso ocorre porque nem sempre os acórdãos são executados com a celeridade devida, ante a complexidade que pode envolver uma alteração legislativa ou constitucional, a modificação da jurisprudência de uma Corte Constitucional, a execução de uma política pública requerida ou a reabertura de um processo judicial que já teve decisão definitiva, tendo em vista razões de ordem política, econômica, histórica ou cultural peculiares ao país.

Ciente da morosidade desse processo, o Comitê de Ministros adota tais resoluções provisórias para encorajar a adoção de medidas que podem contribuir para evitar novas violações decorrentes da aplicação de norma já julgada incompatível com a Convenção. É, assim, exercida sobre os Estados uma certa pressão política para que atentem às suas responsabilidades e a eventuais consequências do não adimplemento da obrigação de se conformarem aos acórdãos da Corte de Estrasburgo nas controvérsias em que forem parte, apelando-se às vezes à Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa.

Importa destacar que a Assembleia Parlamentar possui um Comitê de Assuntos Jurídicos e Direitos Humanos que, por intermédio de seu subcomitê de implementação dos acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem,¹³ analisa as questões relativas à implementação, em nível doméstico, das decisões do Tribunal Europeu. São analisados, em particular, os casos mais emblemáticos de não implementação de acórdãos, especialmente aqueles que apontam para a existência de deficiências sistêmicas ou que requerem medidas, especialmente em casos relativos a violações graves dos direitos humanos.

O subcomitê busca identificar, em conjunto com o relator da comissão responsável pela execução dos acórdãos do Tribunal Europeu, as razões para o fracasso na execução interna, atuando em cooperação com a delegação nacional parlamentar do Estado em causa, a fim de encontrar soluções para problemas pendentes.

Não se pode ignorar que o Estatuto do Conselho da Europa, em seu artigo 3.º, prevê que todos os membros do Conselho reconhecem o princípio em virtude do qual qualquer pessoa colocada sob sua jurisdição deve gozar dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, comprometendo-se a colaborar sincera e ativamente na salvaguarda de tais direitos e liberdades. Infere-se, portanto, que tal comprometimento abrange a submissão de cada Estado-membro aos acórdãos definitivos da Corte de Estrasburgo nas controvérsias em que são partes.

O artigo 8.º do Estatuto, por sua vez, dispõe que qualquer membro do Conselho da Europa que atente gravemente contra o disposto no referido artigo 3.º pode ter o seu direito de representação suspenso e ser convidado pelo Comitê de Ministros a retirar-se. Caso não atenda

13 - A propósito, conferir o Programa de Trabalho do Comitê de Assuntos Jurídicos e Direitos Humanos, de 3 de março de 2020, que traz em seu texto a competência do Comitê e apresenta os Termos de Referência do Subcomitê para a Execução das sentenças da Corte Europeia de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.assembly.coe.int/Committee/JUR/Work_ProgrammeE.pdf>.

ao convite, prevê o artigo 8.º que o Comitê poderá decidir pela saída do Estado do Conselho da Europa, a contar de uma data a ser por ele fixada.¹⁴

Insta destacar que o Protocolo 14, adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, introduziu em 2010 uma alternativa jurisdicional em face da recusa dos Estados em implementar internamente os acórdãos do Tribunal Europeu, acrescentando-se os números 3 a 5 ao artigo 46 da Convenção. De acordo com tais parágrafos, quando o Comitê de Ministros julgar, durante seu trabalho de supervisão, que a execução de um acórdão está sendo impedida por uma dificuldade de interpretação, esse colegiado poderá solicitar, pela decisão de dois terços de seus representantes titulares, que a Corte de Estrasburgo se pronuncie sobre tal questão de interpretação.

Foi também previsto que, se a Alta Parte Contratante se recusar a conformar-se com um acórdão, o Comitê poderá, após notificação do Estado-Parte e por decisão tomada por dois terços dos seus representantes titulares, submeter ao Tribunal Europeu a questão da observância do Estado à obrigação de se conformar aos acórdãos nas controvérsias em que for parte. Se o Tribunal constatar tal desrespeito, o caso é reenviado ao Comitê de Ministros, para decidir sobre as medidas a serem adotadas. Acerca da alternativa jurisdicional em razão da recusa dos Estados em implementar internamente os acórdãos, conferir (LONDRAS; DZEHTSIAROU, 2017, p. 467-490), especialmente p. 480-490; (OSTI, 2017, p. 851-879), especialmente p. 874-875.

3. CASOS DE CONDENAÇÃO DA ITÁLIA POR ACÓRDÃO DEFINITIVO DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM: PREVALÊNCIA DE MEDIDAS DE EXECUÇÃO ADOTADAS PELA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA

O estatuto do Conselho da Europa, firmado em maio de 1949, teve a República italiana como uma de suas signatárias. Posteriormente, firmada a Convenção Europeia dos Direitos do Homem em 1950, a Itália depositou o instrumento de ratificação da Convenção em outubro de 1955. O texto original da Convenção previa a aceitação da competência obrigatória do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem como disposição de caráter facultativo. Destaque-se que a Itália aceitou a jurisdição obrigatória do Tribunal apenas em agosto de 1973 (CLAUDIO ZANGHÌ, 2013, p. 187 e ss).

Importa, no presente tópico, expor alguns importantes casos de condenação da Itália pela Corte de Estrasburgo, narrando-se as dificuldades encontradas para a sua implementação interna, bem como as medidas gerais e individuais, de natureza legislativa, jurisprudencial e governativa, adotadas pelo Estado italiano para a execução dos acórdãos.

Nos acórdãos do Tribunal Europeu proferidos contra a Itália, grande parte das medidas para prevenir ou cessar a violação constatada depende da conformação do ordenamento jurídico italiano aos preceitos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Verificou-se que, em alguns casos, o Parlamento italiano alterou a legislação existente, ou editou a legislação omissa, de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo Tribunal. Com relação à responsabilidade constitucional do Parlamento e aos efeitos das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem para juízes

14 - Importante trazer o posicionamento do jurista português Irineu Cabral Barreto, ex-Juiz do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de que este remédio extremo parece, se não impossível, pelo menos de muito delicada aplicação, tendo, por enquanto, o diálogo constitutivo possibilitado romper algumas resistências e a adoção de medidas satisfatórias relativas à execução dos acórdãos. Cf. IRINEU CABRAL BARRETO. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. p. 445-446.

reparação razoável e de a Itália ter publicado, em 2016, legislação que permitiu o reconhecimento e a proteção da união civil entre pessoas do mesmo sexo. Para mais informações sobre o caso, conferir (CESERANI, 2015, p. 785-802). Para informações sobre a jurisprudência constitucional italiana a respeito do tema da união entre pessoas do mesmo sexo, consultar (RESCIGNO, 2018, p. 1-16).

Destaque-se, também, o caso Centro Europa 7 S.R.L e Di Stefano c. Italia,²⁴ que diz respeito à inadequação do quadro normativo italiano para garantir o pluralismo dos meios de comunicação social. O caso foi fechado pelo Comitê de Ministros em 2017, com a Resolução final CM/ResDH(2017)104,²⁵ por ter sido introduzido um quadro legislativo e regulamentar que observou o pluralismo informativo e o direito à concorrência na definição dos requisitos necessários à concessão de licenças de radiodifusão.

De grande importância a narrativa do caso enfrentado pela Itália sobre o problema da superveniência de acórdão do Tribunal Europeu que implica a reabertura de processo judicial já finalizado com sentença definitiva, passada em julgado. É o que se verificou na execução do acórdão proferido no Caso Paolo Dorigo c. Itália, de 9 de setembro de 1998. O senhor Paolo Dorigo foi condenado em sentença definitiva pelo crime de terrorismo e, após recurso à Corte de Estrasburgo, foi declarada a violação do direito do senhor Dorigo a um processo equitativo (artigo 6.º, n.º 1 e n.º 3.º CEDH). Consultar a narrativa do acórdão do caso Dorigo c. Italia e o relato das respectivas resoluções do Comitê de Ministros em (RANDAZZO, 2012, p. 190-191).

Por ocasião da supervisão da execução do acórdão, o Comitê de Ministros, por meio de diversas resoluções proferidas entre os anos de 2002 e 2005, solicitou à Itália a aprovação de medida legislativa voltada a introduzir uma nova hipótese de revisão de condenação definitiva, de modo a permitir a reabertura de processo que respeitasse a regra do processo equitativo. Contudo, a inércia do Parlamento italiano em aprovar a referida medida legislativa levou a Corte Constitucional a “introduzir” uma nova hipótese de revisão penal. Com relação ao tema da reabertura dos processos internos após a prolação de acórdão do Tribunal Europeu, verificar (PIRRONE, 2005, p. 92-112); (CAIANIELLO, 2011, p. 668-671).

Com efeito, após a submissão de uma questão de legitimidade constitucional pela Corte de Apelo de Bolonha, a Corte Constitucional, por meio do Acórdão n.º 113 de 2011,²⁶ declarou a inconstitucionalidade do art. 630 do Código de Procedimento Penal na parte em que não previu a reabertura do processo quando proferido acórdão definitivo do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem por violação ao direito a um processo equitativo.²⁷ Tratou-se, portanto, da criação

24 - Cf. Caso Centro Europa 7 s.r.l. e Di Stefano c. Italia, acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 7 de junho de 2012, disponível em: <https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page?contentId=SDU763138&previousPage=mg_1_20>.

25 - Cf. Resolução final CM/ResDH(2017)104 do Comitê de Ministros, disponível em: <https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680700f6d>.

26 - Acórdão da Corte Constitucional italiana n.º 113 de 2011, disponível em: <<https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2011&numero=113>>.

27 - Invocou-se a ofensa ao artigo 117, n.º 1, da Constituição da República Italiana, no que tange à falta de observância, pelo Poder Legislativo italiano, da obrigação internacional prevista no artigo 46 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem de conformação às sentenças definitivas do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, nas controvérsias em que a Itália for parte.

jurisprudencial de uma nova hipótese de revisão do processo penal, sem que tenha de fato ocorrido a alteração do texto legal, para que assim se pudesse dar cumprimento a um acórdão do Tribunal Europeu.²⁸

Importa destacar a reforma normativa e administrativa que foi efetivamente realizada pela Itália, na área processual penal, como forma de execução de medidas gerais requeridas em importante caso de responsabilização perante o Tribunal Europeu. Trata-se do acórdão proferido em 2013 no caso *Torreggiani e outros c. Italia*,²⁹ que trata de queixas individuais de tratamento desumano e degradante decorrente da superlotação carcerária em algumas prisões na Itália. No dispositivo do acórdão, o Tribunal Europeu, além de declarar a violação ao artigo 3.º da Convenção e a obrigação do pagamento de valor a título de reparação razoável, declarou que o Estado italiano deveria, dentro de um ano, instituir um recurso interno, efetivo e idôneo, a oferecer uma reparação adequada e suficiente em caso de superlotação carcerária. Para mais informações, consultar (AVERSANO, apud DI STASI, 2016, p. 205-249).

Por meio da Resolução CM/ResDH(2016)28,³⁰ o Comitê de Ministros declarou que a supervisão da execução foi concluída. Demonstrou-se que os recorrentes foram libertados ou transferidos para prisões que não estavam superlotadas. Ademais, verificou-se a publicação, pela Itália, de decreto-lei que possibilitou a reclamação dos detentos ao juiz supervisor acerca da violação de direitos decorrente da superlotação carcerária, bem como a publicação de decreto-lei que proporcionou a redução de 1 dia de pena para cada 10 dias gastos em condições de detenção superlotada.

Além do mais, medidas legislativas foram tomadas para aumentar o uso de alternativas à prisão, ao passo que medidas organizacionais e estruturais foram adotadas para reformar as prisões e aumentar a liberdade de movimento de prisioneiros fora de suas celas. Foi, ainda, desenvolvido pelo Departamento de Administração Penitenciária um sistema informatizado de monitoramento do espaço e da população penitenciária, com vistas a orientar a realocação de prisioneiros detidos em instalações superlotadas. Com tudo isso, constatou-se uma efetiva diminuição da população total carcerária.³¹

Importa agora discorrer sobre o caso Scordino c. Itália,³² com especial destaque à

28 - Ressalte-se que tal postura da Corte Constitucional italiana foi criticada, na medida em que não se justificava a “criação” de uma hipótese legal de revisão do processo para dar exequibilidade ao acórdão da Corte, visto que o Comitê de Ministros, por meio da Resolução n.º 83, de 2007, já tinha se dado por satisfeito pelas medidas reparatórias adotadas pelo Estado italiano, especialmente as relacionadas à suspensão da execução da pena e da definitiva libertação de Paolo Dorigo. Esta criação jurisprudencial feita pela Corte Constitucional acabou gerando insegurança jurídica e uma grande discricionariedade, por deixar a cada juiz penal a decisão sobre a reabertura do processo em casos de decisão contrária da Corte Europeia. Ver a propósito: BARBARA RANDAZZO, *Giustizia Costituzionale Sovranazionale*, p. 194-198.

29 - Cf. Caso Torreggiani e outros c. Italia, acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 8 de janeiro de 2013. Disponível em: <https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page?contentId=SDU810042&previousPage=mg_1_20>.

30 - Conferir a Resolução final CM/ResDH(2016)28 do Comitê de Ministros. Disponível em: <<https://hudoc.exec.coe.int/ENG#%7B%22EXECIdentifier%22:%5B%22001-161696%22%5D%7D%3E>>.

31 - Conferir tais informações também no status da execução da sentença do caso Torreggiani e altri c. Italia. Disponível em:
 <<http://hudoc.exec.coe.int/ENG#%7B%22fulltext%22%3A%22Torreggiani%22%2C%22EXECDocumentTypeCollection%22%3A%22CEC%22%2C%22res%22%2C%22EXECState%22%3A%22ITA%22%2C%22EXECSupervision%22%3A%22CLOSED%22%2C%22EXECIdentifier%22%3A%22004-45036%22%7D%3E>>.

32 - Cf. Caso Scordino c. Itália, acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 6 de março de 2007. Disponível em: <https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page?contentId=SDU148798&previousPage=mg_1_20>.

posterior interpretação feita pela Corte Constitucional italiana nos Acórdãos n.º 348³³ e 349³⁴, de 2007, conhecidos como *sentenze gemelle*. O caso Scordino diz respeito à violação estrutural e sistemática, pelo legislador italiano, do artigo 6.º da Convenção Europeia e do artigo 1.º (proteção da propriedade) do Protocolo n.º 1 da referida Convenção, tendo em vista os critérios de cálculo, trazidos pelo artigo 5-bis do Decreto-Lei n.º 333, de 1992, para determinar a indenização devida aos proprietários de áreas edificáveis, expropriadas por motivos de interesse público.

Concluiu a Corte de Estrasburgo, em acórdão de 29 de março de 2006, que a quantificação da indenização, feita de maneira irrazoável em relação ao valor da propriedade, determinou uma situação estrutural de violação dos direitos humanos, devendo o Estado italiano pôr fim a esses problemas estruturais com a adoção de medidas legais, administrativas e financeiras apropriadas.

Após o referido acórdão do Tribunal Europeu, a Corte de Cassação italiana submeteu à Corte Constitucional a questão da legitimidade constitucional do referido artigo 5-bis, tendo como parâmetro, entre outros, o artigo 117, n.º 1, da Constituição da República Italiana, que prevê que a potestade legislativa deve ser exercida também pelo respeito aos vínculos derivantes das obrigações internacionais. A parte interessada no processo em questão havia argumentado, perante a Corte de Cassação, que o contraste entre a norma interna e o sistema da Convenção Europeia dos Direitos do Homem poderia ser resolvido com a desaplicação direta da norma nacional pelo juiz comum. Com relação ao tema da aplicação direta, antes das *sentenze gemelle*, consultar (CONFORTI, apud NASCIMBENE, 2002, p. 85-89).

A Corte Constitucional italiana, nos Acórdãos n.º 348 e 349 de 2007, estabeleceu que a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, diferentemente das normas comunitárias, não cria um ordenamento jurídico supranacional e não produz normas diretamente aplicáveis aos Estados-partes, os quais, na verdade, se sujeitam às obrigações derivadas da Convenção Europeia, dada sua natureza de tratado internacional. Logo, não tem o juiz comum o poder de desaplicar a norma legislativa ordinária tida em contraste com uma norma da CEDH. Com relação a esse tema, consultar (CONTI, 2011, p. 73-81); (CARDONE, apud PADULA, 2016, p. 65-98).

Sustentou a Corte Constitucional que a incompatibilidade entre a norma interna e a norma da Convenção Europeia é questão concernente à legitimidade constitucional, nos termos do artigo 117, n.º 1, da Constituição, dada a previsão neste artigo de que o Poder Legislativo deve respeitar as obrigações firmadas internacionalmente. Nesse sentido, definiu que as normas da CEDH são superiores às leis ordinárias, mas subordinadas à Constituição, sendo, portanto, fontes interpostas. Se uma norma nacional se mostra contrária à CEDH, ela poderá ser ilegítima constitucionalmente, por afrontar o artigo 117, n.º 1, da Constituição. Com relação à evolução da doutrina e da jurisprudência da Corte Constitucional italiana sobre o valor da Convenção Europeia dos Direitos do Homem no sistema das fontes nacionais, consultar (TEGA, 2012, p. 64-87).

33 - Cf. Acórdão da Corte Constitucional italiana n.º 348 de 2007. Disponível em: <<https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2007&numero=348>>.

34 - Cf. Acórdão da Corte Constitucional italiana n.º 349 de 2007. Disponível em: <<https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2007&numero=349>>.

Ademais, destacou a Corte Constitucional que, com fundamento no artigo 32, n.º 1, da Convenção, a própria jurisprudência da Corte de Estrasburgo também integra o parâmetro constitucional como “fonte interposta”. Declarou, assim, a ilegitimidade constitucional do artigo 5º.-bis, n.º 1 e 2, do Decreto-Lei de 11 de julho de 1992, no que tange ao artigo 117, n.º 1, da Constituição.

Destaque-se também a execução de sentença da Corte de Estrasburgo que revelou problema concernente à aplicação automática, por órgão da magistratura nacional italiana, de medida individual determinada em acórdão da referida Corte alusivo a outro caso concreto. Acerca desse tema, consultar (CORVAJA, apud PADULA, 2016, p. 99-138); (PADULA, apud PADULA, 2016, p. 159-181).

Trata-se do Caso Scoppola (N.º 2) c. Itália,³⁵ no qual o Tribunal Europeu, em acórdão proferido em 2009, declarou a violação dos artigos 6.º e 7.º da Convenção, em razão da aplicação retroativa, pelo Poder Judiciário italiano, de norma desfavorável ao recorrente que resultou na imposição da pena de prisão perpétua. Como medida individual, a Corte de Estrasburgo declarou no dispositivo do acórdão que o Estado italiano deveria assegurar que a pena de prisão perpétua imposta ao recorrente fosse substituída por pena não superior à de reclusão de 30 anos. Com relação a essa temática, conferir (CONTI, 2011, p. 378-381).

A execução da medida reparatória foi feita diretamente pela Corte de Cassação italiana, que substituiu a pena de prisão perpétua por uma de 30 anos de reclusão, após a provocação do recorrente mediante recurso extraordinário, obtendo-se o fechamento do caso com a Resolução final CM/ResDH(2011)66, do Comitê de Ministros.³⁶ Ocorre que, posteriormente, réus também condenados a prisão perpétua, mas que não recorreram à Corte de Estrasburgo, provocaram os juízes responsáveis pela execução de sua condenação para requerer a substituição de suas penas perpétuas pela pena de reclusão de 30 anos, tal como feito com relação ao caso Scoppola.

Entretanto, a Corte Constitucional, por meio do Acórdão n.º 210 de 2013,³⁷ excluiu a possibilidade de o acórdão do caso Scoppola ser definido como um acórdão-piloto e afirmou a impossibilidade de aplicação automática, pelos juízes comuns, da substituição da pena de prisão perpétua a casos semelhantes com sentenças já passadas em julgado.³⁸ Em seu acórdão, a Corte Constitucional declarou a ilegitimidade constitucional do dispositivo normativo impugnado e esclareceu ser necessário, nos casos em que os condenados não tenham provocado a Corte de Estrasburgo, que lhe seja submetida a questão da legitimidade constitucional do mencionado dispositivo.

35 - Cf. Caso Scoppola c. Itália (N.º 2), acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 17 de setembro de 2009, disponível em: <https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page?contentId=SDU158025&previousPage=mg_1_20>.

36 - Conferir a Resolução final CM/ResDH(2011)66 do Comitê de Ministros. Disponível

37 - Cf. Acórdão da Corte Constitucional italiana n.º 210, de 2013. Disponível em: <<https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2013&numero=210>>.

38 - Com relação a este tema, ver: SILVIA SONELLI, La CEDU nel quadro di una tutela multilivello dei diritti e il suo impatto sul diritto italiano: direttrici di un dibattito, in SILVIA SONELLI, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e l'ordinamento italiano: problematiche attuali e prospettive per il futuro*, Torino, Giappichelli editore, 2015, p. 1-27, especialmente p. 13-20.

Importante, também, falar sobre a execução interna do acórdão proferido no caso *Maggio c. Itália*, em 2011,³⁹ que revelou problema concernente à diferença entre a interpretação da Corte Constitucional e a interpretação da Corte de Estrasburgo acerca da legitimidade constitucional e convencional de uma mesma norma interna. Sobre essa questão, consultar (VIGANÒ, apud SONELLI, 2015, p. 207-251).

No caso *Maggio*, a Itália foi responsabilizada pela violação às regras do justo processo (artigo 6.º, n.º 1 da CEDH), em razão da adoção de uma lei de interpretação autêntica (Lei n.º 296/2006) que, com aplicação retroativa aos processos judiciais pendentes de cidadãos italianos que trabalhavam na Suíça, acabou por interferir no cálculo do valor da pensão devida aos requerentes. Entendeu o Tribunal Europeu que o Estado não poderia, por meio de uma lei *ad hoc*, interferir de modo arbitrário nos procedimentos judiciais em curso, com o propósito de influenciar a decisão final de uma controvérsia judicial.

A Corte Constitucional italiana, por meio do Acórdão n.º 264/2012,⁴⁰ rejeitou a questão de constitucionalidade relacionada à violação do artigo 117, n.º 1, da Constituição da República Italiana, por entender ser necessária uma avaliação sistêmica dos valores envolvidos e assim chegar a um balanceamento que garantisse, com esteio no direito a um processo equitativo, previsto no art. 6.º, n.º 1º, da CEDH, o respeito aos princípios constitucionais da igualdade e da solidariedade. Sobre esse tipo de avaliação sistêmica e de balanceamento, conferir (REPETTO, 2014, p. 1075-1120).

Destaque-se que, posteriormente, a Corte de Estrasburgo responsabilizou mais uma vez o Estado italiano em relação à aplicação retroativa da Lei n.º 296/2006 a processos judiciais em andamento. No acórdão proferido em abril de 2014 no caso *Stefanetti e outros c. Itália*,⁴¹ ao analisar recursos que apresentavam circunstâncias análogas àquelas descritas no caso *Maggio*, o Tribunal Europeu reiterou os mesmos argumentos expostos sobre a incompatibilidade da referida lei com o artigo 6.º, n.º 1º, da Convenção, que apontaram a impossibilidade de o Poder Legislativo interferir de modo arbitrário na administração da justiça, visando influenciar a definição judiciária de uma controvérsia.

Impende, por fim, destacar o acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no caso *Varvara c. Itália*, do ano 2013.⁴² O referido acórdão tratou da incompatibilidade do confisco de bens do requerente com o artigo 7º da Convenção (*nulla poena sine lege*) e foi interpretado pelos juízes *a quo* no sentido de que a realização do confisco urbanístico exige sempre uma condenação penal.

Ao ser provocada, a Corte Constitucional italiana concluiu pela inadmissibilidade da questão constitucional submetida. Afirmou ser o confisco urbanístico, como previsto na norma

39 - Cf. Caso *Maggio e outros c. Itália*, acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 31 de maio de 2011. Disponível em: <[https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page?facetNode_1=1_2\(2011\)&contentId=SDU665621&previousPage=mg_1_20](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page?facetNode_1=1_2(2011)&contentId=SDU665621&previousPage=mg_1_20)>.

40 - Cf. Acórdão da Corte Constitucional italiana n.º 264, de 2012. Disponível em: <<https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2012&numero=264>>.

41 - Cf. Caso *Stefanetti e outros c. Itália*, acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 15 de abril de 2014. Disponível em: <https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page?contentId=SDU1008558&previousPage=mg_1_20>.

42 - Cf. Caso *Varvara c. Itália*, acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 29 de outubro de 2013. Disponível em: <https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page?contentId=SDU971121&previousPage=mg_1_20>.

impugnada, uma sanção administrativa, além de ressaltar que não consta da sentença da Corte de Estrasburgo no caso Varvara a conclusão sobre a impossibilidade de aplicação de tal sanção na hipótese em que houver a individualização da responsabilidade do infrator no acórdão. Por isso, a necessidade de análise das peculiaridades dos casos concretos em questão, para verificar se houve a individualização da responsabilidade dos infratores nos respectivos acórdãos, ainda que não estivesse configurado o crime de loteamento abusivo, em razão da ocorrência da prescrição. A tal respeito, consultar (ANDREA apud PADULA, 2016, p. 183-204).

Aproveitou a Corte Constitucional, nesse contexto, para esclarecer alguns aspectos que os juízes comuns deverão observar na interpretação das normas internas em conformidade com a CEDH e com a jurisprudência da Corte de Estrasburgo. Nesse sentido, a Corte Constitucional destacou os seguintes parâmetros: a) o dever do juiz comum de interpretar o direito interno conforme a CEDH é subordinado ao dever prioritário de adotar uma leitura constitucionalmente conforme; b) na hipótese extrema de não serem conciliáveis as interpretações dadas pela Corte Constitucional e pela Corte internacional a respeito de uma mesma norma, o juiz deve obediência, antes de tudo, à Constituição; d) o juiz comum deve se submeter tão somente à jurisprudência do Tribunal Europeu que seja consolidada sobre a interpretação da norma em questão, ou ao decidido em acórdãos-pilotos; e) o juiz comum deve verificar se o acórdão-piloto ou a jurisprudência consolidada são compatíveis com as peculiaridades do caso concreto em análise. Com relação à interpretação dos acórdãos do Tribunal Europeu para a sua execução interna e à interpretação da jurisprudência do Tribunal Europeu depois do Acórdão n.º 49/2015 da Corte Constitucional italiana, conferir (RANDAZZO, 2015, p. 1-19); (LAMARQUE, apud PADULA, 2016, p. 139-157).

4. MEDIDAS DE COORDENAÇÃO DE NATUREZA LEGISLATIVA, GOVERNATIVA E JURISPRUDENCIAL ADOTADAS PELO ESTADO ITALIANO PARA A EXECUÇÃO INTERNA DOS ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

A adoção, pelo Estado italiano, de medidas legislativas, jurisprudenciais e governativas voltadas à execução dos acórdãos do Tribunal Europeu proferidos em desfavor da Itália passou a ser mais frequente após a edição, pela Itália, da chamada Lei Azzolini (Lei n.º 12, de 9 de janeiro de 2006).⁴³ A referida lei trouxe disposições em matéria de execução das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a fim de que o Estado italiano se conformasse tempestivamente às obrigações derivadas das decisões da referida corte internacional. Cumpre, nos parágrafos abaixo, expor as principais prescrições trazidas pela Lei Azzolini.

A Lei Azzolini foi editada em resposta à exortação do Conselho da Europa acerca do grave estado de inadimplemento da Itália na execução dos acórdãos declaratórios de violação das normas da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o que ameaçava a própria eficácia do sistema de controle europeu. Destaque-se que, no ano de 2005, 60% dos casos pendentes perante o Comitê de Ministros dizia respeito à Itália. Por meio da Recomendação n.º 1684 (2004) e da Resolução n.º 1411 (2004), a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa convidou as delegações nacionais a promover iniciativas para empregar mecanismos de conformação à jurisprudência europeia. A propósito do histórico e das mudanças trazidas pela Lei Azzolini na execução das decisões do Tribunal Europeu, consultar (RANDAZZO, 2012, p. 175 e ss).

43 - Consultar o texto da Lei n.º 12, de 9 de janeiro de 2006. Disponível em: <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/06012l.htm>>.

A Lei Azzolini acrescentou a alínea a-bis ao n.º 3 do artigo 5º da Lei n. 400 de 1988 para atribuir ao Presidente do Conselho de Ministros as competências de: promover os adimplementos de competência governativa derivados das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem proferidas em confronto do Estado italiano; comunicar tempestivamente as decisões do Tribunal Europeu ao Parlamento italiano, a fim de que sejam examinadas pelas comissões parlamentares permanentes; e apresentar anualmente ao Parlamento um relatório sobre o estado de execução das decisões do Tribunal.

Para dar execução à Lei Azzolini, foi publicado um decreto do Presidente do Conselho dos Ministros, de 1º de fevereiro de 2007,⁴⁴ com o escopo de delegar ao Departamento de Assuntos Jurídicos e Legislativos a incumbência de promover os adimplementos consequentes das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Concentra-se, assim, no referido departamento, sem prejuízo das competências do Ministério dos Negócios Estrangeiros italiano, a coordenação das providências a serem adotadas pelos órgãos italianos para prevenir e reprimir as violações dos direitos protegidos pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

A fim de que tal incumbência seja realizada de uma forma mais especializada, foi instituído no âmbito do referido departamento, por meio do Decreto do Secretário-Geral de 24 de agosto de 2011, o Escritório contencioso para assessoramento jurídico e para relações com o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.⁴⁵ Compete a esta unidade promover a individualização e a ativação dos órgãos internos competentes para a adoção das medidas individuais e gerais necessárias à implementação dos acórdãos do Tribunal Europeu, mantendo relações com a Advocacia de Estado e com as administrações interessadas.

Incumbe, também, ao referido Escritório contencioso, por meio da representação permanente, a comunicação aos competentes escritórios do Conselho da Europa sobre o estado de execução dos acórdãos na Itália, bem como sobre as eventuais iniciativas adotadas pelo Estado italiano. Além disso, o Escritório contencioso monitora os processos pendentes perante o Tribunal Europeu, bem como o estado de execução dos acórdãos. Cuida, ademais, do recolhimento e elaboração de dados estatísticos sobre o andamento do contencioso italiano perante a Corte de Estrasburgo.

Conforme exposto acima, a Lei Azzolini previu, como mecanismo de coordenação voltado à adoção de medidas legislativas, a apresentação pelo Presidente do Conselho de Ministros de um relatório anual ao Parlamento sobre o estado de execução interna das decisões do Tribunal Europeu, com a indicação de eventuais iniciativas consideradas eficazes para a conformação do Estado italiano aos julgados do Tribunal. Tal procedimento auxilia o Parlamento a identificar, sob uma visão mais global, as pendências relativas à elaboração e aprovação de projetos de lei sugeridos pelo Comitê de Ministros na atividade de supervisão da execução dos acórdãos.

44 - Conferir o texto do Decreto do Presidente do Conselho dos Ministros da Itália, de 1º de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://presidenza.governo.it/CONTENZIOSO/ufficio/normativa/Dpcm_20070201.pdf>.

45 - Consultar o Decreto do Secretário Geral, de 24 de agosto de 2011. Disponível em: <http://presidenza.governo.it/normativa/DSG24ago2011_dagl.pdf>.

Os relatórios anuais ao Parlamento têm se mostrado, mais do que tudo, verdadeiros instrumentos de informação sistematizada a respeito do contencioso contra a Itália perante a Corte de Estrasburgo. Os mais recentes relatórios têm exposto, com relação à Itália: os recursos em andamento no Tribunal Europeu; os acórdãos do Tribunal Europeu em que foi declarada a não violação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem; os acórdãos de condenação, sistematizados por matéria; as decisões de inadmissibilidade; os principais casos submetidos à monitoração sobre o estado de execução dos acórdãos nos anos precedentes; o elenco de casos fechados com resoluções finais no ano em exame; os comentários aos casos fechados de maior importância; a efetividade das medidas de caráter geral introduzidas para superar os problemas estruturais evidenciados pelas violações em série; o papel da Corte Constitucional e dos juízes comuns no sistema multinível de proteção de direitos fundamentais; as sentenças da Corte Constitucional, sistematizadas por tema, em que se invocou as normas da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a jurisprudência do Tribunal Europeu; e as questões de legitimidade constitucional submetidas ou ainda pendentes, referentes aos princípios da Convenção Europeia, também divididas por tema.⁴⁶

Ainda com relação às medidas de coordenação de natureza legislativa, cumpre registrar a existência, no âmbito da Advocacia da Câmara dos Deputados, do Observatório sobre os Acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem,⁴⁷ instituído para também divulgar a jurisprudência do Tribunal Europeu às comissões parlamentares e auxiliar na identificação das providências legislativas a serem tomadas para prevenir ou reparar violações constatadas nos acórdãos da Corte de Estrasburgo contra a Itália. São elaborados, para esse fim, cadernos anuais, em que são sintetizados o conteúdo dos acórdãos do Tribunal Europeu proferidos contra a Itália no ano anterior e as principais decisões do Tribunal emitidas no confronto de outros países, sistematizadas por matéria e por artigo da Convenção.

Por fim, ainda a respeito das medidas de coordenação voltadas à execução de medidas de natureza legislativa pelo Parlamento italiano, o n.º 1 do artigo 9º do Decreto do Secretário-Geral, de 24 de agosto de 2011, prevê o auxílio do Escritório contencioso para o assessoramento jurídico e para as relações com o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem na formulação de propostas normativas para assegurar a plena conformidade do ordenamento jurídico nacional aos princípios da Convenção Europeia e à jurisprudência da Corte.

No que tange à execução de medidas reparatórias de natureza governativa pelos órgãos italianos competentes, é possível extrair a previsão de alguns instrumentos de coordenação a cargo do Escritório contencioso para o assessoramento jurídico e para as relações com o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a propósito do Decreto do Presidente do Conselho dos Ministros da Itália, de 1º de fevereiro de 2007, e do Decreto do Secretário-Geral, de 24 de agosto de 2011. À vista de tais instrumentos de coordenação, o Escritório contencioso comunica às administrações interessadas e ao Ministério da Economia e das Finanças sobre os acórdãos de condenação do Tribunal Europeu contra a Itália, para que iniciem os procedimentos necessários ao cumprimento das sentenças, a propósito do disposto nos artigos 41 e 46 da Convenção Europeia.

46 - Os relatórios anuais ao Parlamento podem ser visualizados em: <http://presidenza.governo.it/CONTENZIOSO/contenzioso_europeo/relazione_annuale.html>.

47 - Conferir a página do Observatório sobre os acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem disponível em: <http://www.camera.it/leg18/422?europa_estero=127>.

Ademais, o Escritório contencioso convida a administração competente a conformar-se aos princípios convencionais e às disposições contidas nos acórdãos, sugerindo, a depender do caso, a adoção de medidas individuais ou gerais. Coordena e auxilia, também, na individuação de medidas idôneas a prevenir e evitar novas violações à Convenção. Destaque-se ainda a previsão de que, até o dia 28/02 de cada ano, as administrações devem transmitir ao Escritório contencioso um relatório de todas as atividades e medidas adotadas para cessar as violações identificadas nos acórdãos da Corte de Estrasburgo e prevenir a ocorrência de violações semelhantes.

Com relação aos mecanismos de coordenação voltados à execução de medidas de natureza jurisprudencial, é possível verificar, nos Decretos acima mencionados – regulamentadores da Lei Azzolini, que o Escritório contencioso também cuida das relações com a Corte Constitucional. Além disso, conforme já referido, nos relatórios anuais ao Parlamento, consta a relação dos acórdãos da Corte Constitucional, sistematizados por tema, em que se tem invocado a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. São, ademais, descritas as questões de legitimidade constitucional submetidas à Corte Constitucional, referentes aos princípios previstos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Destaque-se também que a Corte Constitucional italiana, em seus relatórios anuais redigidos a partir do ano de 2009,⁴⁸ tem também dedicado uma seção para tratar da relação entre o direito interno e o sistema da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Nessa seção, é descrita a orientação atualizada da Corte Constitucional, expressa em seus acórdãos mais recentes, a respeito de temas importantes, como a aplicação da Convenção Europeia pelos juízes comuns e a interpretação das normas internas conforme o direito convencional. Também são destacadas importantes decisões da Corte Constitucional declaratórias de ilegitimidade constitucional, de ausência de fundamentação e de inadmissibilidade, todas tendo como parâmetro as disposições da Convenção Europeia como normas interpostas. Além do mais, são expostas nos relatórios anuais as decisões da Corte Constitucional em que foi citada a jurisprudência da Corte de Estrasburgo.⁴⁹

No que tange à divulgação da jurisprudência do Tribunal Europeu, importante destacar a medida adotada pelo Ministério da Justiça italiano, consistente na realização da tradução, para o idioma italiano, dos acórdãos do Tribunal Europeu proferidos em confronto da Itália, bem como dos acórdãos mais relevantes prolatados em confronto de outros países, tendo em vista a sua possível repercussão no ordenamento italiano. Tais acórdãos são traduzidos sob os cuidados do serviço de tradução do Departamento de Justiça e são publicados no site do Ministério da Justiça em uma seção especial.⁵⁰ Os acórdãos podem ser pesquisados de acordo com o ano em que foram publicados, ou em razão da violação de direito declarada pela Corte. Destaque-se que a adoção dessa medida pelo Ministério da Justiça foi fruto de recomendação do Comitê de Ministros ao Estado italiano, feita antes mesmo da publicação da Lei Azzolini.

48 - Consultar os relatórios anuais da Corte Constitucional, a partir de 2009, no seguinte endereço: <<https://www.cortecostituzionale.it/actionRelazioniPresidenti.do>>.

49 - Ver, a propósito, a Seção 2 (Direito interno e Sistema CEDH) do Capítulo IV (A república, o ordenamento europeu, o sistema CEDH e o direito internacional) do Relatório da Corte Constitucional italiana sobre a jurisprudência constitucional de 2019. Conferir em: <https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazione_cartabia/3_servizio_studi.pdf>.

50 - Os acórdãos do Tribunal Europeu proferidos em confronto da Itália, traduzidos para o idioma italiano, podem ser consultados no seguinte link: <https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20.page>.

É importante também ressaltar que, conforme demonstrado no tópico n.º 3 deste artigo, a própria Corte Constitucional italiana desenvolveu em sua jurisprudência mecanismos para uma melhor coordenação entre a sua atuação, a dos juízes comuns e a do Tribunal Europeu de Direitos do Homem no sistema multinível de proteção de direitos do homem. Tais mecanismos serão sintetizados a seguir.

Em primeiro lugar, a Corte Constitucional italiana definiu, nos Acórdãos n.º 348 e 349 de 2007 (*sentenze gemelle*) – mencionados no tópico anterior, que as normas da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no significado que lhes é atribuído pelo Tribunal Europeu, se inserem no sistema de fontes como normas interpostas. Portanto, em razão da interpretação dada pela Corte Constitucional ao n.º 1 do artigo 117 da Constituição da República Italiana, as normas integrantes da Convenção Europeia são superiores às leis, mas subordinadas à Constituição.

A Corte Constitucional italiana definiu também que a obrigação de interpretar as normas internas em conformidade com as normas convencionais incumbe prioritariamente aos juízes comuns. Eles devem, assim, interpretar as normas internas em conformidade com o significado atribuído às normas da Convenção Europeia pelo Tribunal Europeu em sua jurisprudência consolidada, ou em acórdãos-pilotos, segundo uma leitura também constitucionalmente conforme. O juízes devem, porém, estar atentos à compatibilidade entre o acórdão do Tribunal Europeu invocado e as peculiaridades do caso concreto em análise. Devem também verificar a viabilidade da extensão da eficácia de um acórdão condenatório do Tribunal Europeu a casos análogos.⁵¹

Caso o juiz comum esteja diante de um caso concreto que envolva a aplicação de uma norma nacional com conteúdo contrário à Convenção Europeia e tal contraste não possa ser resolvido pela via hermenêutica, o magistrado deverá submeter incidentalmente, à Corte Constitucional, uma questão de legitimidade constitucional da norma interna em apreço. O parâmetro constitucional será o n.º 1 do art. 117 da Constituição da República Italiana, tendo em vista a previsão nesse artigo de que a potestade legislativa deve ser exercida também em respeito aos vínculos derivados das obrigações internacionais. Não é possível, portanto, a desaplicação da norma interna diretamente pelo juiz comum.⁵² Se a Corte Constitucional concluir pela ilegitimidade constitucional da norma interna, por ofensa a disposição da Convenção Europeia como norma interposta, a incidência dessa norma é afastada no caso concreto, e a Corte Constitucional integrará a lacuna normativa eventualmente identificada, se possível.

Caso a Corte Constitucional vislumbre um contraste entre a norma convencional – no sentido interpretado pelo Tribunal Europeu – e a Constituição italiana, ela realiza um balanceamento entre o princípio previsto na Convenção e os demais princípios previstos na Constituição italiana, igualmente aplicáveis ao caso concreto. Se concluir pela prevalência do princípio constitucional no caso concreto, ela declara não fundada a questão de legitimidade constitucional suscitada.⁵³

51 - Conforme esclarecido pela Corte Constitucional italiana no acórdão n.º 49 de 2015.

52 - Consoante pontuado pela Corte Constitucional italiana nas já mencionadas *sentenze gemelle*.

53 - Tal como decidido pela Corte Constitucional italiana no acórdão n.º 264/2012.

Em outra hipótese, se a Corte Constitucional concluir que a solução ao contraste identificado excede o seu poder de intervenção por exigir escolhas discricionárias próprias do legislador, ela decide pela inadmissibilidade da questão de constitucionalidade levantada e exorta o Parlamento a adotar, com urgência, as medidas legais necessárias para a adequação das normas italianas ao decidido pela Corte de Estrasburgo.⁵⁴

5. CONCLUSÃO

Certo é que o exercício da função homóloga jurisdicional pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e os efeitos vinculantes de seus acórdãos ocasionam interações com os Poderes estatais que acabam repercutindo em seu equilíbrio e na redefinição das funções estatais.

Feita a apresentação, no presente artigo, acerca do sistema de controle de execução dos acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e uma vez expostas as medidas adotadas pela Itália para a execução interna dos acórdãos de condenação do Tribunal Europeu proferidos em seu desfavor, foi possível verificar que, para o Estado italiano se conformar aos acórdãos da Corte de Estrasburgo, foi necessária a atuação de seus Poderes e órgãos internos.

Uma primeira constatação diz respeito à situação configurada quando o Tribunal Europeu declara a ilegitimidade convencional de uma norma interna e não são adotadas tempestivamente pelo Estado italiano medidas de conformação. Nessa hipótese, surgem dúvidas quanto à possibilidade de adoção, pelos órgãos internos, de comportamentos vedados pela normativa interna, mas legitimados pelo “direito jurisprudencial” do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Indaga-se se esse “direito jurisprudencial”, típico dos sistemas de *common law* e fundamentado na interpretação de normas que não possuem aplicabilidade direta no ordenamento jurídico interno, poderia autorizar órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário a adotar comportamentos ainda vedados pela normativa interna, elaborada por um Parlamento democraticamente eleito.

Uma segunda constatação refere-se ao fato de a Corte Constitucional italiana, em algumas situações, em razão da inércia ou da lentidão do legislador, adequar a norma interna ao acórdão do Tribunal Europeu por meio da “criação jurisprudencial” de hipóteses legais que seriam próprias da discricionariedade do legislador. Tal tipologia de atuação contribui para a diminuição da quantidade de acórdãos da Corte de Estrasburgo pendentes de execução interna, mas, por outro lado, chama a atenção para a alteração no equilíbrio interno dos Poderes.

Conclui-se, portanto, que, na Itália, há grande impacto da atuação jurisdicional do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no equilíbrio tradicional dos Poderes internos, que se manifesta na medida em que o Poder Legislativo interno e a sua discricionariedade restam fragilizados por uma atuação mais “ativista” do Tribunal Europeu ou da própria Corte Constitucional italiana.

Defende-se que os magistrados nacionais, sempre quando possível, devem exercer sua função jurisdicional em conformidade com as normas convencionais e com a jurisprudência consolidada do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, segundo uma leitura também

54 - Tal como procedeu a Corte Constitucional italiana no acórdão n.º 166/2017.

constitucionalmente conforme. Na hipótese de a questão ser submetida à análise da Corte Constitucional e de ser identificado um contraste entre a Constituição e a interpretação dada pela Tribunal Europeu, deve a Corte Constitucional proceder a um balanceamento entre a norma convencional e os princípios previstos na Constituição.

Se a solução para o contraste ultrapassar os limites da competência da Corte Constitucional, cabe, nessa situação, um exercício de autocontenção da Corte Constitucional e o reconhecimento da imprescindibilidade da atuação do Poder Legislativo interno para que o Estado se conforme efetivamente ao acórdão da Corte de Estrasburgo.

Sobressai, portanto, a importância da ampliação do tradicional diálogo entre juízes comuns, Corte Constitucional e Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, para também abranger o diálogo com o Poder Legislativo interno. Mediante o devido reconhecimento do papel do Poder Legislativo no sistema multinível de proteção de direitos humanos e uma atuação tempestiva do legislador nacional, poderão ser editadas leis que contemplem, ao mesmo tempo, a discricionariedade política do Parlamento na regulamentação da proteção do direito humano em questão, bem como a conformação de tal regulamentação normativa aos padrões internacionais convencionais de proteção de direitos humanos. Dessa forma, poderão ser evitadas novas declarações de violações de direitos e se contribuirá para a diminuição da quantidade de acórdãos da Corte de Estrasburgo pendentes de execução interna.

REFERÊNCIAS

AVERSANO, Maria Laura. Il sovraffollamento carcerario. In: DI STASI, Angela. **CEDU e ordinamento italiano: la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e l’impatto nell’ordinamento interno (2010-2015)**. Vicenza: Wolters Kluwer, 2016, p. 205-249.

BARRETO, Irineu Cabral. **A Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Coimbra: Almedina, 2016.

BARTOLE, Sergio; CONFORTI, Benedetto; RAIMONDI, Guido. **Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali**. Padova, CEDAM, 2001.

BARTOLE, Sergio; DE SENA, Pasquale; ZAGREBELSKY, Vladimiro. **Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali**. Padova, CEDAM, 2012, p. 762-765.

BILANCIA, Paola; MARCO, Eugenio De. **La tutela multilivello dei diritti: punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione**. Milano: Giuffrè Editore, 2004.

BIN, Roberto. **Lo Stato di diritto: come imporre regole al potere**. capítulo 5. Bologna, Il Mulino, 2017, Kindle Edition.

BULTRINI, Antonio. **La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa**. Torino, G. Giappichelli Editore, 2004.

CAIANIELLO, Michele. La riapertura del processo per dare attuazione alle sentenze della Corte europea dei diritti: verso l'affermarsi di un nuovo modelo. **Quaderni costituzionali**, n. 3, 2011, p. 668-671.

CARDONE, Andrea. Corte europea dei diritti dell'uomo, giudici comuni e disapplicazione della legge: appunti per la comprensione delle trasformazioni della forma di stato. In: PADULA, Carlo. **La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?** Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 65-98.

CARAMASCHI, Omar. **Il costituzionalismo globale: teorie e prospettive**. Torino: Gl. Giappichelli Editore, 2022.

CARLI, Adriana Gardino. **Stati e Corte Europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo: profili processual**. Milano, Giuffrè, 2005.

CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato**. Roma: GLF editori Laterza, 2006.

_____. **Il diritto globale: Giustizia e democrazia oltre lo Stato**. Torino, Einaudi, 2009.

CESERANI, Alessandro. Il caso "Oliari" avanti la Corte di Strasburgo e la condizione delle coppie "same-sex" in Italia: brevi riflessioni. **Quaderni di diritto e politica ecclesiastica**, v. 18, n.º 3, 2015, p. 785-802.

CONFORTI, Benedetto. L'applicabilità diretta e sistematica della Convenzione e la tutela del singolo. In: NASCIMBENE, Bruno. **La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: profili ed effetti nell'ordinamento italiano**. Milano: Giuffrè Editore, 2002, p. 85-89.

CONTI, Roberto. **La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: il ruolo del Giudice**. Roma: Aracne editrice, 2011.

CONTRERAS, Pablo. National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison between the Jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights. **Northwestern University Journal of International Human Rights**, v. 11, n. 1, 2012, p. 28-82.

CORVAJA, Fabio. Corte europea dei diritti dell'uomo, giudici comuni e superamento del giudicato. In: PADULA, Carlo. **La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?** Napoli: Editoriale Scientifica, 2016, p. 99-138.

D'ATENA, Antonio. **Costituzionalismo multilivello e dinamiche istituzionali**. Torino, G. Giappichelli Editore, 2007.

DUARTE, Maria Luísa. **União Europeia e Direitos Fundamentais**: no espaço da internormatividade. Lisboa: AAFDL, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Costituzionalismo oltre lo Stato**. Modena: Stem Mucchi Editore, 2017.

FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzionalismo**: Percorsi della storia e tendenze attuali. Capítulo 4. Bari, Laterza, Kindle Edition, 2015.

GALLIANI, Davide. “È più facile perdonare un nemico che un amico”. La Corte europea dei diritti dell’uomo, la giusta giustizia, la giurisprudenza consolidata, l’ordinamento italiano. In: GALLIANI, Davide. **I diritti umani in una prospettiva europea**: opinioni concorrenti e dissenzienti (2011-2015). Torino: G. Giappichelli Editore, 2016, p. 5-45.

GRIMM, Dieter. **Constitutionalism**: Past, Present, and Future. capítulos 15 a 18. Oxford: Oxford University Press, Kindle Edition, 2016.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

ISIKSEL, Turkuler. **Europe’s Functional Constitution**: a Theory of Constitutionalism Beyond the State. introdução e capítulo 1. Oxford, Kindle Edition, 2016.

LAMARQUE, Elisabetta. La Convenzione europea dei diritti dell’uomo a uso dei giudici italiani. In: PADULA, Carlo. **La Corte Europea dei Diritti dell’Uomo**: quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale? Napoli: Editoriale Scientifica, 2016, p. 139-157.

LANG JR., ANTHONY F.; WIENER, Antje. *Handbook on Global Constitutionalism*. Cheltenham, Edward Elgar, 2017, eBook.

LONDRAS, Fiona De; DZEHTSIAROU, Kanstantsin. Mission impossible? Addressing non-execution through infringement proceedings in the European Court of Human Rights. **International & Comparative Law Quarterly**, v. 66, n. 2, 2017, p. 467-490.

MARTINS, Ana Maria Guerra. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2006.

MIDIRI, Mario. La CEDU in Parlamento. In: SONEILLI, Silvia. **La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e l’ordinamento italiano**: problematiche attuali e prospettive per il futuro. Torino: Giappichelli editore, 2015, p. 135-161.

OSTI, Alessandra. L’implementazione delle sentenze della Corte europea dei diritti e le resistenze nazionali: tre modelli a confronto. **Quaderni costituzionali**, v. 37, n. 4, 2017, p. 851-879.

OVERVIEW 1959-2021. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592021_ENG.pdf>.

PADULA, Carlo. La Corte Edu e i giudici comuni, nella prospettiva della recente giurisprudenza costituzionale. In: PADULA, Carlo. **La Corte Europea dei Diritti dell’Uomo**: quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale? Napoli: Editoriale Scientifica, 2016, p. 159-181.

PERNICE, Ingolf; KANITZ, Ralf. Fundamental Rights and Multilevel Constitutionalism in Europe. In: Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht- Paper 7/04, 2004, pp. 1-20.

PIN, Andrea. Il costituzionalismo della Corte Edu e le sue implicazioni per gli Stati: il problema del precedente. In: PADULA, Carlo. **La Corte Europea dei Diritti dell’Uomo**: quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale? Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 183-204.

PINO, Giorgio. **Il costituzionalismo dei diritti**. Bologna: Il Mulino, 2017.

PIRRONE, Pasquale. **L’obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo**. Milano: Giuffrè Editore, 2005.

QUEIROZ, Cristina. **Direito Constitucional Internacional**. Lisboa: Petrony Editora, 2016.

RAIMONDI, Guido. La Convenzione Europea e la giurisprudenza italiana. In: NASCIMBENE, Bruno. **La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo**: profili ed effetti nell’ordinamento italiano. Milano: Giuffrè Editore, 2002, p. 101-105.

RAINEY, Bernadette; WICKS, Elizabeth; OVEY, Clare. **The European Convention on Human Rights**. Oxford: Oxford University press, 2017.

RANDAZZO, Barbara. **Giustizia Costituzionale Sovranazionale**: La Corte Europea dei Diritti dell’Uomo. Milano, Giuffrè Editore, 2012.

_____. Il caso Costa e Pavan c. Italia: la bulimia della Corte dei «desideri». **Quaderni costituzionali**, n. 2, 2013, p. 460-462.

_____. Interpretazione delle sentenze della Corte Europea dei Diritti ai fine dell’esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fine dell’applicazione della CEDU. **Rivista AIC**, n. 2, 2015, p. 1-19.

REPETTO, Giorgio. L’effetto di vincolo delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo nel diritto interno: dalla riserva di bilanciamento al ‘doppio binario’. In: **Diritto pubblico**, n. 3, 2014, p. 1075-1120.

_____. Vincolo al rispetto del diritto cedu “consolidato”: una proposta di adeguamento interpretativo. **Rivista AIC**, n. 3, 2015, p. 1-10.

RESCIGNO, Francesco. “Omnia non vincit Amor” Riflessioni sulla giurisprudenza costituzionale italiana ed austriaca in tema di coppie omosessuali. In: **Federalismi.it**, n. 5, 2018, p. 1-16.

SCHMID, Christoph U. The Relationship between the European Convention on Human Rights and National Legal Systems: A Reconstruction Based on Multi-Level Governance Theory. In: SONELLI, Silvia. **La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e l’ordinamento italiano: problematiche attuali e prospettive per il future**. Torino: Giappichelli editore, p. 163-182.

SONELLI, Silvia. La CEDU nel quadro di una tutela multilivello dei diritti e il suo impatto sul diritto italiano: direttrici di un dibattito. In: SONELLI, Silvia. **La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e l’ordinamento italiano: problematiche attuali e prospettive per il futuro**. Torino, Giappichelli editore, 2015, p. 1-27.

TEGA, Diletta. **I Diritti in crisi: tra Corti nazionali e Corti Europea di Strasburgo**. Milano: Giuffrè Editore, 2012.

VIGANÒ, FRANCESCO. Convenzione europea dei diritti dell’uomo e resistenze nazionalistiche. Corte costituzionale italiana e Corte europea tra “guerra” e “dialogo”. In: SONELLI, SILVIA. **La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e l’ordinamento italiano: problematiche attuali e prospettive per il futuro**. Torino: Giappichelli editore, 2015, p. 207-251.

WIENER, Antje *et al*, Global constitutionalism: Human rights, democracy and the rule of law. **Global constitutionalism**. v.1, n.1, 2012, p. 1-15.

ZANGHÌ, Claudio. **La protezione internazionale dei diritti dell’uomo**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2013.

ZOLO, Danilo. Teoria e critica dello Stato di diritto. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **Lo Stato di diritto: storia, teoria, critica**. Milano: Feltrinelli, 2006, p. 17-88.

ZWAAK, Leo. The supervisory task of the Committee of Ministers. In: PIETER VAN DIJK *et al*, **Theory and practice of the European convention on human rights**. Oxford: Intersentia, 2006, p. 291-321.



ARTIGO TRADUZIDO

INOCENTE ATÉ QUE SE PROVE CULPADO: AS ORIGENS DE UMA MÁXIMA JURÍDICA¹

INNOCENT UNTIL PROVEN GUILTY: THE ORIGINS OF A LEGAL MAXIM

Kenneth Pennington²

Tradutor: Thiago Aguiar de Pádua³

1 - Publicado originalmente em: MAFFEI, Domenico; BIROCCHI, Italo; CARAVALE, Mario; CONTE, Emanuele; e PETRONIO, Ugo (coord.). *A Ennio Cortese*, Rome: I1 Cigno Edizioni, 2001, vol. 3, p. 59-73; também em: PENNINGTON, Kenneth. *Innocent Until Proven Guilty: The Origins of a Legal Maxim*. **The Jurist**: Studies in Church Law and Ministry, vol. 63, 2003.

2 - Professor de História Eclesiástica e Jurídica (*The Catholic University of America*). Ph.D. em História Medieval (Cornell University, 1972).

3 - Pós-Doutor em Direito (L'Università degli Studi di Perugia; UnB e Univali). Doutor em Direito. Professor de História do Direito e Direito Constitucional. Professor do PPG (Mestrado e Doutorado) em Direito das Relações Sociais do UDF – Centro Universitário do Distrito Federal. Professor da EJUG do TJGO. Membro do CBEC – Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais. Membro da ABPC – Associação Brasileira de Processo Civil. Membro do IDUB – Instituto de Direito Urbanístico de Brasília. Membro da ABrL – Academia Brasileira de Letras. Membro da ANACRIM – Associação Nacional da Advocacia Criminal. Foi Assessor de Ministros do STF. Advogado.

A máxima “Inocente até que se prove culpado” (*Innocent Until Proven Guilty*) teve um longo caminho no século XX. As Nações Unidas incorporaram o princípio em sua Declaração dos Direitos Humanos de 1948, no artigo 11, n. 1. A máxima também encontrou lugar na Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1953 (artigo 6º, n. 2) e foi incorporada ao Pacto Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos Civis e Políticos (artigo 14, n. 2). Esse foi um desenvolvimento satisfatório para os norte-americanos, porque existem poucas máximas que possuem uma ressonância mais ampla dentro da teoria do direito no *common law* anglo-americano.

A reverência anglo-americana por essa máxima representa um enigma interessante: a máxima não pode ser encontrada na Magna Carta, nem na *Bill of Rights* inglesa de 1689, nem na Declaração de Independência ou mesmo na Constituição dos Estados Unidos e, devo acrescentar, nem nas obras dos grandes juristas ingleses Bracton, Coke e Blackstone. No entanto, alguns estudiosos afirmam que a máxima tem sido firmemente incorporada pela jurisprudência inglesa desde os momentos iniciais.

Alegações acerca das raízes anglo-saxônicas da máxima algumas vezes parecem exibir a capacidade peculiarmente britânica de criar “*Camelots intelectuais*”⁴ do seu lado do rio. Um estudioso inglês chamado Clementi ministrou uma palestra sobre a máxima em Göttingen, na Alemanha, em 1974.⁵ Ele informou a sua audiência continental acerca da origem exclusivamente anglo-saxã da máxima. A devoção inglesa ao princípio “inocente até que se prove culpado” serviu, disse ele, para “ênfatisar a separação entre a Inglaterra e seus vizinhos europeus em matéria de direito”. Com um zelo missionário, Clementi explicou as virtudes da inocência, enquanto a culpa era explicada a partir de textos em que a máxima estava completamente ausente.

Clementi não sabia que a máxima “inocente até que se prove culpado” não podia ser encontrada em qualquer processo judicial inglês ou qualquer tratado jurisprudencial antes de 1800 – pelos menos nós ainda não encontramos nenhum. Ele também parece não saber que os franceses, a despeito de seu sistema jurídico ser baseado em resquícios do Direito Romano, incluíram um artigo na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, afirmando que “todo homem é presumidamente inocente até ser declarado culpado.”⁶ Esses fatos levantam dois questionamentos que serão o tema deste ensaio: como este recorte inglês de pragmatismo se tornou parte da tradição romanista francesa e como (e quando) a máxima surgiu na tradição anglo-americana?

Antes de começarmos, façamos algumas observações sobre o que estamos procurando. Nós não estamos procurando uma noção geral da presunção ou suposição de inocência. Essa noção é notavelmente difundida em todos os sistemas jurídicos que olhamos, exceto nos mais primitivos. Podia

4 - NT: A metáfora possui muitos significados informais, mas um deles é sugestivo da forma em que é mencionado por Irwin Pollack. Um “Camelot Intelectual”: “é aquele momento único aonde todas as peças do quebra-cabeças intelectual se juntam com ambiente propício; em que o sumo intelectual floresce sem a interrupção das distrações cotidianas, e em que alguém pode refletir com carinho sobre essa experiência e reviver sua alegria e emoção”. Cfr. POLLACK, Irwin. Reviewed Work: The Making of Cognitive Science: Essays in Honor of George A. Miller by William Hirst. *The American Journal of Psychology*, Vol. 103, No. 4, 1990, p. 560.

5 - D. Clementi, “*The Anglo-Saxon Origins of the Principle ‘Innocent until Proven Guilty’*”, *Herrschaftsverträge, Wahlkapitulationen, Fundamentalgesetze* (Göttingen: 1977) 68-76 p. 69.

6 - *Déclaration des droits de l’Homme et du Citoyen*. Décrété par l’Assemblée Nationale dans les séances des 20, 21, 23, 24 et 26 août, 1789, acceptés par le Roi. Article 9. Como todas as pessoas são consideradas inocentes até que sejam declaradas culpadas, se a detenção for indispensável, todo rigor que não for essencial à segurança da pessoa presa será severamente reprimido pela lei. (*Tout homme étant présumé innocent jusqu’à ce qu’il ait été déclaré coupable, s’il est jugé indispensable de l’arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s’assurer de sa personne, doit être sévèrement réprimée par la loi*).

até ter estado lá também, mas não havia juristas para expressarem a ideia. Nós também não estamos procurando a moderna noção de presunção de inocência no direito americano. Essa noção tem sido objeto de muitos debates que, tanto quanto se possa dizer, centram-se agora em torno da questão: o que significa presunção de inocência no contexto do processo judicial e como ela difere da dúvida razoável?

Estamos procurando a máxima: “Uma pessoa é presumida inocente até que se prove culpada”, e estamos olhando para o devido processo legal no qual essa máxima se expressa na forma de aforismos na jurisprudência desde o início. Ao final deste ensaio, esperamos ter demonstrado que a máxima e a norma que ela expressa eram princípios centrais da jurisprudência inicial, cujo significado foi eviscerado, ou pelo menos alterado radicalmente na moderna jurisprudência norte-americana.⁷ Como este trabalho também tentará demonstrar, a máxima ganhou vida como uma norma que articulou um conjunto de direitos de proteção aos litigantes. No direito americano, tornou-se uma noção (suposição) com pouquíssimo conteúdo.

Podemos saber com exatidão quando essa máxima entrou formalmente no direito norte-americano; foi por meio de uma decisão da Suprema Corte, de 1894: o caso *Coffin vs. U.S.* Um tribunal local se recusou a instruir um júri de que “*O direito presume que as pessoas acusadas de um crime são inocentes até que seja comprovado por meio prova de que são culpadas*”. O recurso para a Suprema Corte baseou-se, em parte, na recusa do tribunal inferior.⁸

Embora o tribunal local tenha rejeitado a máxima, o juiz que presidiu o júri advertiu os jurados de que: “*Antes que você possa apontar qualquer um dos réus como culpado, você deve estar satisfeito com a sua culpa a partir da acusação, em alguma das imputações para além de uma dúvida razoável*”. O tribunal de primeira instância, em seguida, instruiu o júri, em grande parte, sobre a doutrina da dúvida razoável e sua relação com a prova. A Suprema Corte viu sua tarefa como a de determinar se o tribunal de primeira instância havia violado os direitos dos acusados ao não instruir o júri sobre a presunção de inocência, e se a “dúvida razoável” era essencialmente a mesma coisa que “presunção de inocência”.

O juiz Edward Douglas White escreveu a opinião da maioria.⁹ Para um historiador do direito, sua análise é uma exibição deslumbrante de história do direito – mesmo que a maior parte da análise esteja errada. Para provar a antiguidade de “*inocente até que se prove culpado*”, o juiz White citou o antigo historiador romano Ammianus Marcellinus, textos do Código e Digesto Justiniano, os *Decretales* do Papa Gregório IX, um decreto do Papa Inocêncio III,¹⁰ e *De Probationibus*, de Giuseppe de Mascardi, todas essas obras, exceto por Ammianus, pertencentes ao direito continental.¹¹ Nenhum dos textos, infelizmente, continha a máxima. Nenhum deles era do direito inglês.

7 - É vasta a literature, e ela começa com: James Bradley Thayer, “*The Presumption of Innocence in Criminal Cases*” *The Yale Law Journal* 6 (1896-1897) 185-212; William F. Fox, Jr., “*The ‘Presumption of Innocence’ as Constitutional Doctrine*” *Catholic University Law Review* 28 (1979) 253-269; William S. Laufer, “*The Rhetoric of Innocence*”, *Washington Law Review* 70 (1995) 329-421.

8 - *Coffin vs. U.S.*, 156 U.S. 432,432-463 (1894).

9 - Sobre o Justice White, veja-se: Kenneth Pennington, “*The Prince and the Law*”, 1200-1600: Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition (Berkeley-Los Angeles-Oxford: 1993) 157.

10 - Dudum (X 2.23.16), que foi de fato usado pelo criador da máxima no século XIII para justificá-la; veja abaixo n. 18.

11 - Joseph Mascardi (d. 1588), *Josephi Mascardi... conclusiones probationum omnium, quae in vtroque foro versantur continens, iudiciis, aduocatis, causidicis, omnibus denique iuris pontificij, Cesareique professoribus utiles, practicabiles, ac necessarias ...* 3 vols. (Venice: 1609); 4 vols. (Frankfurt: 1661, 1703, 1727-1731).

Quando o juiz White se voltou para a tradição anglo-americana, ele encontrou o princípio claramente articulado em vários tratados do século XIX sobre “provas e direito penal”. Os juristas citados por White foram William Wills, (1860) “*On Circumstantial Evidence*”; Simon Greenleaf, “*On the Law of Evidence*” (1783-1853); e William Best, (1809-1869) “*On Presumptions*”. Desses juristas, Best é o único que explicitamente afirma que “é uma máxima do direito que toda pessoa deve ser presumida inocente até ser provado culpado”.

O juiz White tentou traçar a máxima a partir da tradição do *common law* no direito inglês, mas só pôde encontrar uma peça de evidência. Ele citou o autor anônimo de um artigo na *North American Review* de 1851, que afirma que a máxima é encontrada pela primeira vez no “tratado sobre provas” de um jurista irlandês chamado Leonard MacNally. White concluiu que, mesmo “que o princípio ainda não tenha encontrado expressão formal nos escritores vinculados à tradição do *common law* em uma data anterior, a prática que fluiu a partir dela tem existido no *common law* desde o início”.¹²

Em *Coffin v. EUA*, o juiz White ordenou Leonard MacNally (1752- 1820) como a parteira de entrada do “inocente até ser provado culpado” na tradição do *common law* norte-americano.¹³ Quem é ele? Ele nasceu em Dublin, em 1752. Um tipo ambicioso, ele foi chamado para a ordem dos advogados da Irlanda em 1776, e para ordem dos advogados inglesa, em 1783. Ao mesmo tempo em que ele começou a escrever letras para musicais, alguns dos quais realizados no Covent Garden e em outros teatros londrinos. Em 1779, “A apoteose do soco: uma máscara satírica” foi apresentada, seguida por 13 outras peças, entre 1779 e 1789.

Antecipando a atração de temas medievais românticos no século XIX, ele intitulou uma peça como “Robin Hood, ou Floresta de Sherwood, uma ópera cômica”, e outra como “Ricardo Coração de Leão: um Romance histórico”. Embora como uma luz fraca, como uma espécie de porão de barganhas de Gilbert e Sullivan, MacNally merece uma menção no “*The Grove Dictionary of Music and Musicians*”.¹⁴

O autor anônimo do artigo publicado no “*Dictionary of National Biography*” sobre MacNally alegou que ele não era “nenhum grande advogado”, mas um “advogado astuto e eloquente”.¹⁵ Sua negação das habilidades jurídicas de MacNally prestou um grande desserviço ao advogado irlandês. O autor do “*Dictionary of National Biography*” não percebeu que o livro de MacNally “*The Rules of Evidence on Pleas of the Crown Illustrated from Printed and Manuscript Trials and Cases*”, publicado em Dublin e Londres, em 1802, foi imediatamente transportado através do Atlântico e impresso na Filadélfia, em 1804, e reimpresso em 1811. Não é possível ler os tratados americanos sobre prova e presunção, na primeira metade do século XIX, sem tropeçar em MacNally.

MacNally foi particularmente importante para o desenvolvimento de regras relacionadas à prova e aos procedimentos em casos criminais, pois ele tinha defendido muitos irlandeses acusados de traição. Ele cita um grande número de seus próprios casos em seu livro. Não é por acaso que a traição levou MacNally a considerar as regras da evidência com mais cuidado do que

12 - *Coffin vs. U.S.*, 156 U.S. 432,455.

13 - Para uma discussão detalhada sobre seu atual significado no direito americano, veja-se: William S. Laufer, “*The Rhetoric of Innocence*”, *Washington University Law Review* 70 (1995) 329-421.

14 - “Robin Hood,” in *The Grove Dictionary of Music and Musicians* (New York: 1954) 7: 191.

15 - “MacNally, Leonard” *Dictionary of National Biography* (1921-1922) 12: 687-688.

os escritores anteriores. Os casos que a sociedade considera mais hediondos sempre foram aqueles em que as regras do procedimento justo estão sob ataque.

As regras de procedimento criminal para casos de traição ainda eram substancialmente diferentes das regras normais de procedimento penal na Irlanda do século XVIII. Durante a vida de MacNally, as mesmas regras do devido processo legal estendidas a réus ingleses não foram oferecidas aos réus irlandeses nos julgamentos por traição. Muito embora duas Leis do rei Eduardo VI e outra de William III exigissem duas testemunhas para qualquer condenação de traição, essa “gentileza” processual não foi estendida aos acusados irlandeses. MacNally ressaltou a importância da presunção de inocência para os acusados de traição e a justificou na aplicação das mesmas regras do devido processo que se estendia aos outros acusados de ofensas criminais. Sua defesa dos direitos irlandeses era feroz, e ele argumentou veementemente em favor dos direitos dos acusados, muitas vezes usando exemplos de casos nos quais atuou. Embora MacNally jamais tenha citado nossa máxima, *data venia* ao *Norte American Review* e ao juiz White, ele chegou muito perto de afirmar o princípio quando discutiu a regra das duas testemunhas para os casos de traição, citando Cesare Beccaria:

No julgamento de Beccaria, uma testemunha não é suficiente; por enquanto o acusado nega o que o outro afirma, e a verdade continua suspensa, e o direito que cada um possui de ser tomado como inocente gira a balança a seu favor.¹⁶

Um século depois, o juiz White pode ter usado essa passagem de MacNally para plantar firmemente a doutrina da presunção de inocência na jurisprudência norte-americana. Permitam-nos fazer aqui uma importante advertência: o juiz White não fez uma citação específica no texto de sua decisão, e ele pode nem mesmo ter olhado para o livro de MacNally.

Entretanto, a história de MacNally possui um lado mais sombrio. Depois de sua morte, em 1820, a imprensa inglesa revelou que MacNally havia desempenhado o papel de agente duplo desde pelo menos 1794. Enquanto ele representava os revolucionários irlandeses como seu advogado de defesa no tribunal, ele também os estava traindo, ao passar informações importantes para o governo. Ele retransmitiu para os promotores do governo todos os detalhes que recebeu de seus clientes sobre as atividades revolucionárias. De 1800 até sua morte, ele recebeu 300 libras por ano por sua confusão. O juiz White não sabia nada sobre este lado de MacNally.¹⁷

Alguém pode perguntar: de onde MacNally obteve seus princípios? MacNally agradeceu Beccaria e, de fato, Cesare ressaltou a presunção de inocência várias vezes em seu famoso tratado *Dei delitti e delle pene* (Dos Delitos e das Penas). Ele clamou por sempre ter duas testemunhas antes que alguém pudesse ser condenado pela prática de um crime:

É necessário mais de uma testemunha, porque desde que uma das partes afirme, e a outra negue, nada é certo, e o direito triunfa, no sentido de que é preciso que todo homem deva ser acreditado como inocente.¹⁸

16 - Leonard MacNally, “The Rules of Evidence on Pleas of the Crown” (London/Dublin: 1802) 19. Charles Louis de Secondat Montesquieu, *De l’esprit des lois* in *Oeuvres complètes*, ed. Daniel Oster (Paris: 1964) Book 12, chapter 3: 599.

17 - Bernard Porter, *Plots and Paranoia: A History of Political Espionage in Britain, 1790-1988* (London: 1989) 32-33 for a short account of MacNally’s career. Porter misspells his name (McNally). 14 Cesare Beccaria, *On*.

18 - Cesare Beccaria, *On crimes and punishments*. Trans. Richard Davies. Ed. Richard Bellamy, and Virginia Cox. Cambridge Texts in the History of Political Thought (Cambridge: 1995) chapter 13, 32. The Italian text reads: “Più d’un testimonio h necessario, perché fintanto che uno asserisce e l’altro nega niente v’è di certo e prevale il diritto che ciascuno ha d’essere creduto innocente,” ed. Luigi Firpo (Milan: 1984) 56.

Algumas páginas depois, Beccaria repetiu o mesmo argumento quando, na página mais apaixonada de seu trato, atacou a tortura¹⁹:

Eis uma proposição bem simples: ou o delito é certo, ou é incerto. Se é certo, só deve ser punido com a pena fixada pela lei, e a tortura é inútil, pois já não se tem necessidade das confissões do acusado. Se o delito é incerto, não seria hediondo atormentar um inocente? Com efeito, perante o direito, aquele cujos crimes não se comprovou é inocente.²⁰

MacNally se apoiou em Beccaria para justificar a presunção de inocência.²¹ Mas a história é muito mais longa e complicada do que a óbvia ligação que eu mostrei entre Beccaria, MacNally e o juiz White. O direito à presunção de inocência possui uma longa história que remonta ao século XIII. Iremos nos inclinar agora para a jurisprudência do *Ius commune*, em busca do nascimento de nossa máxima.

O *Ius commune* era o *common law* da Europa entre os séculos XII e XVII. Foi formado pelo fortuito e pela conjuntura contingente do Direito Romano, do Direito Canônico e, mais tarde, do direito feudal nas escolas e tribunais da Europa medieval. Seu nascimento se deu em um momento em que começavam a ocorrer mudanças importantes na prática do direito. O direito foi evoluindo a partir dos usos e costumes não escritos para o costume escrito e o direito legislado. O procedimento judicial estava em um estado de grande fluxo. Antes do século XII, as ordálias judiciais eram um difundido meio de prova. No decorrer do século XII, particularmente no sul da Europa, as ordálias foram substituídas pela “*ordo iudiciarius*”, um meio de prova que era baseado no Direito Romano, mas cujas regras foram estabelecidas pelos juristas do *Ius commune*.²²

A mudança no modelo de prova com base nas ordálias (provação) para um modelo de prova emprestado das normas procedimentais do Direito Romano foi profundamente inquietante para a sociedade do século XII.²³ O Procedimento é a parte central de qualquer sistema jurídico. O senso de justiça de uma sociedade está intimamente ligado aos seus modelos de prova. Como o

19 - F. Venturi, “Beccaria, Cesare,” *Dizionario biografico degli Italiani* 7 (1965) 458-469, at 461: “Argomenti vecchi, derivanti in parte de Montesquieu, ed elementi nuovi, che sgorgavano dalla personalit  stessa del Beccaria, confluivano in queste pagine, tra le pib chiare e persuasive uscite della sua penna.”

20 - Cesare Beccaria, *On crimes and punishments*, translated by Richard Davies and edited by Richard Bellamy, with Virginia Cox and Richard Bellamy (Cambridge Texts in the History of Political Thought; Cambridge: 1995), chapter 16, 39 (I have corrected their translation). The Italian text reads: “o il delitto certo o incerto; se certo, non gli conviene altra pena che la stabilita dalle leggi, ed inutili son i tormenti, perch  inutile la confessione del reo; se 6 incerto, e’ non desevi tormentare un innocente, perch  tale secondo le leggi un uomo i di cui delitti non sono provati,” ed. Luigi Firpo (Milan: 1984) 62.

21 - On Beccaria and eighteenth-century penal law, see Cesare Cant , *Beccaria e il diritto penale* (Florence: 1862) and Marcello Maestro, *Cesare Beccaria and the Origins of Penal Reform* (Philadelphia: 1973) especially 3-19, 110-143. Also Francesco Corpaci, *Ideologie e politica in Cesare Beccaria* (Milan: 1965).

22 - Winfried Trusen, “Das Verbot der Gottesurteile und der Inquisitionsproze : Zum Wandel des Strafverfahrens unter dem Einfluß des gelehrten Rechts im Spätmittelalter,” in *Sozialer Wandel im Mittelalter: Wahrnehmungsformen, Erklärungsmuster, Regulationsmechanismen*, ed. Jurgen Mietke and Klaus Schreiner (Sigmaringen: 1994) 235-247 and Mathias Schmoeckel, “Ein sonderbares Wunderwerk Gottes: Bemerkungen zum langsamen Rickgang der Ordale nach 1215,” *Ius commune* 26 (1999) 123-164.

23 - Um breve esboço desses desenvolvimentos pode ser encontrado em: K. Pennington, “Law, Procedure of, 1000-1500,” *The Dictionary of the Middle Ages* 7 (New York 1986) 502-506 e também em: Pennington “Law Criminal Procedure,” *Dictionary of the Middle Ages, Supplement I* (New York 2003) 309-320. Veja-se, ainda: Pennington, “Due Process, Community, and the Prince in the Evolution of the *Ordo iudiciarius*,” *Rivista internazionale di diritto comune* 9 (1998) 9-47, Karl Blaine Shoemaker, “Criminal procedure in Medieval European Law: A Comparison between English and Roman-canonical Developments after the IV Lateran Council,” *Zeitschrift der Savigny-Stiftung f r Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung* 85 (1999): 174-202 and Lotte Kr y, “Inquisitio—denunciatio—exceptio: M glichkeiten der Verfahrenseinleitung im Dekretalenrecht,” *Zeitschrift der Savigny-Stiftung f r Rechtsgeschichte: Kanonistische Abteilung* 87 (2001) 226-268.

ordo iudiciarius foi imposto aos tribunais europeus por autoridades eclesiásticas e seculares, há evidências claras de que todas as camadas da sociedade tinham dúvidas acerca de sua legitimidade.

Embora fundada no Direito Romano, a *ordo* era nova. Conduz um pulo de nossa imaginação para entender a turbulência que essa mudança deve ter criado. Poderíamos projetar essa turbulência em nossas próprias vidas se pudéssemos imaginar como reagiríamos se nosso sistema processual tradicional fosse subitamente substituído por um conjunto estrangeiro de normas processuais. Juristas do século XII precisavam justificar tais mudanças radicais no procedimento. Surpreendentemente, eles encontraram sua justificação no Antigo Testamento e, engenhosamente, traçaram as origens da *ordo iudiciarius* ao julgamento de Deus de Adão e Eva no paraíso. Ao fazer isso, eles criaram um poderoso mito justificando as *ordo iudiciarius* que mantiveram sua força explicativa até o século XVII.

O mito pode nos fornecer uma visão sobre o funcionamento da mente jurídica no século XII. Seu originador foi um jurista chamado Paucapalea. Ele era o primeiro a ligar as *ordo iudiciarius* a Adão e Eva. Por volta de 1150, ele notou, em seu comentário sobre Decretum de Gratian, que as *ordo iudiciarius* se originaram no paraíso quando Adão se declarou inocente da acusação do Senhor de agir errado. Em Gênesis (3.9-12), o Senhor irrompeu no Paraíso e exigiu: *Adam ubi es?* Pode-se notar que, para uma Deidade, sua pergunta não era particularmente onisciente. Adão respondeu à acusação do Senhor sobre a ilegal colheita de maçã, alegando: “Minha esposa, a quem você deu para mim, deu <a maçã> para mim, e eu a comi”. Deus tinha, em outras palavras, aprisionado Adão quando ele lhe deu uma esposa. O ponto de Paucapalea é sutil, mas não foi perdido em manifestações de juristas posteriores. Embora Deus seja onisciente, ele também deveria convocar réus e ouvir seus pedidos. Paucapalea acrescentou outra prova de que as *ordo iudiciarius* haviam surgido da Bíblia. Quando Moisés decretou que a verdade poderia ser encontrada no testemunho de duas ou três testemunhas, ele enunciou uma regra básica de evidência, confirmando a antiguidade de um sistema de procedimento aceito pelo próprio Deus (Deuteronômio, 19.15). Mais importante para a nossa história, o subtexto do comentário de Paucapalea implica claramente que se Deus deveria convocar litigantes para se defender, então meros seres humanos também deveriam convocá-los, presumindo que todo réu seria inocente até que se provasse sua culpa no tribunal.²⁴

Então, a partir de meados do século XII, os juristas legitimaram as *ordo iudiciarius*, colocando suas origens na Bíblia.²⁵ Sem dúvida, esse mito justificava a adoção geral das *ordo iudiciarius* pelos tribunais eclesiásticos, e por alguns tribunais seculares, na segunda metade do século XII. Apesar de o princípio geral da presunção de inocência estar bem estabelecido na jurisprudência da *Ius commune* pelo início do século XIII, esse direito estava longe de ser absoluto. Crimes notórios forneciam a mais clara infração do direito. Os juristas não viram imediatamente que se Deus deve convocar Adão para o julgamento, então a lógica, inexoravelmente, ditava que todo réu deveria ser convocado para julgamento. Eles universalmente acreditavam que, quando um crime era hediondo e notório, um juiz poderia proferir uma decisão contra um réu sem julgamento. Em meados do século XIII, um dos mais ilustres juristas daquela época, Henricus de Segusio, resumiu o pensamento jurídico quando ele declarou que crimes notórios, especialmente aqueles cometidos contra a Igreja, não precisavam de um exame jurídico formal.²⁶

24 - Veja-se minha discussão sobre este desdobramento em: “*Due Process, Community, and the Prince*”.

25 - Richard Helmholz, “The Bible in the Service of Canon Law,” *Chicago Kent Law Review* 70 (1995) 1557-1581; idem, *The Spirit of Classical Canon Law* (Athens, Georgia/London: 1996) passim.

26 - Sobre o problema dos crimes notórios, veja-se: Kenneth Pennington, *The Prince and the Law*, 229-230, 247-248, 251-252, 256-257, 264-266.

Antes que a presunção de inocência pudesse se tornar um direito absoluto, mais uma mudança crucial precisaria ocorrer. Essa mudança foi provocada em grande parte pelo argumento de Paucapalea de que as *ordo iudicarius* se originaram na Bíblia. Antes da metade do século XIII, juristas aceitaram o direito do príncipe ou do juiz de ignorar as regras do processo judicial porque eles consideraram o processo legal como uma parte do civil law, ou seja, que é a lei positiva, e, portanto, completamente sob a autoridade do príncipe ou do juiz. Paucapalea e os canonistas introduziram uma história e um paradigma diferentes. A lógica inexorável do seu argumento resultou na conclusão inevitável de que, se as *ordo iudicarius* podiam ser primeiro encontradas no Antigo Testamento, e se Deus tivesse que respeitar os direitos dos acusados, então as regras de procedimento deveriam transcender ao direito positivo.

As implicações do novo paradigma de Paucapalea evoluíram lentamente na jurisprudência do século XIII. A Bíblia era, afinal de contas, a pedra angular da nossa compreensão humana da lei divina, e, a partir de Gratian, os juristas a igualaram à lei natural. Consequentemente, sob a influência de Paucapalea, entre 1250 e 1300, os juristas começaram a argumentar que o processo judicial e as normas de procedimento não derivavam do *civil law*, mas da lei natural ou da lei das nações, o *ius gentium*. Consequentemente, as regras fundamentais de procedimento não poderiam ser omitidas por príncipes ou juizes. O direito do réu de ter seu caso ouvido no tribunal passava a ser absoluto, e não contingente.

Os juristas que primeiro discutiram esse problema se referiram frequentemente a uma glosa do Papa Inocêncio IV quando redefiniram as origens de “*actiones*”.²⁷ De fato, embora ele não encontre exatamente a questão, Inocêncio foi o primeiro jurista a abordar a questão de saber se o príncipe tem o direito absoluto de tomar uma atitude distante de seu contexto.

Mais tarde, dois civis, Odofredus e Guido de Suzzara, vincularam o direito de possuir propriedade com o direito de obter uma reparação por um erro. E, claro, se a propriedade tinha sido estabelecida pelo direito natural, os remédios para a recuperação da propriedade também deveriam ser protegidos pelo direito natural. Eles pararam brevemente, no entanto, de argumentar que as ações seriam derivadas do direito natural.

Uma vez que os juristas haviam decidido que as normas do procedimento faziam parte do direito natural, eles rapidamente viram que os direitos essenciais dos réus não poderiam ser transgredidos. O resumo mais sofisticado e completo dos aspectos jurídicos sobre os direitos dos acusados, ao final do século XIII e início do XIV, pode ser encontrado no trabalho de um canonista francês, Johannes Monachus, que morreu em 1313. Enquanto encobria um decreto do Papa Bonifácio VIII (*Rem non novam*), ele comentou extensivamente sobre os direitos de um acusado. Ele começou fazendo a pergunta: poderia o papa, com base neste decreto, proceder contra uma pessoa se ele não o tivesse citado? Johannes concluiu que o papa estava “apenas” acima do direito positivo, não do direito natural. Desde que uma averiguação tenha sido estabelecida pelo direito natural, o papa não pode omitir isso. Ele sustentou, pois, que nenhum juiz, nem mesmo o papa, poderia chegar a uma decisão justa a menos que o réu estivesse presente num tribunal. Quando um crime fosse notório, o juiz poderia proceder de forma sumária em algumas partes do processo, mas a averiguação e o julgamento deveriam ser observados. Ele argumentou que uma convoca-

27 - A seguinte discussão é baseada em nosso: “*Prince and the Law*”, 146-160.

ção ao tribunal (*citatio*) e um julgamento (*sententia*) eram partes integrantes do processo judicial, porque Gênesis 3.9-12 teria provado que ambos eram necessários. Deus havia sido obrigado a averiguar Adão; juízes humanos deveriam fazer o mesmo. Então, pois, ele formulou a expressão sobre um réu possuir direito a um julgamento, e ao devido processo, com as seguintes palavras: **uma pessoa presume-se inocente até que se prove a culpa** (*item quilibetpresumitur innocens nisi probetur nocens*).²⁸ Este fato é um duplo golpe para sensibilidades anglófilas: não só a máxima não é encontrada em fonte anglo-saxônica, mas antes sequer foi dita originalmente em inglês!

Esta, então, é a suprema ironia da história: ao invés de um resistente Anglo-saxão, um cardeal da igreja romana, um francês, o canonista Johannes Monachus foi o primeiro jurista europeu a reconhecer a inexorável lógica do julgamento de Deus sobre Adão: Deus não poderia condenar Adão sem um julgamento, porque mesmo Deus deve presumir que Adão era inocente até que se provasse sua culpa. Outros canonistas brincaram com a ideia dos direitos dos réus.²⁹ Eles cunharam o provérbio de que Deus deve mesmo dar ao diabo o seu dia na corte.

Os comentários de Johannes sobre *Rem non novam* acabaram se tornando a lente comum de uma coleção medieval tardia do Direito Canônico conhecida como as “comunas extravagantes”. Essa coleção, e seu brilho, circulou em centenas de manuscritos e dezenas de edições impressas até o século XVII.³⁰ Então, a resposta à nossa pergunta sobre “inocente até que se prove culpado”, uma pergunta perfeita para a edição jurídica do Trivial Pursuit, quem primeiro a forneceu foi o canonista francês Johannes Monachus. Desde que seu brilho foi lido pelos juristas da *Ius commune* ao tempo de Cesare Beccaria, foi um veículo primário para transmitir o princípio a gerações posteriores de juristas.

Direito Romano, Direito Canônico, o *Ius commune*: a partir dessas fontes, surge aquele grande princípio anglo-saxão: uma pessoa é presumidamente inocente até que seja provada sua culpa. A questão permanece, entretanto, em saber quão profundamente tal doutrina informa a jurisprudência e as práticas judiciais do final da Idade Média até o início da Europa moderna. Neste ensaio, vamos apenas fornecer um breve resumo do problema e um esboço das principais características da história até o momento com o qual começamos, a época de Beccaria e MacNally.

Uma olhada nos relatos padrões de direito e de procedimento após século XIII parece tornar risível a opinião de que qualquer concepção de “inocente até prova em contrário” existia antes do século XVIII na jurisprudência europeia. Tribunais inquisitoriais procurando heresia parecem a antítese do devido processo e contrário a qualquer concepção dos direitos dos acusados. Tortura, acusações secretas e injustiças processuais arbitrárias parecem ser a norma, e não

28 - Citando Inocêncio III, *Dudum* (X 2.23.16) para justificar sua afirmação.

29 - Pennington, *Prince and the Law* 163-164.

30 - Johannes Monachus to Extravag. com. 2.3.1 (*Rem non novam*) v. Non obstantibus aliquibus privilegiis, London, BL Royal 10.E.i., fol. 214r, London, Lambeth Palace 13, fol. 363v-364r: “Et Gen. xviii. ubi factum erat notorium attamen Deus uoluit probare quam iudicare... Nec obstat extra. de accus. c. Evidentia <X 5.1.9>, nec ibi tollitur citatio nec sententia quia Gen. iii. probatur utrumque necessarium... Hinc est quod iudiciorum ordo et placitandi usus in paradiso videtur exordium habuisse. Nam Adam de inobedientia a Domino redargutus, quasi actori exceptionem obiciens, relationem criminis in coniugem, immo in coniugis actorem convertit, dicens: Mulier quam mihi sociam dedisti me decepit... Item quilibet presumitur innocens nisi probetur nocens, extra. de presum. c. Dudum <X 2.23.16>.” Walter Ullmann was, as far as I know, the first modern historian to cite Johannes’ gloss in “The Defence of the Accused in the Medieval Inquisition,” *The Irish Ecclesiastical Record* 73 (1950) 481-489 at 486.

a exceção.³¹ Alguns estudiosos modernos argumentaram que os tribunais sentiam a obrigação de punir os crimes, como uma questão de utilidade pública, e que os “atalhos” processuais para a “verdade”, como tortura, eram meios pelos quais esses tribunais cumpriam suas obrigações.

Então a questão é: como é que o direito do acusado a uma presunção de inocência sobrevive no final da jurisprudência medieval e no início da modernidade? Tem sido verdade no passado, e continua sendo verdade nos dias de hoje, que as regras processuais são quebradas e os direitos violados mais frequentemente quando os juízes enfrentam crimes que golpeiam os aspectos mais sensíveis da sociedade. Os casos em que encontramos questionamentos à presunção de inocência, novamente, são aqueles que lidaram com grupos marginais, especialmente hereges, bruxas e judeus.

Deixe-me dar alguns exemplos. Em 1398 ou 1399, Salamon e seu filho, Moysés, judeus que viviam em Rimini, haviam sido acusados por várias mulheres cristãs de terem tido relações sexuais com elas. O caso, que foi ouvido por um inquisidor franciscano, Johannes de Pogiali, caiu sob a jurisdição da Inquisição, uma vez que pesava sobre Salamon e Moyses a acusação de que tinham usado argumentos heréticos para seduzir as mulheres. Quando eles encontraram virtuosas resistências das mulheres, Salamon e Moyses disseram a elas que as mulheres cristãs que fornecassem com homens judeus não incorreriam em pecado. As mulheres testemunharam perante a Inquisição que cederam a Salamon e Moyses só depois de terem sido convencidas por seus argumentos inteligentes.³² Não conhecemos os fatos por trás desse caso, apenas seu resultado como relatado do julgamento perante o tribunal papal. Embora os fatos isolados possam nos fazer pensar nesse caso como algum material para uma farsa boccacciana, Salamon e Moyses não pensaram que a acusação tenha sido divertida. O resumo do caso pelo inquisidor é de grande interesse. Ele chamou testemunhas antes dele, examinou-as e elas fizeram seus juramentos para dizer a verdade. No final, ele não achou que as acusações contra Salamon e Moyses eram juridicamente comprovadas. Não é sempre que encontramos um juiz justificando sua decisão na Idade Média. Nesse caso, Johannes de Pogiali o fez. Ele examinou os fatos e concluiu que “era melhor deixar um crime impune do que condenar uma pessoa inocente.”³³ Muitos reconhecerão nessas palavras “as razões

31 - Sobre o uso da tortura nos processos judiciais, veja-se: Mathias Schmoeckel, *Humanität und Staatsraison: Die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozesses und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter* (Norm und Struktur: Studien zum sozialen Wandel in Mittelalter und Früher Neuzeit, 14; Cologne-Weimar-Vienna: Bohlau Verlag, 2000).

32 - *The Apostolic See and the Jew: Documents: 492-1404* (Studies and Texts, 94; Toronto 1991) 527-529, ASV, Reg. Vat. 316, fol. 226r-226v and Bologna, Bibl. univers. Cod. Lat. 317, Vol. 5.1, fol. 277r-280v. Published by C. Piana, *Cartularium Studii Bononiensis S. Francisci* (Analecta Franciscana 11; Assisi: 1970) 384ff. Para outro consilium tratando a alegação dos Judeus de que sexo não era pecado, veja-se: Bologna, Collegio di Spagna, MS 123, fol. 382r-416r: “Quidam Iudeus firmiter credit et publice aserit quod cohere solutum cum soluta non est peccatum mortale.” This consilium was probably written between 1381 and 1387 by Guglielmo de Vallseca who was the chancellor to King Peter IV of Catalonia. See *I codici del Collegio di Spagna di Bologna*, ed. Domenico Maffei, Ennio Cortese, Antonio Garcia y Garcia et al. (Orbis Academicus: Saggi e documenti di storia delle università, 5; Milan: 1992) 400. Sobre a miscigenação muculmana e judia com mulheres cristãs, veja-se: David Nirenberg, *Communities of Violence: Persecution of Minorities in the Middle Ages* (Princeton: 1996) 127-165. Para outros argumentos, veja-se: Diego Quaglioni, “Gli ebrei nei consilia del Quattrocento veneto,” *Consilia im späten Mittelalter: Zum historischen Aussagewert einer Quellengattung*, ed. Ingrid Baumgärtner (Studi, Schriftenreihe des Deutschen Studienzentrums in Venedig, 13; Sigmaringen: 1995) 189-204. Veja-se, ainda: Battista de’ Giudici, *Apologia Iudaeorum inventiva contra Platinam: Propaganda antiebraica e polemiche di curia durante il pontificato di Sisto IV (1471-1484)*, ed. Diego Quaglioni (Inedita, 1; Rome: 1987).

33 - *Ibid.*, 528: “non invenit contra ipsum Salomonem fore iuridice et legitime probatum, videlicet quod ipse talia verba protulerit aut alia supradicta commiserit vel fecerit, considerans fore melius facinus impunitum relinquere quam innocentem condemnare... declaravit dictum Salomonem de verborum predictorum prolatione et aliorum premissorum perpetratione fuisse et esse innocentem”.

de Blackstone”: “o direito sustenta que é melhor que dez pessoas culpadas escapem do que uma pessoa inocente sofra”, que entrou no direito inglês do *Ius Commune* por meio de Fortescue.³⁴

Johannes teve que escolher entre duas concepções de ordem: se os crimes devem ser punidos com base no interesse público ou se os acusados devem ser presumidamente inocentes se as provas forem insuficientes, mesmo num caso delicado em que um “marginal”³⁵ tenha violado mais do que apenas a ordem pública.³⁶ Johannes também teve de escolher entre um padrão de justiça para os cristãos e um padrão de justiça para os judeus. Quando juízes e juristas se fizeram essa questão nos séculos XV e XVI, a resposta teórica foi invariavelmente a mesma: os judeus tinham os mesmos direitos que os cristãos ao devido processo legal. E se as provas falhassem, eles seriam presumidamente inocentes. Certamente, a teoria nem sempre encontrou o seu caminho para o tribunal, mas as regras eram repetidas seguidas vezes em decretos papais enviados a juízes locais e a cortes inquisitoriais. Em 1469, o papa Paulo II confirmou a petição do imperador Frederico III que absolveu juízes, notários e escribas cristãos que participaram de casos envolvendo judeus em quaisquer delitos. Alguns sacerdotes cristãos se recusaram a absolvê-los de seus pecados, a menos que fizessem penitência por seus papéis no tribunal ajudando os judeus.

A “Justiça”, observou o Papa Paulo, “deve ser igual para todos, cristãos ou judeus”.³⁷ Papas posteriores emitiram decretos que especificavam, em detalhes, as proteções processuais que os judeus deveriam receber. Uma carta do Papa Sixtus IV, em 1482, determinou que os judeus deveriam receber os nomes de seus acusadores, deveriam também poder apresentar exceções, provas e defesas legítimas para o tribunal e, se tais direitos fossem violados, poderiam apelar para Roma.³⁸ Do número de vezes que a cúria romana repetiria tais admoestações, no curso dos próximos 50 anos, teoria e prática podem nem sempre ter coincidido.³⁹ Várias cartas do século XVI enfatizaram o direito de defesa a um judeu, de ter um advogado e de receber dinheiro de apoiadores para custear a defesa em acusações de heresia e de apostasia.⁴⁰ Como o papa Paulo III declarou em 1535, “ninguém deve ser privado de uma defesa, que é estabelecido pelo direito

34 - Laufer, “Rhetoric of Innocence,” 333-334 e n. 17.

35 - NT: A expressão original é “outsider”, que pode significar forasteiro, ou, em outros contextos, alguém que não pertence a um grupo, na distinção entre centro e periferia, ou “marginalizado”, como pareceu mais adequado.

36 - Richard M. Fraher argumentou em uma série de artigos, que o procedimento medieval, entre 1200 e 1500, estava saturado com a ideia de que o *Ius commune* ditava que era do interesse público que os crimes não permanecessem impunes. Essa concepção de ordem judicial levou à introdução da tortura, e, depositou o ônus da prova nos réus. Penso que a presunção de inocência desempenhou um papel maior na teoria e na prática do que Fraher admitiria. Veja seus artigos: “The Theoretical Justification for the New Criminal Law of the High Middle Ages: ‘Rei publicae interest ne crimina remaneant impunita,’” *University of Illinois Law Review* (1984) 577-595 e “Conviction according to Conscience: The Medieval Jurists’ Debate concerning Judicial Discretion and the Law of Proof,” *Law and History Review* 7 (1989) 23-88.

37 - Shlomo Simonsohn, *The Apostolic See and the Jews: Documents: 1464-1521 Studies and Texts* 99 (Toronto: 1990) 1163-1164 at 1164: “cum iustitia, que omnibus communis esse debet, ipsis ludeis ministratur”.

38 - Ibid., 1284-1287.

39 - Ibid., 1287-1288; *The Apostolic See and the Jews: Documents: 1522-1538 Studies and Texts* 104 (Toronto: 1990) 1693-1700 at 1696; *The Apostolic See and the Jews: Documents 1539-1545 Studies and Texts* 105 (Toronto: 1990) 2297-2298.

40 - E o direito de permanecer em silêncio; veja-se: Richard H. Helmholz, “Origins of the Privilege against Self-incrimination: The Role of the European ‘ius comune,’” *New York University Law Review* 65 (1990) 962-990 and Henry Ansgar Kelly, “The Right to Remain Silent: Before and After Joan of Arc,” *Speculum* 68 (1993) 992-1026, now reprinted in *Inquisitions and Other Trial Procedures in the Medieval West* (Ashgate: 2001), com vários outros artigos abordando as questões discutidas neste ensaio.

natural”.⁴¹ O direito a uma defesa, a um advogado e aos meios para conduzir uma defesa era uma extensão óbvia dos direitos consagrados pela máxima “Inocente até que se prove culpado”. Em contraste, o *common law* não reconhecia o direito de um réu aconselhar-se juridicamente com advogado em julgamentos de traição até 1696.⁴²

O século XVI tornou-se uma grande época para o direito criminal e para o procedimento no *Ius commune*. Juristas anteriores haviam escrito tratados sobre tortura, provas, heresia e julgamentos de bruxaria, mas nenhum havia escrito ainda um tratado detalhado sobre o procedimento penal. Do século XIII ao século XV, tratados sobre o procedimento penal foram, com poucas exceções, curtos e esquemáticos.⁴³ Durante o século XVI, os juristas sintetizaram a jurisprudência do *Ius commune* e escreveram grandes trechos sobre os direitos dos acusados em processos criminais. Os nomes desses processualistas penais, contudo, não são tão conhecidos: Giuseppe Mascardi, Giovanni Luigi Riccio, Giulio Claro, e Giacomo Menochio, que não são nomes familiares, nem mesmo para os historiadores do direito. Uma das grandes figuras nesse desenvolvimento foi Prospero Farinacci, que viveu entre 1544 e 1618. Ele provavelmente foi educado em Perugia, e rapidamente ganhou experiência em ambos os lados da bancada.

Em 1567, ele se tornou o comissário-geral a serviço dos Orsini de Bracciano; no ano seguinte, ele fixou residência em Roma como membro da câmara papal. Contudo, em 1570, ele foi preso por um crime desconhecido. Problemas jurídicos o perseguiram pelo resto de sua vida. Ele perdeu um olho numa briga, foi destituído de suas posições, além de acusado de sodomia.⁴⁴ Apesar de suas dificuldades, o papa Clemente VIII o restituiu à corte papal em 1596. Farinacci defendeu Beatrice Cenci, que foi acusada de assassinar o próprio pai, no caso criminal mais famoso da época.⁴⁵ Ele começou em 1581 a sua obra mais relevante, “*Praxis et theorica criminalis*”, finalizando-a por volta de 1601.⁴⁶

41 - Ibid., 1991: “nos, volentes nemini defensionis munus, quod de iure nature est, tolli..” See ibid., 2078.

42 - Theodore F.T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law* (4th Ed. London 1948) 410. Cf. James A. Brundage, *Medieval Canon Law* (London-New York: 1995) 149 n. 50. A jurisprudência francesa continuou a seguir os ditames do *Ius commune*. Procès verbal des conférences tenues par ordre du roi, entre messieurs les commissaires du conseil et messieurs les députés du parlement de Paris, reprinted in Code Louis: Ordonnance criminelle, 1670 (Testi documenti per la storia del processo, edd. Nicola Picardi and Alessandro Giuliani (Milan: 1996) 163: “ce conseil qu’on a acoutumé de donner aux acuzez n’est point un privilège accordé par les Ordonnances ni par les Loix que c’étoit une liberté acquise par le droit naturel, qui est plus ancien que toutes les Loix humaines. Que le nature enseignoit A l’homme d’avoir recours aux lumières des autres, quand il ne n’en avoit pas assez pour se conduire et d’emprunter du secours, quand il ne se sentoit pas assez fort pour se défendre... Que si on vouloit comparer notre procédure criminelle A celle des Romains et des autres Nations, ou trouveroit qu’il n’y en voit point de si rigoureuse, que celle qu’on observe en France, particulièrement depuis l’Ordonnance de 1539”.

43 - Tancredo de Bolonha escreveu um dos primeiros tratados versando exclusivamente sobre processo penal, ca. 1210-1215. Veja-se: Richard M. Fraher, “Tancred’s ‘Summula de criminibus’: A New Text and a Key to the Ordo Iudiciarius,” *Bulletin of Medieval Canon Law* 9 (1979) 23-35, edited on pp. 29-35. A discussão mais completa do processo penal nesse período foi a terceira parte do *Guilielmus Durantis’ Speculum iuris* 2 vols. Basel 1574; reprinted (Aalen: 1975). Outros tratados influentes sobre processo penal podem ser encontrados no volume 11 de *Tractatus universi iuris* (Venice: 1584).

44 - Quando Giuseppe Cesari desenhou o retrato de Farinacci, ca. 1600 (Rome, Museo Nazionale di Castel Sant’Angelo), ele deliberadamente e, obviamente, o deixou seu olho esquerdo nas sombras.

45 - Veja-se: Beatrice Cenci: La storia, il mito. ed. Mario Bevilacqua and Elisabetta Mori. Roma, Viella, 1999.

46 - A. Mazzacane, “Farinacci, Prospero (1544-1618),” *Juristen: Ein biographisches Lexikon von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, ed. Michael Stolleis (Munich: 1995) 199-200; Niccolò Del Re, “Prospero Farinacci giureconsulto romano (1544-1618),” *Archivio della Società Romana di Storia Patria*, 3rd series 28 (1975) 135-220. Mazzacane escreveu que ele completou a obra em 1614, mas uma edição de “*Praxis et theoricae criminalis*” foi publicada em Veneza: apud Georgium Variscum, 1603 (in fine 1601), que é descrita como a 3ª Ed., ampliada. Cfr. *Antichi testi giuridici (secoli XV-XVIII) dell’Istituto di Storia del Diritto Italiano*, ed. Giuliana Saporì (Milan: Università degli Studi di Milano, Pubblicazioni dell’Istituto di Storia del Diritto Italiano, 7: 1977) 1.242, no. 1162.

O tratado de Farinacci toca brevemente⁴⁷ na presunção de inocência. A questão surgiu em vários contextos diferentes. Ele insistiu no fato de que a “exceção de inocência” era privilegiada no direito natural e nunca poderia ser abolida por meio da lei; se uma legislação abolisse o direito do réu a ter uma defesa, isso deveria ser interpretado como sendo apenas uma defesa injusta ou caluniosa.⁴⁸ Nem mesmo o papa poderia tirar o direito do réu de provar sua inocência, já que esse direito seria fundamentado no direito natural.⁴⁹ Como outros juristas que escreveram sobre o processo penal, Farinacci distinguia entre as presunções do direito e as presunções dos homens; uma presunção dos homens era, por exemplo, que, em caso de dúvida, um homem deveria ser considerado bom.⁵⁰

Outra grande voz da razão no processo penal foi Frederico von Spee (1591-1635). Ele foi jurista, jesuíta e poeta, e os críticos literários ainda estão escrevendo e derramando alguma tinta em seu poema mais importante: *Trutznachtigall*. Mais importante, ele também foi um crítico da intolerância e da ignorância. Como Beccaria, um século depois, ele condenou a tortura, a perseguição de bruxas e outros crimes que enfureceram os príncipes e a plebe. Infelizmente, para ele, a Europa ainda não estava preparada para a sua voz da razão. Acabou destituído de seus cargos acadêmicos e condenado por sua ordem após a publicação de “*Cautio criminalis*”, seu famoso tratado sobre procedimento no julgamento de bruxaria-feitiçaria. Morreu jovem em Trier, enquanto ajudava a tratar soldados infectados pela praga de 1635.⁵¹

“Devemos supor que as bruxas são culpadas?” questionou ele, em “*Cautio criminalis*”. E ele respondeu: “Essa é uma pergunta estúpida”.⁵² Sua reprovação contra o uso da tortura era

47 - NT: A expressão original é “bristles”, que significa “cerda”, “pelos” ou “seda”, de modo a poder ser contextualizado como “penteia”, uma expressão que seria inerente a tocar brevemente no tema, razão pela qual optamos por fazer o trocadilho.

48 - Prospero Farinacci, (Prosperus Farinacius), *Praxis et theoriae criminalis libri duo in quinque titulos distributi* (Frankfurt: 1606) Liber I, tit. I, quaestio XI, p. 141, num 9: “Quarto urget quia exceptio innocentiae a iure priuilegata est, et taliter, ut numquam a statuto alias exceptiones tollente sublata censeatur, 1. Quoniam, C. ad leg. lul. de adult. Anan. in c. Si adversus... immo si statutum tollit reo defensiones, intelligitur de defensionibus iniustis et calumniosis, secus de iustis, et quae respiciunt illius innocentiam”.

49 - Ibid., 143-144, num. 15: “Et si tu subtilis diceres ergo Princeps isto casu <cases where the pope has judged someone contumacious> tollit exceptionem, et defensionem innocentiae? Qua tamen cum sit de iure naturae, nec a principe, nec a statuto tolli potest... Respondeo duobus modis. Primo, quod ex caussa (sic) publicae utilitatis multa potest princeps contra generales iuris regulas, praesertim ne delicta remaneant impunita, ita in his terminis respondet Carer. d. num. 89 et 99 poret Matth. et Andr. in constitu. Paenam eorum, in i. notab.... Respondeo secundo, quod isto casu summus pontifex non prohibuit exceptionem innocentiae, sed illius admissionem sibi reservavit, cum dicit “Nisi habita desuper assignatura nostra speciali gratia” (Cited bull of Pius V, dated to the fifth year of his pontificate on p. 143). Advertat ergo iudex isto casu, ne sit velox ad exsequendum sententiam quia si reus offert innocentiam suam docere per contrarias probationes debet supersedere et principem consulere vel exspectare, quod pro parte rei adeundum principem recurratur, isto praesertim casu, in quod prout infra dicitur, facilis esse debet idem princeps in admittendo reum ad defensiones, et si iudex aliter faceret, male faceret”.

50 - Ibid. Lib. I, tit. V, p. 563 num. 94: “Praesumptio hominis ... est quidam conceptus causatus in mente ab aliqua probabili coniectura... quod in dubio quilibet praesumitur bonus et non malus, c. Dudum, de praesum. et similia [citing Giuseppe Mascardi, *Conclusiones probationum*, Lib. I, q. 10, num. 24 and 25]. See Sven K. Knebel, “Naturrecht, Folter, Selbstverzicht: Spees ‘Cautio Criminali’ vor dem Hintergrund der spatscholastischen Moralphilosophie,” *Die politische Theologie Friedrich von Spees*. (Munich: 1991) 155-157.

51 - Wilhelm Kosch, *Deutsches Literaturlexikon*, ed. Bruno Berger (Bern-Munich: 1963) 408-409; Karl Keller, *Friedrich Spee von Langenfeld (1591-1635): Seelsorger Dichter, Humanist* (S.1. 1969); G. Richard Dimler, *Friedrich Spee's Trutznachtigall*. *German Studies in America*, 13; (Bern-Frankfurt am Main: 1973) 11-13. On Spee see Schmoekel, *Humanität und Staatsraison* 119-122.

52 - Friedrich von Spee (published anonymously), *Cautio criminalis seu Deprocessibus contra sagas liber* (Rinthelii/Rinteln an der Weser): 1631) *Dubium XIX*, p. 101: “An de captis nomine Veneficii mox praesumendum sit eas necessario reas esse? Stulta quaestio videatur.” Uma edição moderna foi editada por Theo G.M. van Oorschot (Friedrich Spee, *Samtliche Schriften*, 3; Tübingen-Basel 1992), incluindo a paginação da edição de 1631.

absoluta. Ele pegou seus argumentos emprestados de Farinacci.⁵³ E a retórica inspirou Beccaria um século depois:⁵⁴

Pode um acusado que não confessa sob tortura ser condenado?” Eu assumo “escreveu Spee” que ninguém pode ser condenado a menos que sua culpa seja certa; uma pessoa inocente não deveria ser morta. Todo mundo é considerado inocente, e todos não são conhecidos por serem culpados.⁵⁵

Há alguma ironia nessa parte da história também. Beccaria e Pietro Verri – o modelo de Beccaria, quem escreveu um tratado significativo sobre tortura, publicado muito tempo depois de *Dei delitti*⁵⁶ – provavelmente pegaram emprestado o pensamento de Spee e o adaptaram às suas palavras quando escreveram sobre a tortura.⁵⁷ No entanto, Beccaria e Verri condenaram Spee, Farinacci e outros juristas ao mesmo tempo em que se apropriaram de suas ideias, acusando-os de serem moles com a tortura.⁵⁸

Como Alessandro Manzoni eloquentemente apontou, Verri subestimou a contribuição para os argumentos intelectuais que sustentaram sua condenação à tortura e não enfatizou a contribuição de juristas anteriores. Como parte do relato de Manzoni sobre uma causa célebre e milenar, muitos juízes enviaram vários homens inocentes para a morte com quase nenhuma evidência de sua culpa, demonstrando que Verri havia distorcido seriamente a tradição jurídica.⁵⁹

A partir desta evidência, todos nós sabemos da prática da tortura em seu próprio tempo, podendo-se concluir, sem dúvida, que os intérpretes de processo penal deixaram a teoria e a prática de tortura muito, mas muito, menos bárbara do que eles acharam. Evidentemente seria absurdo atribuir essa diminuição do mal a uma causa sozinha, mas penso

53 - Ibid., 264, Dubium XXXIX, Ratio i. “Si convicta esset, torta non esset, est autem torta, non igitur convicta: Constat ex supra dictis et vide Farinacium q.38 n. 4.”

54 - Ibid., 264-265: “Dubium XXXIX, Ratio ii. Quaero ex iudice quem in finem ream torserit? An, ut tortura paena delicti esset? An, ut, via ad veritatem? Contrajura est, ut tortura paena sit, et prorsus inauditum, nam cujus criminis erit paena?... Ratio iii. Quero item ex iudice an haec reae confessio necessaria ad condemnandum fuit, an non fuit? Si fuit, cur igitur sine ea nihilominus damnavit? Si non fuit, crudelitas est, quam morte puniendam seu confessam seu inconfessam destinaverat, tam gravibus torturis lacerasse, ne, quae unit tantum destinata morte erat, una morte moreretur.”

55 - Ibid., 262-263: “Dubium XXXIX. An, quae nihil in torturis confessa est, damnari possit? Suppono damnari neminem posse nisi certo de eo constet culpam sustinere; neque enim innocens occidi debet. Innocens autem omnis praesumitur, qui nocens esse nescitur”.

56 - Pietro Verri (1728-1797), Osservazioni sulla tortura (Milan: 1804). Edição mais recente: Pietro Verri, Osservazioni sulla tortura (Volti e anime, 3) (Milan: 1997).

57 - See the comparison of texts printed in the edition of Beccaria, ed. Luigi Firpo (Milan: 1984) 62 n. 1 and 63 n. 1.

58 - Pietro Verri, Osservazioni sulla tortura: E singolarmente sugli effetti che produsse all’occasione delle unzioni malefiche alle quali si atribui la pestilenza che devastò Milano l’anno 1630 (Milan: 1804). On Verri’s and Beccaria’s relationship to Spee, see Schmoekel, Humanitat und Staatsraison 582-585.

59 - Alessandro Manzoni, Storia della colonna infame: Testo del 1840, ed. Alberto Chiari and Fausto Ghisalberti (Verona: 1963) 702: “Da queste testimonianze, e da quello che sappiamo essere stata la tortura negli ultimi suoi tempi, si può francamente dedurre che i criminalisti interpreti la lasciarono molto, ma molto, men barbara di quello che l’avevan trovata. E certo sarebbe assurdo l’attribuire a una sola causa una tal diminuzione di male; ma, tra le molte, me par che sarebbe anche cosa poco ragionevole il non contare il biasimo e le ammonizioni ripetute e rinnovare pubblicamente, di secolo in secolo, da quelli ai quali pure s’attribuisce un’autorità di fatto sulla pratica de’ tribunali.” Manzoni’s father was probably Giovanni Verri, the brother of Pietro; and his mother was Giulia Beccaria, the daughter of Cesare. See Alessandro Manzoni, Storia della colonna infame: Testo definitivo e prima redazione, ed. Renzo Negri (Milan: 1974) 5.

que entre as muitas causas, seria razoável contar as repetidas repreensões e advertências, renovadas publicamente, século após século, por juristas a quem é certamente concedido uma autoridade definida sobre a prática nos tribunais.

Manzoni teve uma visão extraordinária sobre a evolução das normas na jurisprudência da Europa. Ele percebeu muito bem a complicada dialética por meio da qual os juristas argumentaram, tomaram emprestado e acrescentaram o pensamento de seus antecessores e, em suas obras, falaram do outro lado dos séculos aos seus pósteros. Nós poderíamos acrescentar, neste ensaio dedicado aos estudiosos modernos, que fizeram mais para reintroduzir as normas do *Ius commune* na erudição contemporânea, afirmando que os juristas e Manzoni tiveram um digno sucessor.

Nós fizemos um círculo completo: do juiz White para MacNally, passando por Beccaria e depois atravessando Johannes Monachus, e, depois de volta a Beccaria. A evolução da norma determinante de que toda pessoa é presumida inocente até que se prove sua culpa é um estudo de caso do longo processo por meio do qual os princípios do direito emergem lenta, hesitantemente, às vezes dolorosamente, na jurisprudência.

A máxima “inocente até que se prove culpado” nasceu ao final do século XIII, preservada na jurisprudência universal do *Ius commune*, empregada na defesa de réus marginalizados, judeus, hereges e bruxas, nos primeiros períodos modernos e, finalmente, implantada como um poderoso argumento contra a tortura nos séculos XVI, XVII e XVIII. Por essa última rota, entrou na jurisprudência do *common law* por intermédio de um Irlandês completamente desonroso, depois de este ler um livro sobre punições criminais por um italiano.

Mas porque foi um transplante da *Ius commune*, acabou ingressando no mundo do direito americano de uma forma bastante diferente. Isto não mais era uma máxima que significava o pacote de direitos que era devido a todo réu. Porque o direito americano não herdou diretamente a jurisprudência da *Ius commune*, seus significados mais amplos foram perdidos durante o transplante. Consequentemente, o foco americano tem sido inteiramente ressignificado para a apresentação de evidências (provas) e para as regras processuais na sala de audiências do Tribunal.

Na jurisprudência do *Ius commune*, a máxima resumiu os direitos processuais que todo ser humano deve possuir, não importando qual seja o seu status, religião ou cidadania. A máxima protege réus de serem coagidos a testemunhar e a incriminar a si mesmos. Concedeu-lhes, ainda, o direito absoluto de serem convocados para ter seu caso ouvido em um tribunal aberto, para ter um advogado, para ter sua sentença pronunciada publicamente, além de apresentar provas em sua defesa. Um jurista do *Ius commune* ficaria bastante intrigado com o fato de que hoje podemos abraçar a máxima “uma pessoa é inocente até que se prove sua culpa” e ao mesmo tempo presenciar que seja negado a seres humanos uma audiência sob certas circunstâncias. Para eles, a máxima significava ‘ninguém, absolutamente ninguém, pode ter negado o direito a um julgamento em qualquer circunstância.’ E que todos, absolutamente todos, tinham o direito de conduzir uma defesa vigorosa e completa.

Em um mundo sufocado pelos estreitos horizontes dos sistemas legais aprisionados por soberanias nacionais, esta história é o melhor argumento que eu conheço para que se possa retornar a uma concepção do direito que seja ampla, comparativa e aberta à jurisprudência de outros sistemas jurídicos.

* *
*



ARTIGOS

Data do recebimento: 14/07/2022

Data do aceite: 08/08/2022

A IMPORTÂNCIA DA MATRIZ DE RISCOS NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: O CASO DA CONCESSÃO DA LINHA AMARELA

THE IMPORTANCE OF THE RISK MATRIX IN PUBLIC CONTRACTING: THE CASE OF THE YELLOW LINE CONCESSION

Farlei Martins Riccio de Oliveira¹

Beatrice Apostólico Nogueira Ferreira²

SUMÁRIO: Introdução; 1. O contrato de concessão da Avenida Governador Carlos Lacerda – Linha Amarela; 1.1. O início da relação contratual; 1.2. Os aditivos contratuais; 2. As prerrogativas do poder público nas Leis n. 8.666/1993 e n. 14.133/2021; 3. As condutas da administração municipal à luz das prerrogativas do poder público; 4. A gestão da matriz de riscos na Lei n. 14.133/21; 5. Considerações finais; Referências.

1 - Centro Universitário IBMEC-Rio – Rio de Janeiro, Brasil. Pós-Doutor em Administração Pública pela Universidade Ca' Foscari de Veneza – Itália. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio. Mestre em Direito da Administração Pública pela Universidade Gama Filho-RJ. Professor de Direito Administrativo e Direito Constitucional Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1188083998549328>. ORCID ID <https://orcid.org/0000-0001-5524-3673>. E-mail: farlei.oliveira@uol.com.br.

2 - Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. Pós-graduanda em Políticas Públicas e Tutela Coletiva pela FEMPERJ. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Governança Pública, Gestão de Risco e Integridade do IBMEC-Rio. Graduada em Direito pela Universidade IBMEC-Rio. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9708169694947492>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6548-3838>. E-mail: beatriceapostolico@hotmail.com.

RESUMO: Esta pesquisa objetiva, a partir da perspectiva das prerrogativas do poder público nos contratos administrativos, analisar as condutas praticadas pelo Município do Rio de Janeiro durante a execução do contrato de concessão de exploração da Avenida Governador Carlos Lacerda – Linha Amarela, tendo em vista as incertezas jurídicas que permearam os atos da municipalidade carioca. Por outro lado, a partir do caso concreto, pretende-se evidenciar a importância da matriz de risco contratual, inovação trazida pela Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 14.133/2021), como contraponto às prerrogativas do poder público nos contratos administrativos e garantia de maior estabilidade e segurança nas contratações públicas.

PALAVRAS-CHAVE: Linha Amarela. Prerrogativas do Poder Público. Licitação. Contratos Administrativos. Matriz de Riscos.

ABSTRACT: *This research aims to, based on the prerogatives of public authority in administrative contracts, analyze the conducts of Rio de Janeiro's municipality against the Avenida Governador Carlos Lacerda – Linha Amarela dealership during the concession contract, since it is a popular case, and it is surrounded of legal uncertainties. Furthermore, based on the concrete case, it is intended to highlight the importance of the contractual risk matrix, introduced in the New Law of Bidding and Administrative Contracts (Law n. 14.133/2021), as a counterpoint to the prerogatives of public authority in administrative contracts and assurance of greater stability and security in public contracts.*

KEYWORD: *Linha Amarela. Prerogatives of Public Authority. Bidding. Administrative Contracts. Risk Matrix.*

INTRODUÇÃO

A Avenida Governador Carlos Lacerda, mais conhecida como Linha Amarela, é uma via expressa de 25 km (vinte e cinco quilômetros) que liga a Barra da Tijuca, na zona oeste, à zona norte da cidade do Rio de Janeiro, transitando nela diariamente milhares de veículos.

O processo licitatório – na modalidade concorrência – para a execução de um trecho da construção da via expressa fora vencido pela empresa Construtora OAS Ltda. Posteriormente, a construtora realizou a cessão do contrato de concessão da exploração para a empresa Linha Amarela S.A (LAMSА).

Desde então, a Prefeitura do Rio de Janeiro e a LAMSА celebraram oito novos aditivos, a fim de manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. O último deles, celebrado em 2010, prorrogou a relação contratual até o ano de 2037, com o ônus à concessionária de investir R\$ 251.697.906,16 (duzentos e cinquenta e um milhões, seiscentos e noventa e sete mil, novecentos e seis reais e dezesseis centavos) em obras de urgência previamente aprovadas pelo município.

No entanto, mesmo com a legalidade do aditivo reconhecida pelo Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro (TCM/RJ)³, a administração municipal, por meio do Decreto nº 44.802/2018, determinou a criação de um grupo de trabalho para analisar possível abuso no valor tarifário do pedágio situado na Linha Amarela.

Os estudos constataram que haveria um desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor do município, resultando na edição de diversos decretos que determinaram a suspensão do pedágio na via, até o advento da Lei Complementar Municipal nº 213/2019, que autorizou a encampação do contrato de concessão.

Os atos administrativos e legislativos editados pelo poder público municipal foram judicializados pela empresa concessionária, tendo sido proferidas diversas decisões no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF).

Todavia, o imbróglio jurídico também passou a ser político, com o seu ápice no dia 27 de outubro de 2019, quando o então Prefeito, Marcelo Crivella, de forma unilateral, determinou a destruição da Praça do Pedágio por equipes da Prefeitura.

Não bastassem as incertezas jurídicas que cercam a situação exposta, o assunto foi ganhando cada vez mais atenção de veículos de imprensa como O Globo, Folha de São Paulo e Estadão, além da própria população, esta a questionar se o episódio não seria uma forma de ganhar apoio popular, já que afeta diretamente o bolso do cidadão, ou se a municipalidade e seus contribuintes foram de fato lesados com o novo aditivo contratual.

Assim sendo, o presente artigo pretende analisar, a partir de um método hipotético-dedutivo, os efeitos legais das condutas praticadas pelo Município do Rio de Janeiro durante a

3 - RIO DE JANEIRO (Município). Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro. Relatório/Voto no 788/2012. Interessados: Linha Amarela S.A e Município do Rio de Janeiro. Rel. Fernando Bueno Guimarães. Diário Oficial do Município do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro-RJ, 30 de novembro de 2012. Disponível em: <<https://etcm.tcm.rj.gov.br/InteiroTeor/Arquivos?ctid=250427>>. Acesso em: 06 nov. 2021.

execução do contrato de concessão da Linha Amarela, ainda que fundamentadas em prerrogativas contratuais inerentes ao princípio da supremacia do interesse público.

Por outro lado, pretende-se evidenciar, a partir da análise do contrato de concessão da linha amarela, a importância da inovação trazida pela Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 14.133/2021) em matéria de gestão da matriz de risco contratual, como contraponto às prerrogativas do poder público nos contratos administrativos e garantia de maior estabilidade e segurança nas contratações públicas.

1. O CONTRATO DE CONCESSÃO DA AVENIDA GOVERNADOR CARLOS LACERDA – LINHA AMARELA

Cumprе ao Poder Público representar os interesses da sociedade, missão que lhe impõe deveres e obrigações constitucionais e legais, entre os quais melhorar a locomoção e a acessibilidade de seus cidadãos. Todavia, observa-se que a Administração nem sempre pode alocar os recursos financeiros para tais benfeitorias sem que o orçamento seja comprometido; com isso, transfere-se contratualmente a obrigação a um particular.

No caso da Linha Amarela, foram celebrados dois contratos de concessão com a Construtora OAS Ltda. Primeiramente, o contrato de concessão de obra pública, com o intuito de viabilizar a construção da via expressa, e posteriormente o contrato de concessão de serviço público.

O contrato de concessão de serviço público é aquele pelo qual o particular “executa o serviço, em seu próprio nome e por sua conta e risco, mas mediante fiscalização e controle da Administração Pública, inclusive sob o aspecto da remuneração cobrada ao usuário” (DI PIETRO, 2020, p. 627). Assim, no presente caso, o serviço a ser prestado é a operação e manutenção da Linha Amarela, e a remuneração se dá pela tarifa paga pelo usuário no pedágio.

1.1. O início da relação contratual

O projeto da Linha Amarela, oriundo da gestão do ex-Governador do Estado da Guanabara, Carlos Lacerda, consistia inicialmente na criação de uma linha metroviária que ligasse o bairro do Méier a Barra da Tijuca. Na gestão do ex-prefeito do Rio de Janeiro, César Maia, o projeto fora reavivado, dando a linha metroviária lugar a uma via expressa que ligaria a zona oeste a zona norte.

Para colocar o projeto em prática, foi necessário primeiramente desapropriar os imóveis que estariam localizados na rota da via expressa. Posteriormente, a via foi dividida em três lotes: (I) Lote 1, com extensão da Avenida Ayrton Senna, em Jacarepaguá, até a Avenida Geremário Dantas, na Freguesia; (II) Lote 2, com início na Avenida Geremário Dantas, na Freguesia, até a Rua Pernambuco, em Encantado; e (III) Lote 3, iniciando na Rua Pernambuco, em Encantado, e terminando na Avenida Novo Rio, em Bonsucesso. Para realizar a obra, foi publicado um edital de licitação na modalidade concorrência, que resultou no Contrato nº 512/94 – celebrado com a Construtora OAS Ltda –, para a execução do Lote 2.

No mesmo período, em 09 de novembro de 1994, fora também celebrado o Contrato nº 513/94, referente à concessão de exploração da Avenida Governador Carlos Lacerda, conhecida como Linha Amarela, tendo como parte concedente o Município do Rio de Janeiro, representado pelo então Prefeito César Maia, e como concessionária a empresa Construtora OAS Ltda.



Conforme a cláusula segunda do contrato,⁴ o objeto do documento seria a concessão da exploração do pedágio, com valor a ser fixado em edital, na obra pública da Linha Amarela. O trecho de exploração compreenderia 15 km (quinze quilômetros), iniciando-se no 6º km (sexto quilômetro), localizado na Cidade de Deus, até o 21º km (vigésimo primeiro quilômetro) da via, no Viaduto Sampaio Correia.

Ainda conforme a referida cláusula, a finalidade do contrato seria a recuperação do investimento da concessionária na construção do Lote 2 da Linha Amarela, um dos mais custosos, em razão da necessidade de perfurar o maciço da Serra dos Pretos-Forros para a construção do Túnel da Covanca, bem como da obrigação da operação e manutenção de toda a via.

Ressalte-se que a vigência do Contrato n. 513/94 foi estipulada em 120 meses, conforme cláusula quinta do instrumento,⁵ ficando a concessionária, ao fim do prazo, obrigada a reverter ao município todos os bens cedidos.

A cláusula décima primeira⁶ previu as hipóteses de extinção contratual, entre as quais a encampação e a rescisão unilateral pelo município por culpa da concessionária.

Em se tratando da encampação, o contrato prevê que esta deve ter como pressupostos o interesse público e a conveniência administrativa, além de obedecer ao rito estabelecido no parágrafo primeiro do referido artigo.⁷

4 - SEGUNDA - (Objeto) - O objeto deste Contrato é a Concessão da Exploração do Pedágio do subtrecho de 15km (quinze quilômetros) da Linha Amarela entre a Cidade de Deus (km 6) e o Viaduto Sampaio Corrêa (km 21), com obrigação de operação e manutenção do mesmo subtrecho de 15km (quinze quilômetros), com obediência fiel e integral dos padrões referidos na Relação de Itens a serem contemplados na Operação e Manutenção da Via (Anexo 8) desde Contrato. A presente Concessão tem por finalidade a recuperação do investimento a CONCESSIONÁRIA na construção do Lote 2 e o pagamento da obrigação de Operação e Manutenção dos Lotes 1 e 2 e 3 da Linha Amarela, pela atribuição integral da receita do pedágio à CONCESSIONÁRIA. O pedágio somente poderá ser cobrado a partir da aceitação provisória das obras do Lote 2, ou da aceitação definitiva dos lotes 1 e 3 - a que ocorrer mais tarde.

5 - QUINTA - (Prazo) - O prazo da Concessão é de 120 (cento e vinte) meses, contados da data da aceitação provisória das obras do lote 2 da Linha Amarela, ou da aceitação definitiva das obras dos Lotes 1 e 3 - a que ocorrer mais tarde. A CONCESSIONÁRIA assumirá a Manutenção das obras dos Lotes 1 e 3 da Linha Amarela imediatamente após a sua respectiva aceitação definitiva.

Parágrafo Primeiro; Ao final da concessão, os bens concedidos reverterão ao MUNICÍPIO, aí incluídos todos os equipamentos e toda a estrutura utilizada na concessão, independentemente de indenização e em condições ideais de utilização sem solução de continuidade, exceto quanto aos bens relacionados a listagem própria, que por sua natureza não integram os bens objetos da concessão e dos bens posteriormente adquiridos ou construídos pela concessionária, que ainda não tenham sido amortizados pela tarifa do pedágio, e que tenham sido realizados com prévia e expressa aprovação do poder concedente, com o objetivo de garantir a atualidade técnica dos serviços cedidos, os quais serão objeto de indenização.

6 - CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA (Extinção da Concessão). São hipóteses de extinção da Concessão:

(I) mútuo acordo entre as partes;

(II) encampação;

(III) rescisão unilateral pelo MUNICÍPIO, por culpa da CONCESSIONÁRIA;

(IV) Rescisão judicial na hipótese de culpa do MUNICÍPIO;

(V) Rescisão unilateral pelo MUNICÍPIO, em virtude de caso fortuito ou de força maior que vier a afetar irreversivelmente a concessão, conforme apurado pela Administração, sem prejuízo do disposto na cláusula nona e no parágrafo quarto desta cláusula;

(VI) falência da CONCESSIONÁRIA;

(VII) sinistro;

7 - Parágrafo Primeiro (Encampação). A Encampação, tendo como pressuposto o interesse público e a conveniência administrativa, obedecerá às normas gerais que vierem a ser estabelecidas conforme previsto no inciso XIII do Art. 44 da LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO, bem como naquela que com esta não for incompatível ou não sendo editadas as referidas normas gerais, o procedimento seguinte:

I - Notificação administrativa com antecedência de 90 (noventa) dias.

II - No prazo supra, caberá a fiscalização fixar os critérios e valores de indenização para encampação, em moeda corrente, a partir dos elementos e informações contábeis obtidos na forma da cláusula oitava, consideradas, relativamente ao investimento da concessionária na construção do lote-2, as condições do financiamento por ela pactuadas com instituição financeira, ou as condições apuradas no mercado em caso de autofinanciamento.

III - Para efeito de indenização, a parcela de lucros cessantes, bem como o custo de desmobilização que não tenha sido considerado na forma do inciso anterior, desde que devido, serão definidos em processo de arbitragem.

Em que pese a rescisão unilateral, em especial a de iniciativa do município, o parágrafo terceiro⁸ do contrato dispõe que esta só poderá ser provocada mediante decisão fundamentada, assegurados o contraditório e a ampla defesa, em processo administrativo regular.

O mesmo dispositivo também estabelece que uma das hipóteses que ensejaria a possibilidade de rescisão unilateral por iniciativa do município seria o descumprimento de obrigações contratuais pela concessionária, não sanadas no prazo fixado pela Fiscalização em notificação administrativa, podendo ainda ocorrer a aplicação de multa em razão da inadimplência contratual.

Como se percebe, o contrato de concessão celebrado entre o Município do Rio de Janeiro e a Construtora OAS Ltda. se originou para recuperar o investimento da concessionária na construção do Lote 2, bem como da operação e manutenção da via.

A construção da Linha Amarela demorou três anos, tendo sido a via expressa inaugurada em 24 de novembro de 1997 e custado R\$ 350 milhões (trezentos e cinquenta milhões de reais), mas foi somente no ano de 1998 que a cobrança do pedágio fora implementada.

O valor do pedágio, meio escolhido para viabilizar o cumprimento do objeto do contrato e remunerar a concessionária, fora o fixado na proposta da Construtora OAS Ltda. para a modalidade “carros de passeio” no processo licitatório, prevendo-se, todavia, na décima sétima cláusula, o reajuste mensal pela aplicação do índice de variação da Unidade de Valor Fiscal do Município do Rio de Janeiro (UNIF).

Conforme cláusulas décima sexta⁹ e décima sétima,¹⁰ o contrato dispõe ainda que,

8 - Parágrafo Terceiro (Rescisão). A Rescisão do Contrato poderá operar-se por iniciativa do MUNICÍPIO ou da CONCESSIONÁRIA, na ocorrência das seguintes hipóteses:

(A) pelo MUNICÍPIO mediante decisão fundamentada, assegurado o contraditório e a ampla defesa, em processo administrativo regular na ocorrência das hipóteses legais e especialmente:

- No descumprimento de obrigações contratuais pela CONCESSIONÁRIA, que não forem sanadas no prazo fixado pela Fiscalização em notificação administrativa;

- No descumprimento dos padrões referidos na Listagem dos Itens a serem contemplados na Operação e Manutenção da Via;

- Na paralisação do serviço pela CONCESSIONÁRIA, sem justa causa, no prazo superior a 10 (dez) dias;

- Na perda pela CONCESSIONÁRIA, de sua capacidade econômica, técnica ou operacional para a adequada prestação de serviço

Nos casos de rescisão por culpa da CONCESSIONÁRIA, o MUNICÍPIO poderá aplicar as multas previstas nas alíneas (b) e (c) da CLÁUSULA DÉCIMA sobre o saldo do valor do Contrato, calculando analogamente, nos termos do parágrafo Primeiro da Cláusula Decisão, sem prejuízo da retenção dos créditos de qualquer natureza, da reposição de importâncias indevidamente recebidas e das perdas e danos que forem apuradas. Ainda nesses casos, a CONCESSIONÁRIA não terá direito a qualquer indenização, cabendo ao MUNICÍPIO tão somente a devolução do valor, em moeda corrente, devidamente atualizado, por ela CONCESSIONÁRIA efetivamente empregado na construção do Lote 2 da Linha Amarela, nas mesmas condições e prós em que a CONCESSIONÁRIA recuperaria esse valor não houvesse a rescisão conforme fixado em processo de arbitragem.

A decretação da rescisão operará seus efeitos a partir da publicação do ato administrativo no D.O RIO.

9 - DÉCIMA SEXTA - (Pagamento) - A receita do Pedágio reverterá integralmente à Concessionária como forma de pagamento do seu investimento para a construção do Lote 2 e a Operação e Manutenção dos Lotes 1, 2 e 3 da Linha Amarela. Os valores do pedágio deverão ser revistos para a recuperação ou manutenção do inicial equilíbrio econômico-financeiro da Concessão, independentemente do reajuste do seu valor previsto na Cláusula seguinte, diante da demonstração, aceita pela Fiscalização, do desequilíbrio econômico-financeiro da concessão sem a revisão, podendo o MUNICÍPIO a seu exclusivo critério, e com anuência prévia da concessionária, optar pela dilação do prazo desta concessão como forma de restabelecer o inicial equilíbrio econômico financeiro do contrato, desde que a legislação aplicável assim permita ou venha a permitir.

10 - DÉCIMA SÉTIMA - (Reajustamento) - Os valores do pedágio das diversas categorias de veículos serão reajustados mensalmente pela aplicação do índice de variação da UNIF, desde que não haja vedação legal. Nesta hipótese, adotar-se-á a menor periodicidade legalmente autorizada, nunca, porém, inferior a mensal, em conformidade com a legislação vigente na data da sua aplicação. O valor do primeiro pedágio a ser cobrado pela CONCESSIONÁRIA, na categoria “carros de passeio” corresponderá ao valor do pedágio fixado na Proposta referido a 1 de JULHO de 1994, corrigido pro rata tempero até a data da aceitação provisória das obras do Lote 2 ou a definitiva dos Lotes 1 e 3, a que ocorrer mais tarde. O valor do primeiro pedágio das demais categorias será proposto pela CONCESSIONÁRIA, e só poderá ser cobrado após aprovação pela Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro, observando-se o item 9.04.4 do Edital.

independentemente do reajuste baseado na variação da UNIF, o valor do pedágio pode ser revisto mediante demonstração do desequilíbrio econômico-financeiro da concessão.

Portanto, o contrato de concessão – baseado em uma relação bilateral – era bem estruturado e estabelecia obrigações bem definidas pela municipalidade; no entanto, diante da mutabilidade econômica e social, ficaria defasado sem a existência de aditivos. Importante frisar que os aditivos – que serão abordados na sequência – tiveram o papel de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e atualizá-lo, de modo a se justificar a manutenção da relação contratual.

1.2. Os aditivos contratuais

Desde a celebração do Contrato n. 513/94, foram celebrados 11 aditivos, a fim de manter o equilíbrio econômico-financeiro do instrumento. Um dos aditivos mais importantes foi o terceiro, celebrado em 03 de maio de 1996, tendo como cedente anuente o Município do Rio de Janeiro, como cedente a Construtora OAS Ltda. e como cessionária a Linha Amarela S.A (LAMSA).

O aditivo fora baseado na cláusula décima oitava¹¹ do contrato, a qual estabelecia a possibilidade, desde que houvesse a anuência do município, de cessão total ou parcial da concessão para uma sociedade anônima da qual a Construtora OAS Ltda. detivesse a maioria do capital votante. Dessa maneira, observados esses critérios, a LAMSA se tornou a responsável pelas obrigações estabelecidas no contrato de concessão.

Outra mudança, trazida pelo parágrafo quinto da cláusula primeira¹² do aditivo, foi a alteração da utilização do UNIF pelo Índice Geral de Preço de Mercado (IGP-M), uma vez que o primeiro fora extinto. Ou seja, não só o terceiro aditivo trouxe a LAMSA como concessionária, como também buscou o reequilíbrio econômico e financeiro do contrato.

Com a LAMSA como concessionária, foram realizados oito novos aditivos; o último deles foi o décimo primeiro, celebrado em 14 de maio de 2010, que prorrogou a relação contratual até o ano de 2037, com o ônus à concessionária de investir R\$ 251.697.906,16 (duzentos e cinquenta e um milhões, seiscentos e noventa e sete mil, novecentos e seis reais e dezesseis centavos) em obras de urgência previamente aprovadas pelo município.

Esse novo aditivo, baseado nos estudos decorrentes do Protocolo de Intenções assinado por cedente e cessionária – instrumento que buscou identificar soluções para os problemas de fluidez de tráfego na via, constatados no Processo Administrativo municipal no 01.004.395/09 –, teve como objeto, conforme estabelece a cláusula primeira,¹³ as novas obras impostas pelo

11 - DÉCIMA OITAVA – O objeto do presente contrato não poderá ser cedido, total ou parcialmente, a menos que com a prévia e expressa anuência do Município, e para uma sociedade anônima que a licitante tenha a maioria do capital votante ou para uma sociedade limitada por cotas na qual a licitante detenha a maioria do capital.

12 - CLÁUSULA PRIMEIRA - Parágrafo Quinto – É fato público e notório que a variação da UNIF do município do Rio de Janeiro se dava segunda a evolução do índice IGP-M, vinculado pela Fundação Getúlio Vargas, e, portanto, a substituição da extinta UNIF pelo citado IGP-M em nada desvincula o município, ora CEDENTE ANUENTE, dos termos do Edital, e nem afronta o princípio da isonomia que deve reger a licitação.

13 - CLÁUSULA 1ª (Objeto) - O presente Termo Aditivo tem por objeto formalizar (i) a alteração unilateral do Contrato de Concessão para Exploração de Pedágio nº 513/94, com a imposição à CONCESSIONÁRIA de novas obrigações representadas pelo conjunto de obras que devem ser promovidas pela CONCESSIONÁRIA voltadas à melhoria no fluxo de veículos na Linha Amarela e seus entornos, bem como (ii) a recomposição do equilíbrio econômico financeiro do contrato em virtude das novas obrigações impostas à CONCESSIONÁRIA.

município em virtude do estudo realizado e a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, em função das novas obrigações.

Assim, diante dos problemas e das soluções apresentadas, bem como da legitimidade da municipalidade para impor obrigações, fora a LAMSA obrigada a arcar com os custos das novas obras.

O investimento da concessionária, conforme estabelece a cláusula segunda do aditivo contratual,¹⁴ fora de R\$251.697.906,16 (duzentos e cinquenta milhões, seiscentos e noventa e sete mil, novecentos e seis reais e dezesseis centavos). Este gasto acarretaria um ônus expressivo para a concessionária em caso de não restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro contratual, o parágrafo segundo da quarta cláusula¹⁵ do 11º aditivo previu a revisão tarifária do pedágio, sem prejuízo do reajuste anual do contrato, de modo que, entre os anos de 2012 e 2015, a tarifa básica do pedágio sofreria acréscimo de 2,32%.

Importa ressaltar que o referido aditivo teve sua legalidade reconhecida pelo Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro (TCM/RJ), por meio do Relatório/Voto no 778/2012,¹⁶ constante no Processo no 040/2.890/2010 do referido órgão. No entanto, por meio do Decreto nº 44.802/2018, o município determinou a criação de um grupo de trabalho para analisar possível abuso no valor tarifário do pedágio situado na Linha Amarela.

2. ASPRERROGATIVAS DO PODER PÚBLICO NAS LEIS N. 8.666/1993 E N. 14.133/2021

Os contratos administrativos, diversamente dos contratos celebrados entre particulares, fortemente regulados pela vontade das partes e pelo *pacta sunt servanda*,¹⁷ têm a flexibilização destes institutos em razão da mutabilidade do interesse público e dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.

Todavia, o interesse do particular contratado não pode ser ignorado, devendo-lhe ser asseguradas as garantias constitucionais, já que, na visão de Garcia (2019, p.141), “ninguém se

14 - CLÁUSULA 2a (Especificação, Cronograma e Custo das obras) — No curso do © processo administrativo nº 01/004.395109, as especificações, os cronogramas e os custos de cada uma das obras definidas pelo MUNICÍPIO e impostas à CONCESSIONÁRIA foram delimitados, conforme Memoriais Descritivos que passam a fazer parte integrante do presente Aditivo (Anexo 1). As intervenções ordenadas pelo MUNICÍPIO em caráter de urgência e que já estão em andamento foram objeto do Protocolo de Intenções, onde também foram delimitados os respectivos cronogramas e custos. O investimento total a ser feito pela CONCESSIONÁRIA na consecução das referidas obras, incluindo aquelas previstas no Protocolo de Intenções, de acordo com os orçamentos já aprovados pelo Poder Concedente, base março de 2010 é de R\$ R\$ 251.697.906,16 (Duzentos e cinquenta e um milhões, seiscentos e noventa e sete mil, novecentos e seis reais e dezesseis centavos).

15 - Parágrafo Segundo (Revisão Tarifária) — Objetivando recompor integralmente o equilíbrio financeiro do contrato decorrente das novas obrigações impostas à CONCESSIONÁRIA, fica também estabelecido que, a tarifa básica de pedágio, com data-base de junho de 2002, sofrerá um acréscimo de 2,32% (dois inteiros e trinta e dois centésimos por cento) em cada ano, nos anos de 2012, 2013, 2014 e 2015, sem prejuízo do reajuste contratual anual com base na variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial - IPCA-E. Assim, as tarifas com data-base de junho de 2002 que serão utilizadas na fórmula de reajuste anual da tarifa prevista no 7º e 8º Termos Aditivos são as seguintes nos reajustes de: janeiro de 2012 - R\$ 2,56; janeiro de 2013 — R\$ 2,62; janeiro de 2014 — R\$ 2,68; e a partir de janeiro de 2015 — R\$ 2,74.

16 - RIO DE JANEIRO (Município). Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro. Relatório/Voto no 788/2012 no Processo no 040/2.890/2010. Interessados: Linha Amarela S.A e Município do Rio de Janeiro. Rel. Fernando Bueno Guimarães. Diário Oficial do Município do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro-RJ, 30 de novembro de 2012. Disponível em: <<https://etc.m.tcm.rj.gov.br/InteiroTeor/Arquivos?ctid=250427>>. Acesso em 10 de nov. de 2021.

17 - Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2020, p.64), a “*imutabilidade* do contrato, decorrente da convicção de que o acordo de vontades faz lei entre as partes, personificada pela máxima *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos), não podendo ser alterado nem pelo juiz. Qualquer modificação ou revogação terá de ser, também, bilateral.”

atreveria a pactuar ajustes com entes públicos, uma vez que cientes de que o vínculo poderia ser instabilizado unilateralmente sem a correspondente reposição remuneratória”.

Dessa forma, expõe Marçal Justen Filho (2004, p. 477):

A Administração Pública não pode ser atada e tolhida na consecução do interesse público. Mas isso não significa que os interesses privados possam ser expropriados ou sacrificados em prol do interesse público, sem respeito a limites e garantias constitucionais. O regime de direito público impõe a supremacia e a indisponibilidade do interesse público. Ao admitir a pactuação de acordos entre a Administração e os particulares, o Direito pretende viabilizar e facilitar a consecução do interesse público. Significa que uma avença pactuada não pode ser um esquema rígido, rigoroso e imutável – sob pena de frustrar-se a própria função do “contrato administrativo.

As prerrogativas do poder público, também chamadas de Cláusulas Exorbitantes ou Cláusulas de Privilégio, são princípios decorrentes da posição de supremacia da Administração Pública, uma vez “que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contrato celebrado entre particulares, por conferirem prerrogativas a uma das partes (a Administração) em relação à outra” (DI PIETRO, 2020, p. 590). Essas prerrogativas especiais estão retratadas nos artigos 54¹⁸ e 58¹⁹ da Lei n. 8.666/1993 e nos artigos 89²⁰ e 104²¹ da Lei n. 14.133/2021.

Pelo cotejo das referidas normas, é possível observar que a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos manteve, sem grandes variações, todas as prerrogativas do poder público outorgadas pela legislação anterior.

18 - Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

19 - Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

- I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;
- II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;
- III - fiscalizar-lhes a execução;
- IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;
- V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

20 - Art. 89. Os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

21 - Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituídos por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de:

- I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;
- II - extinguir-los, unilateralmente, nos casos especificados nesta Lei;
- III - fiscalizar sua execução;
- IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;
- V - ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato nas hipóteses de: a) risco à prestação de serviços essenciais; b) necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, inclusive após extinção do contrato.

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso I do caput deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

Para o propósito do presente artigo, cabe recordar que alteração unilateral é o poder da Administração Pública (*ius variandi*), materializado na forma de aditivos contratuais, de modificar condições originais do contrato em função do interesse público ou em decorrência de modificações qualitativas e quantitativas do objeto, ficando o contratado particular obrigado a aceitar tais alterações, sob pena de rescisão contratual. Nesse sentido dispõe Flávio Amaral Garcia (2019, p. 141-142):

[...] o poder de alteração unilateral do contrato é a técnica utilizada pelo Direito Administrativo para operacionalizar a mutabilidade que, por sua vez, encontra fundamento e justificação na variação do interesse público e na necessidade de permanente atualização do contrato, inclusive e, em especial, das inovações tecnológicas que podem impactar a sua execução. [...]

Assim, especialmente nos contratos públicos duradouros, como são os concessionais, a mutabilidade se encontra igualmente atrelada à ocorrência de fatos novos, imprevisíveis e completamente estranhos à vontade das partes que impactam diretamente nas condições originalmente estabelecidas pelos contratantes.

A atuação da Administração, no entanto, em função dos princípios da vinculação do contrato ao ato convocatório e da tutela ao interesse do particular contratado, encontra limitação no processo licitatório, uma vez que é neste que está a essência do conteúdo do contrato, sendo que, ao seu fim, exaure-se a discricionariedade do Poder Público. A alteração unilateral, portanto, além da obediência aos princípios licitatórios, deve ser operada com razoabilidade, de modo que a mudança não inviabilize a execução do objeto do contrato, devendo garantir ao contraente a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste contratual.

Nessa mesma linha, as alterações unilaterais, conforme expõe Marçal Justen Filho (2004, p. 500), podem ser objeto de controle judicial, mas nunca em razão do mérito:

Poderá ser exercido amplo controle jurisdicional sobre a modificação unilateralmente introduzida. Será nula a modificação quando: a) desmotivada; b) fundada em motivo já existente (e conhecido) em data anterior à contratação; c) fundada em motivo inexistente; d) desproporcionalidade ao motivo invocado. Mas o Judiciário não poderá questionar o mérito da decisão administrativa de promover a modificação.

Por sua vez, a rescisão unilateral é um preceito de ordem pública decorrente do princípio da continuidade do serviço público, consistindo na modalidade pela qual a Administração Pública dá fim ao contrato mediante ato unilateral e escrito, pelos motivos elencados na lei (arts. 78 e 79, I, da Lei n. 8666/93; arts. 137 e 138, I, da Lei n. 14.133/21), devendo ao contratado ser assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Nos casos em que a rescisão seja motivada por inadimplemento do contrato, a Administração nada deve. Todavia, se a rescisão do contrato se der por interesse público, caso fortuito ou força maior, a Administração deverá indenizar a concessionária pelos prejuízos regularmente comprovados, além de devolver a garantia, realizar os pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão e o pagamento do custo da desmobilização.

Assim, ao rescindir unilateralmente o contrato, a Administração busca, desde logo, fazer cessar os efeitos jurídicos e financeiros do vínculo com o particular.

3. AS CONDUTAS DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL À LUZ DAS PRERROGATIVAS DO PODER PÚBLICO

A municipalidade carioca, em 2018, publicou o Decreto nº 45.546, que determinou a suspensão da cobrança do pedágio em razão de um suposto desequilíbrio econômico-financeiro decorrente do 11º aditivo do contrato de concessão e exploração da Linha Amarela.

O decreto ensejou uma disputa judicial entre a concedente e a concessionária. Desde então, a administração municipal publicou os Decretos nº 45.645/2019 e nº 45.969/2019, determinando a destruição da Praça do Pedágio por equipes da prefeitura.

Não somente a prefeitura determinou a suspensão da cobrança do pedágio como também, posteriormente, a extinção do contrato de concessão da exploração da Avenida Governador Carlos Lacerda - Linha Amarela, pela LAMSA. Não bastassem essas iniciativas, foi sancionada a Lei Complementar Municipal nº 213/2019, que autoriza a encampação da via.

Por muitos anos, a Prefeitura do Rio de Janeiro e a LAMSA mantiveram uma relação estável, permeada de segurança jurídica, mas que fora verdadeiramente abalada pelo Decreto nº 45.546/2018, que determinou a suspensão da cobrança do pedágio na Linha Amarela no sentido Fundão pelo prazo de 19 meses.

A determinação do decreto se baseou no relatório do grupo de trabalho formado pela municipalidade para analisar possível abuso no valor tarifário do pedágio situado na Linha Amarela. Segundo o grupo de trabalho, haveria um desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor do município.

A edição do ato normativo ensejou o Processo nº 0323589-13.2018.8.19.0001, no qual a LAMSA solicitou tutela de urgência, cujo objeto era obter o efeito suspensivo do Decreto nº 45.546/2018.

A LAMSA alegou que a municipalidade e a concessionária firmaram um Protocolo de Intenções, em 30 de novembro de 2009, e que, em razão da prerrogativa legal do município de alterar unilateralmente o contrato, impôs obrigações não previstas no edital ou no contrato de concessão para a exploração de pedágio, decorrentes de fatos novos e imprevisíveis ao momento da licitação. O referido instrumento ainda teria imposto à LAMSA a obrigação de realizar obras de urgência para melhorar a circulação dos veículos nas vias e diminuir o tráfego.

Diante das obras a serem realizadas pela concessionária, o Protocolo de Intenções estabeleceu em sua Cláusula 9²² a necessidade de novo aditivo contratual, prevendo a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a ser alcançado por meio de: (i) prorrogação do prazo da concessão, (ii) implementação de reajuste tarifário, ou (iii) combinação dos dois primeiros critérios.

22 - CLÁUSULA 9ª (Celebração de Aditivo) — Ao final dos Estudos e diante das conclusões que serão alcançadas no curso do procedimento administrativo previsto na Cláusula 5ª deste PROTOCOLO DE INTENÇÕES, as Partes se comprometem a firmar Aditivo ao Contrato de Concessão, com o objetivo de formalizar a identificação das eventuais obras de solução para os problemas de fluxo na Linha Amarela, firmar os critérios para a implantação dessas obras e recompor o equilíbrio econômico financeiro do Contrato de Concessão em virtude das novas obrigações impostas à CONCESSIONÁRIA. As Partes desde já reconhecem que a recomposição do equilíbrio econômico financeiro do Contrato de Concessão poderá ser alcançada mediante (i) a prorrogação do prazo da Concessão, (ii) a implementação de reajuste tarifário, ou (iii) uma combinação dos dois primeiros critérios.”

Vale ressaltar que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato é uma garantia constitucional, nos termos do art. 37, XXI, da Constituição Federal,²³ que vincula ambas as partes do contrato e busca impedir o enriquecimento sem causa dos contraentes.

Foi então que, tendo em vista a formalização do Protocolo de Intenções, a concedente e a concessionária celebraram o 11º aditivo, objeto do grupo de trabalho e ensejador do Decreto nº 45.546/2018. Conforme a cláusula segunda do aditivo contratual, ficou estabelecido que a concessionária investiria R\$ 251.697.906,16 (duzentos e cinquenta milhões, seiscentos e noventa e sete mil, novecentos e seis reais e dezesseis centavos) para a execução das obras, ao passo que, para reequilibrar o contrato, o acordo se estenderia por mais 15 anos. Outra medida de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro prevista no aditivo seria a revisão tarifária do pedágio, sem prejuízo do reajuste anual do contrato, de modo que, entre os anos de 2012 e 2015, a tarifa básica do pedágio sofreria acréscimo de 2,32%.

Assim, o 11º aditivo contratual sofreu o controle externo do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, que, no bojo do Processo nº 040/2.890/2010, reconheceu a legalidade do aditivo. A questão que fica, portanto, é por que depois de oito anos de celebração do aditivo, a municipalidade carioca decidiu formar um grupo de trabalho para averiguar uma relação contratual estável e, aparentemente, legal.

Segundo consta no Decreto nº 44.802/2018, haveria uma desproporção entre o que fora estabelecido no primeiro contrato, isto é, a exploração por dez anos do pedágio, e a sua prorrogação para a implantação de novos acessos e outras obras e serviços, tendo em vista que houve um aumento de 5% (cinco por cento) da circulação de veículos em relação ao previsto no aditivo, o que traria um lucro muito maior do que o previsto para a concessionária.

Segundo conclusão parcial do grupo de trabalho, haveria um desequilíbrio econômico-financeiro em razão de o valor global das obras contratadas não terem observado os valores individuais de referência previstos nas Tabelas do Sistema de Custos para Obras e Serviços de Engenharia (SCO- RIO). Tal fato teria gerado uma diferença de R\$ 225.113.737,84 (duzentos e vinte e cinco milhões, cento e treze mil, setecentos e trinta e sete reais e oitenta e quatro centavos).

Todavia, o 11º aditivo não estabeleceu que as obras impostas pela municipalidade à concessionária deveriam observar os valores de referência SCO-RIO, de modo que a obra fora realizada por meio do contrato de empreitada em regime global de preço, conhecido como *turn key*, no qual somente o contratado é responsável pela obra, tendo a concessionária celebrado contrato com a Construtora OAS Ltda. no valor de R\$ 200.889.501,92 (duzentos milhões, oitocentos e oitenta e nove mil, quinhentos e um reais e noventa e dois centavos), para que a obra fosse executada e entregue para uso.

23 - Art. 37, CF. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), em seu art. 24, prevê que as revisões contratuais referentes à validade do ato devem levar em conta as orientações gerais da época em que celebrado o contrato, uma vez que se estaria a tratar de um ato jurídico perfeito, podendo, em caso de qualquer alteração, formar-se um quadro de insegurança jurídica.

Há aqui de se entender que o aditivo assinado entre o Município do Rio de Janeiro e a LAMSA já havia alcançado *status* de negócio jurídico perfeito, pois, além de o 11º aditivo já ter sido assinado há mais de oito anos da publicação do Decreto nº 45.546/2018, já se passaram seis anos da entrega das obras.

Portanto, o decreto, além de trazer insegurança jurídica ao ordenamento, padece de inconstitucionalidade, por ofensa ao art. 5º, XXXVI, da Constituição,²⁴ já que, embora a Administração possa anular seus atos quando eivados de ilegalidade, conforme a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, o direito de anulá-los prescreve em cinco anos, a contar da execução do ato, conforme os artigos 53 e 54 da Lei nº 9.784/1999.

Todavia, ainda que não houvesse ocorrido a prescrição do direito da Administração, o decreto deveria ter se embasado em uma decisão proferida no bojo do processo administrativo e que comprovasse o desequilíbrio econômico-financeiro do aditivo, e não em uma conclusão parcial do grupo de trabalho, conforme expõe a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal no Tema 138 deste tribunal.²⁵

O decreto, portanto, se mostrou uma medida extrema, precoce e irrazoável da municipalidade, baseada em uma conclusão parcial em um processo ainda em curso e não em uma decisão definitiva proferida no processo administrativo. A ausência desta, somando-se ao fato de que, à data da publicação do decreto, a concessionária só havia sido convocada, pela Subsecretária de Patrimônio Imobiliário, a se manifestar em sede de defesa prévia, significa que a alteração unilateral imposta pela municipalidade impediu a concessionária de exercer seu direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa, previsto no artigo 5, LV, da Constituição Federal.

É nesse sentido que se posiciona o Supremo Tribunal Federal:

[...] a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, foi erigido à condição de garantia constitucional do cidadão, quer se encontre na posição de litigante, num processo judicial, quer seja um mero interessado, em um processo administrativo, o direito ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a eles inerentes. Ou seja, a partir de então, qualquer ato da Administração Pública que tiver o condão de repercutir sobre a esfera de interesses do cidadão deverá ser precedido de prévio procedimento em que se assegure ao interessado o efetivo exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa. Mostra-se, então, necessário, proceder-se à compatibilização entre o comando exarado

24 - Art. 5, XXXVI CF - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

25 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema nº 138. Anulação de ato administrativo pela Administração, com reflexo em interesses individuais, sem a instauração de procedimento administrativo. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal [2012]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2644122&numeroProcesso=594296&classeProcesso=RE&numeroTema=138>>. Acesso em: 11 nov. 2021

pela aludida súmula e o direito ao exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, garantidos ao cidadão pela norma do art. 5º, inciso LV, de nossa vigente Constituição Federal.²⁶

É a partir desse mesmo viés que o Decreto nº 45.645/2019, cujo objeto era idêntico ao do Decreto nº 45.546/2018, se mostra inconstitucional, pois, embora à época da publicação já constasse decisão do município no bojo do processo administrativo, proferida no curso de 30 (trinta) dias, concedeu-se o prazo de apenas 5 dias para interposição de recurso por parte da LAMSA.

Posteriormente, quando a municipalidade publicou o Decreto nº 45.969/2019, de mesmo objeto, sob a alegação de que instaurara sindicância administrativa que teria revelado indícios de desvios ideológicos graves na tomada de decisão pelos gestores, o que teria contaminado a celebração do 11º aditivo, este também se mostrou inconstitucional, uma vez que os atos da Administração são submetidos a controle judicial quando houver lesão ou ameaça a direito, conforme o art. 5º, XXXV,²⁷ da Constituição Federal.

Diante do reiterado posicionamento do tribunal quando aos decretos promulgados pela municipalidade, da conclusão do processo administrativo e da apresentação do relatório técnico do grupo de trabalho, o Poder Executivo municipal editou a Lei Complementar Municipal nº 213, de 05 de novembro de 2019, que autorizou a encampação da via.

Concomitantemente ao imbróglio jurídico, no dia 27 de outubro de 2019, o então Prefeito Marcelo Crivella, de forma unilateral, determinou a destruição da Praça do Pedágio por equipes da prefeitura, o corte do fornecimento de energia pelas equipes da RioLuz e o apoio de equipes da Comlurb para auxiliar na limpeza e no fluxo de carros. A atitude do chefe do Poder Executivo municipal fora vista como mais uma tentativa de fomentar a presença da mídia e ganhar apoio popular.

Há de se atentar que mais uma vez a municipalidade usou das prerrogativas do Poder Público para tomar medidas extremas, precoces e irrazoáveis. A Administração alegou que, à época dos fatos, já havia sido determinada a encampação da via, nos termos da decisão no Processo Administrativo nº 11/514.008/2019; logo, o pedágio não mais pertencia à LAMSA.

Ocorre que a Lei Complementar Municipal nº 213/2019 só fora publicada em 05 de novembro de 2019, nove dias após a destruição da Praça do Pedágio; portanto, o Prefeito não teria destruído bens públicos, já que a Cláusula 6 do contrato de concessão define que os bens vinculados à prestação do serviço só voltam para a esfera municipal após o esaurimento contratual.

A decisão constante no Processo Administrativo nº 11/514.008/2019, conforme ressaltado no Decreto nº 45.645/2019, determinou a extinção do contrato de concessão da exploração da Linha Amarela pela LAMSA. Desse modo, o impasse judicial deixou de ser uma

26 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário no 594.296/ Minas Gerais. Requerente: Estado de Minas Gerais. Requerido: Maria Ester Martins Dias. Rel. Min. Dias Toffoli. **Diário da Justiça**, Brasília-DF, 13 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1729772>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

27 - Art. 5, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

mera disputa relativa ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato e à cobrança do pedágio, envolvendo também a encampação da via, autorizada pela Lei Complementar Municipal nº 213/2019.

A encampação é o instituto previsto nos artigos 35, II, e 37 da Lei nº 8.987/95, pelo qual o Poder Público faz uso da sua prerrogativa de rescindir unilateralmente o contrato por meio de lei autorizativa e em função do interesse público, que, no caso da Linha Amarela, se dá em função do enriquecimento sem causa da concessionária em consequência do superfaturamento das obras.

Em setembro de 2020, após inúmeros impasses entre a Administração Pública e a LAMSA, o Superior Tribunal Justiça (STJ) proferiu a Suspensão de Liminar e de Sentença nº 2792,²⁸ suspendendo o deferimento dos pedidos de Tutela Antecipada de Urgência realizados pela concessionária, viabilizando assim a suspensão da cobrança do pedágio na via, bem como a suspensão da decisão constante nos autos da Representação de Inconstitucionalidade nº 0073142-71.2019.8.19.0000,²⁹ que sobrestava os efeitos da Lei Complementar Municipal nº 213/2019.

O que se entende, portanto, é que as decisões anteriores estavam vinculadas à inconstitucionalidade dos Decretos em razão do desrespeito ao devido processo legal. Ocorre que essas decisões não podem se tornar impeditivo para a Administração exercer sua prerrogativa de rescindir unilateralmente o contrato, uma vez que os Processos Administrativos nº 04/551.375/2018, que analisou o 11º Aditivo, e nº 11/514.008/2019, cujo objeto era o 9º Aditivo – no qual constaria cláusula que excluiu o tráfego de veículos do cálculo da equação de equilíbrio econômico-financeiro da concessão –, concluíram haver indícios de que obras foram superfaturadas e que gerariam enriquecimento sem causa da concessionária.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal (STF), no bojo da Suspensão de Tutela Provisória nº 445/RJ,³⁰ emanou decisão pela não suspensão das Tutelas Provisórias previamente mencionadas e que impedem a encampação da via.

Ulteriormente, no bojo da Medida Cautelar na Reclamação nº 43.697/RJ,³¹ o Ministro

28 - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Suspensão de Liminar e de Sentença no 2792**. Requerente: Município do Rio de Janeiro. Requerido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Rel. Min. Humberto Martins. Brasília, 15 de setembro de 2020. Diário da Justiça, Brasília-DF, 17 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portaltj/SiteAssets/documentos/noticias/16092020%20SLS%202792.pdf>>. Acesso em 10 de nov. de 2021.

29 - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Suspensão de Liminar e de Sentença no 2792**. Requerente: Município do Rio de Janeiro. Requerido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Rel. Min. Humberto Martins. Brasília, 15 de setembro de 2020. Diário da Justiça, Brasília-DF, 17 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portaltj/SiteAssets/documentos/noticias/16092020%20SLS%202792.pdf>>. Acesso em 10 de nov. de 2021.

30 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Provisória no 445/Rio De Janeiro**. Requerente: Município do Rio de Janeiro. Requeridos: Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Relator do Processo n. 0073142-71.2019.8.19.0000 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Relator do AI no 0070507-20.2019.8.19.0000 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Rel. Min. Dias Toffoli. Diário da Justiça, Brasília-DF, 08 de julho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343711244&text=.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

31 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Reclamação no 43.697/Rio De Janeiro**. Reclamante: Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR. Reclamado: Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Luiz Fux. Diário da Justiça, Brasília-DF, 04 de março de 2021. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345815032&text=.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

Luiz Fux decidiu pela suspensão do processo de encampação da Linha Amarela e designou audiência de conciliação entre a LAMSA e o Município do Rio de Janeiro. Acordou-se que a LAMSA voltaria a administrar a via, podendo cobrar a tarifa de R\$ 4,00 (quatro reais), pelo período inicial de 90 dias. Todavia, o prazo fora estendido até a conclusão do Processo nº 0337389-74.2019.8.19.0001.

A decisão da corte advém da necessidade de se realizar uma análise minuciosa dos prós e contras de se findar um contrato de concessão, devendo-se atentar para a repercussão econômica e jurídica que seria gerada, uma vez que “a encampação somente deverá ser decretada caso não seja possível satisfazer as novas necessidades públicas por meio de alterações contratuais, respeitados os limites permitidos pelo *jus variandi*” (OLIVEIRA, 2020, p. 540).

É nesse sentido que se posiciona Rafael Oliveira (2020, p. 540):

Aqui, é importante destacar que não é suficiente a alegação genérica do “interesse público” para o desfazimento da relação jurídica, revelando-se fundamental a demonstração, clara e justificada, dos motivos concretos que justificam a decisão administrativa, bem como a ponderação das consequências jurídicas e econômicas da extinção prematura do contrato, inclusive o impacto decorrente do dever de indenização ao concessionário, na forma do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), incluído pela Lei 13.655/2018.

Portanto, a atitude da corte se mostrou acertada, uma vez que, embora não tenha sido assegurado à LAMSA o devido processo legal no curso do processo administrativo, há indicativos de superfaturamento da concessionária. Em uma análise mais minuciosa da relação contratual, podem as partes chegar a um acordo, buscando uma alternativa menos onerosa e que restabeleça o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

4. A GESTÃO DA MATRIZ DE RISCOS NA LEI N. 14.133/21

A Lei n. 8.666/93 carece de mais detalhes quanto ao regramento da alocação de riscos e da garantia do equilíbrio econômico-financeiro das contratações administrativas sob sua regência.

De acordo com a lógica desse diploma legal, após a assinatura do contrato, todo evento ocorrido deve ser analisado concretamente, a fim de se perquirir se a ocorrência era previsível ou calculável pelo contratado (teoria da imprevisão), ou se a Administração Pública foi responsável, direta ou indiretamente, pelo evento danoso (fato do príncipe, fato da administração e alteração unilateral do contrato).

Somente com a Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei n. 11.079/2004), e posteriormente com a Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei n. 12.462/2011) e com o Estatuto das Estatais (Lei n. 13.303/2016), foi possível romper com a lógica da Lei 8.666/93 de alocação aleatória e casuística dos riscos contratuais.

Conforme evidenciado acima, o Município do Rio de Janeiro, durante a execução do contrato de concessão da Linha Amarela, se valeu, por diversas vezes, de sua prerrogativa de poder alterar e rescindir unilateralmente o contrato, ocasionando insegurança jurídica e, em muitas ocasiões, desequilíbrio econômico-financeiro, inviabilizando a fiel execução do objeto



contratual. Como consequência, o Poder Judiciário foi reiteradamente convocado a determinar se dado evento enseja ou não o reequilíbrio contratual.

Visando enfrentar tais problemas, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 14.133/2021) introduz mudanças significativas na gestão dos riscos em contratações ordinárias, estabelecendo preceitos voltados a impedir que situações semelhantes às aquelas surgidas durante a execução do contrato de concessão da Linha Amarela possam novamente ocorrer.

Primeiramente, cabe destacar que a alocação de riscos ganhou capítulo próprio na Lei n. 14.133/2021, o que torna essa medida uma grande novidade.

Ao assim fazer, a atual Lei transporá para o cenário dos contratos “ordinários” a possibilidade de que os riscos sejam previamente distribuídos e alocados para a parte que reúne mais chances de evitar sua ocorrência ou de com eles lidar. Há de se ressaltar também que cenários decorrentes de força maior e caso fortuito também devem ser considerados quando se pretende dividir riscos (FORTINI; OLIVEIRA, 2022, p. 322).

Em seu art. 6º, XXVII, a nova lei assim conceitua matriz de riscos:

Art. 6º...

[...]

XXVII – matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

- a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência;
- b) no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico;
- c) no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia.

Por outro lado, o art. 92, IX e XI, da nova lei inseriu a matriz de riscos no rol de cláusulas essenciais dos contratos e estabeleceu a previsão do “prazo para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso”.

Ademais, além dos riscos, a nova lei sinaliza a preocupação quanto aos efeitos (art. 22, §1º), devendo o contrato refletir a alocação de riscos prevista, sobretudo, entre outros casos,

quanto à hipótese de alteração em função de recomposição quando o sinistro for considerado na matriz como causa do desequilíbrio não suportada pela parte que pretenda a recomposição (art. 22, § 2º, I).

Em capítulo próprio (art. 103), a nova lei estabelece que a matriz de riscos, quando prevista no contrato, deverá indicar os riscos contratuais previstos e presumíveis que devem ser assumidos pelo Poder Público, pelo contratado e por ambos.

Nas palavras de Cristiana Fortini e Marcos Nóbrega (2022, p. 324), compreender qual risco melhor se ajusta ao público e ao privado, ou a ambos de forma repartida, é relevante para atrair ou afugentar possíveis licitantes que tendem a repudiar riscos sobre os quais não têm qualquer governabilidade.

Assim, a Lei n. 14.133/2021, ao estabelecer a matriz de risco como cláusula essencial dos contratos administrativos, não só traz mais clareza quanto às vantagens e desvantagens da celebração do contrato como permite ao contratante, a partir da alocação do risco, construir a melhor estratégia para execução do contrato. Consequentemente, há também uma redução na eventual necessidade de se restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Indo além, uma vez que a gestão dos riscos reduz a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro, há também uma redução nas ocasiões em que se fará imprescindível uma das partes acionar o judiciário em função de fato superveniente, já que uma das funções da matriz de risco é analisar a possibilidade de ocorrência de tais fatos.

Percebe-se que a nova lei, apesar de não exaurir o tema, merece ser celebrada pela posituação de determinações cuja ausência refletia em dificuldades práticas evidenciadas na gestão de contratos administrativos complexos, de onde derivam interesses conflitantes entre o poder público contratante e o particular contratado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme evidenciado na análise das intercorrências do contrato de concessão da Linha Amarela, os atos administrativos praticados pelo Poder Executivo municipal geraram insegurança jurídica, dada a ausência de cláusula contratual que alocasse de forma eficiente os riscos ordinários e extraordinários que surgiram durante a execução do contrato.

Diante desse caso, é possível evidenciar a importância da novidade trazida pelo legislador para os futuros contratos administrativos, pois, caso houvesse a cláusula da matriz de riscos no contrato celebrado entre a municipalidade e a concessionária, muito dificilmente o desequilíbrio contratual teria virado tema de um imbróglio jurídico.³²

Ainda nesse contexto, tendo em vista que a cláusula estaria prevendo hipóteses de desequilíbrio econômico-financeiro, caso estas viessem a ocorrer, o modo de se restabelecer o equilíbrio também estaria previsto. Portanto, caso necessário um reequilíbrio econômico-

32 - Embora não se possa afirmar, já que o contrato fora firmado e reiteradamente aditado em um contexto em que não se discutia matriz de riscos em contratos firmados pela Administração Pública.

financeiro devido à omissão contratual em face de algum fator superveniente, como no caso em questão, em que a municipalidade alegou omissão na previsão dos valores de referência das obras requeridas no aditivo, os fatores para o reequilíbrio econômico-financeiro estariam abarcados na cláusula de matriz de risco. Consequentemente, evitar-se-ia que a questão fosse objeto de grupos de estudos, processos administrativos, decretos, leis e inúmeros processos judiciais.

É diante desse cenário e de inúmeros outros contratos firmados pela Administração Pública que a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 14.133/2021) vinha sendo aguardada com muita expectativa por agentes públicos e privados, em virtude da necessidade de modernização do regime jurídico licitatório, frente às evoluções ocorridas na sociedade, no mercado e na própria Administração Pública, bem como pela necessidade de se positivar na norma geral mecanismos de gestão dos riscos contratuais.

Muito embora a nova lei tenha mantido a outorga de prerrogativas da Administração Pública nos contratos administrativos (art. 89 e 104), não se pode olvidar que o legislador teve enorme preocupação em equilibrar e equacionar riscos ordinários e extraordinários, que, por sua direta ou indireta incidência no contrato, pudessem acarretar desequilíbrio econômico-financeiro, inviabilizando a execução do objeto contratual na forma pactuada.

Com isso, nos futuros contratos administrativos, a despeito da natureza que os caracterizar, estarão o poder público contratante e o particular contratado legitimados a estabelecer cláusula contratual que distribua e aloque riscos que possam comprometer a execução do contrato e os interesses da Administração Pública, a fim de que o contrato seja cumprido em sua integralidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais. 40. ed. com índice. Brasília: Centro de Documentação e Informação (CEDI), 2018. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao1988.html>. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Lex: Diário Oficial da União, Poder Legislativo, DF, 9 set. 1942. Seção 1, p. 13635. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Lei da Improbidade Administrativa**. Lex: Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Seção 1, p. 6993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. **Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública**. Lex: Diário Oficial da União, Brasília-DF, ano CXXXI, nº 116, p. 1-13, 1993. Disponível em: <<https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index>>.

jsp?jornal=1&pagina=1&data=22/06/1993 >. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. **Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Lei de Concessão e Permissão da Prestação de Serviços Públicos.** Lex: Diário Oficial da União, Brasília-DF, ano CXXXIII, p. 1917, 1995. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-8987-13-fevereiro-1995-349810-norma-pl.html>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Lei de Procedimento Administrativo.** Lex: Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 1 fev. 1999, seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Lei das Parcerias Público-Privadas.** Lex: Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 31 dez. 2004, p. 6. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 7 jul. 2022.

BRASIL. **Lei 12.462, de 04 de agosto de 2011. Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas.** Lex: Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 04 ago. 2011, edição extra, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm>. Acesso em: 7 jul. 2022.

BRASIL. **Lei 13.303, de 30 de junho de 2016. Estatuto das Estatais.** Lex: Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 01 jul. 2016, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>. Acesso em: 7 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** Lex: Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 1 abril 2021, edição extra F, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 7 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Reclamação nº 43.697/Rio De Janeiro.** Reclamante: Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR. Reclamado: Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Luiz Fux. Diário da Justiça, Brasília-DF, 04 de março de 2021. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345815032&ext=.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 473.** A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal [2012]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1602>>. Acesso em: 11 nov. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Provisória nº 445/Rio De Janeiro**. Requerente: Município do Rio de Janeiro. Requeridos: Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Relator do Proc no 0073142-71.2019.8.19.0000 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Relator do AI no 0070507-20.2019.8.19.0000 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Rel. Min. Dias Toffoli. Diário da Justiça, Brasília-DF, 08 de julho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343711244&text=.pdf>>. Acesso em: 6 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema nº 138**. Anulação de ato administrativo pela Administração, com reflexo em interesses individuais, sem a instauração de procedimento administrativo. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal [2012]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2644122&numeroProcesso=594296&classeProcesso=RE&numeroTema=138>>. Acesso em: 11 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Suspensão de Liminar e de Sentença nº 2792**. Requerente: Município do Rio de Janeiro. Requerido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Rel. Min. Humberto Martins. Brasília, 15 de setembro de 2020. Diário da Justiça, Brasília-DF, 17 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portaalp/SiteAssets/documentos/noticias/16092020%20SLS%202792.pdf>>. Acesso em: 6 nov. 2021.

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

DUARTE, Rodrigo; ASSIS, Marcela. Uma matriz de risco é capaz de tornar os contratos administrativos completos?. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 de fevereiro de 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-fev-26/duarte-assis-matriz-risco-contratos-administrativos>>. Acesso em: 12 jul. 2022.

FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana. **Comentários À Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4368>. Acesso em: 6 jul. 2022.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Contrato administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1981.

GARCIA, F. G. **A mutabilidade nos contratos de concessão no Brasil**. FDUC- Teses de Doutorado. Coimbra, p. 141, abril. 2019. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10316/90629>>. Acesso em: 9 out. 2021.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, v. 3.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

LUCENA, F. História da Linha Amarela. **Diário do Rio**. Rio de Janeiro, 08 de abril de 2016. Disponível em: <<https://diariodorio.com/historia-da-linha-amarela/>>. Acesso em: 8 out. 2021.

OLIVERIA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

Prefeitura inaugura trecho que faltava da Linha Amarela no Rio. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 25 de novembro de 1997. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff251133.htm>>. Acesso em: 8 out. 2021.

RIO DE JANEIRO (Município). Decreto nº 44.802, 24 de julho de 2018. Lex: **Diário Oficial do Município do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, ano XXXII, no 87, p. 145-146, 2018. Disponível em: <<https://doweb.rio.rj.gov.br/portal/visualizacoes/jornal/3839/#/p:145/e:3839>>. Acesso em: 6 nov. 2021.

RIO DE JANEIRO (Município). Decreto nº 45.546, de 20 de dezembro de 2018. Lex: **Diário Oficial do Município do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, ano XXXII, no 187, p. 16-17, 2018. Disponível em: <<https://doweb.rio.rj.gov.br/portal/visualizacoes/pdf/4004#/p:16/e:4004?find=Linha%20Amarela>>. Acesso em: 6 nov. 2021.

RIO DE JANEIRO (Município). Decreto nº 45.645, 31 de janeiro de 2019. Lex: **Diário Oficial do Município do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, ano XXXIII, no 4, p. 4-5, 2019. Disponível em: <<https://doweb.rio.rj.gov.br/portal/visualizacoes/pdf/4044#/p:3/e:4044?find=Decreto%2045.645>>. Acesso em: 6 nov. 2021.

RIO DE JANEIRO (Município). Decreto nº 45.969, 20 de maio de 2019. Lex: **Diário Oficial do Município do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, ano XXXIII, no 4, p. 4-5, 2019. Disponível em: <<https://doweb.rio.rj.gov.br/portal/visualizacoes/pdf/4144#/p:5/e:4144?find=Linha%20Amarela>>. Acesso em: 6 nov. 2021.

RIO DE JANEIRO (Município). Lei Complementar Municipal nº 213/2019. Autoriza a Encampação da Operação e da Manutenção da Avenida Governador Carlos Lacerda - Linha Amarela. Lex: **Diário Oficial do Município do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, ano XXXIII, nº 161, p. 2, 2019. Disponível em: <<https://doweb.rio.rj.gov.br/portal/visualizacoes/pdf/4338#/p:2/e:4338?find=Lei%20Complementar%20213%20Amarela>>. Acesso em: 6 nov. 2021.

RIO DE JANEIRO (Município). Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro. **Relatório/Voto nº 788/2012 no Processo nº 040/2.890/2010**. Interessados: Linha Amarela S.A e Município do Rio de Janeiro. Rel. Fernando Bueno Guimarães. Diário Oficial do Município do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro - RJ, 30 de novembro de 2012. Disponível em: <<https://etcn.tcm.rj.gov.br/InteiroTeor/Arquivos?ctid=250427>>. Acesso em: 9 out. 2021.



RIODEJANEIRO. Tribunal Estadual do Rio de Janeiro. **Representação de Inconstitucionalidade nº 0073142-71.2019.8.19.0000**. Requerente: Associação Brasileira de Concessionárias De Rodovias. Requerido: Prefeito do Município do Rio de Janeiro. Rel. Des. Antônio Iloízio Barros Bastos. Diário da Justiça, Rio de Janeiro-RJ, 14 de novembro de 2019. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00047251B158741BCF493CEC2EC9D9A5334EC50B3C2C3646&USER=>>>. Acesso em: 6 nov. 2021.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License



Data do recebimento: 21/11/2022

Data do aceite: 15/12/2022

.....

A PARTICIPAÇÃO POPULAR NAS AGÊNCIAS REGULADORAS E A RAZÃO PÚBLICA DE JOHN RAWLS: OS DILEMAS DE UMA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NO BRASIL

.....

*POPULAR PARTICIPATION IN REGULATORY AGENCIES
AND JOHN RAWLS PUBLIC REASON: THE DILEMMAS OF A
PARTICIPATORY DEMOCRACY IN BRAZIL*

Leandro Barbosa da Cunha¹

Maurício Muriack Fernandes e Peixoto²

1 - Pós-Graduando em Direito Administrativo e Gestão Pública pelo Centro Universitário União das Américas (UniAmérica) e em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (Ceub). Atualmente é advogado em Brasília/DF. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/7062946055907132>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7599-4842>. E-mail: leandro.cunha1055@gmail.com.

2 - Doutor em Direito pelo Uniceub-DF. Mestre em Ordem Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo do Uniceub-DF. Advogado da União, atualmente lotado no DEAEX/CGU/AGU. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/2638874463594984>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6528-8151>.

SUMÁRIO: Introdução; 1. A Lei Federal n.º 13.848/2019: entre velhos e novos paradigmas; 2. John Rawls e a razão pública no âmbito dos procedimentos públicos decisórios; 3. A participação popular no âmbito das agências reguladoras e os vários percalços para se erigir um processo de justificação racional das decisões públicas; 4. Conclusão; Referências. modelos de controle de constitucionalidade; 4. Conclusão; Referências.

RESUMO: A Lei n.º 13.848/2019 reforçou diversos aspectos da autonomia das agências reguladoras e aprimorou os mecanismos de participação social na criação, manutenção ou extinção dos atos normativos no âmbito de tais agências, entre os quais se destacam a consulta e as audiências públicas. Mais que uma tentativa de inserir a participação popular nos processos administrativos – de modo a conferir uma maior legitimidade aos procedimentos –, é possível realizar uma leitura mais ampla dos institutos positivados pela Lei n.º 13.848/2019 mediante a análise dos ensinamentos do filósofo estadunidense John Rawls. Nesse sentido, objetiva-se investigar, com base num contraste entre o pensamento rawlsiano e as dificuldades presentes na complexa realidade social brasileira, se a consulta pública disposta pela lei é capaz de contribuir a longo prazo para a mudança da mentalidade coletiva presente na sociedade – no sentido de que o exercício dos direitos políticos se reduz ao ato de votar durante as eleições –, com escopo de que, por meio do estímulo à participação nos procedimentos públicos decisórios, os cidadãos paulatinamente assumam uma postura ativa perante o cenário político brasileiro, contribuindo para a ascensão de uma democracia participativa, ou se, ao contrário, o instituto não será capaz de cumprir a finalidade pretendida pelo legislador.

PALAVRAS-CHAVE: Lei n.º 13.848/2019. Agências Reguladoras. Participação Popular. John Rawls. Democracia Participativa.

ABSTRACT: *The law n.º 13.848/2019 reinforced several aspects of the autonomy of regulatory agencies and improved the mechanisms for social participation in the creation, maintenance or extinction of normative acts within the scope of such agencies, among which consultation and public hearings stand out. More than an attempt to insert popular participation in administrative processes – in order to give greater legitimacy to the procedures –, it is possible to carry out a broader reading of the institutes affirmed by law n. 13.848/2019 by analyzing the teachings of the American philosopher John Rawls. In this sense, it aims to investigate, based on a contrast between Rawlsian thinking and the difficulties present in the complex Brazilian social reality, whether the public consultation provided by the law is capable of contributing in the long run to the change in the collective mentality that is being carried out. present in society – in the sense that the exercise of political rights is reduced to the act of voting during elections – with the scope that, by encouraging participation in public decision-making procedures, citizens gradually assume an active stance in the political scenario contributing to the rise of a participatory democracy, or if, on the contrary, the institute will not be able to fulfill the purpose intended by the legislator.*

KEYWORDS: *Law n.º 13.848/2019. Regulatory Agencies. Popular Participation. John Rawls. Participatory Democracy.*

INTRODUÇÃO

A Lei n.º 13.848/2019 foi responsável por concretizar a remota pretensão do legislador de implementar um diploma normativo que dispusesse acerca dos aspectos gerais das agências reguladoras, haja vista que tais pessoas jurídicas se fazem cada vez mais presentes no cotidiano brasileiro, gerando uma série de dúvidas e de questões de ordem prática que demandam a intervenção do Poder Legislativo. Nesse sentido, o recente diploma positivou diversas normas que englobam desde a organização interna ao controle externo de tais entidades.

Além disso, dispôs também sobre os mecanismos de participação social e legitimação das decisões das agências reguladoras, destacando-se a consulta e a audiência públicas, previstas, respectivamente, nas regras dos artigos 9º e 10 da referida lei. Dado o contexto de crise política vivenciado pela democracia brasileira (e por suas demais instituições), o advento de novos instrumentos para inserir a visão popular nos processos de tomada de decisões públicas assume ainda mais importância para que se promova o enfrentamento do mito de que a participação democrática se resumiria unicamente ao ato de votar durante as eleições.

Por isso, à baila das inovações normativas oriundas da Lei n.º 13.848/2019, o presente trabalho propõe uma reflexão acerca da capacidade do instituto da consulta pública no âmbito das agências reguladoras em contribuir para o desenvolvimento paulatino de uma democracia participativa no Brasil. Afinal, ainda que o legislador não o tenha feito de maneira expressa, é inegável que tal instrumento de participação guarda uma intensa inspiração no que diz respeito aos ensinamentos do filósofo estadunidense John Rawls, segundo o qual a busca por mecanismos aptos a captar a opinião coletiva contribuiria para a consolidação de um processo de justificação racional das decisões públicas.

Contudo, não obstante as projeções otimistas da filosofia rawlsiana a respeito da *ratio legis* responsável pela estruturação do instituto da consulta pública que consta na Lei n.º 13.848/2019, inexoravelmente, ainda há de se questionar se a novidade legislativa de fato representa um marco benéfico à sociedade, pois a participação popular no âmbito das agências reguladoras demandaria, pelo menos em tese, um conhecimento técnico que a grande parcela dos cidadãos não possui. Dessa maneira, observa-se que a aplicação do referido instituto nesta seara poderia, ao contrário do pretendido pelo legislador, vir a prejudicar a eficácia das normas engendradas.

Por conseguinte, os ideais da teoria rawlsiana devem ser contrastados com os entraves da realidade brasileira, porquanto, ainda que se mostre promissora para a construção de uma democracia participativa no País, é possível que a consulta pública tenha, na prática, um efeito de mera legislação simbólica; ou pior: possa vir a comprometer o adequado funcionamento que é esperado das agências reguladoras, haja vista que o senso comum muitas vezes é insuficiente para lidar com os temas atinentes a tais pessoas jurídicas, dado que se exige um saber técnico-científico para determinar se os atos regulatórios podem ou não ser favoráveis à sociedade.

A metodologia adotada pelo presente trabalho é a pesquisa bibliográfica, cuja relevância científica consiste em analisar se as recentes alterações legislativas, que caminham na direção de uma maior transparência governamental e do incentivo à participação cidadã na elaboração de normas de regulação econômica – guardando, portanto, proximidade com os ideais da teoria rawlsiana –, podem contribuir, na prática, ante as dificuldades e entraves existentes, para a construção de

uma democracia participativa no Brasil, ou se a consulta pública é apenas uma espécie de artifício retórico que não cumpre sua finalidade. Ao final, poder-se-á concluir que a novidade legislativa representa um avanço democrático, embora ainda necessite de aprimoramentos.

1. A LEI FEDERAL N.º 13.848/2019: ENTRE VELHOS E NOVOS PARADIGMAS

Uma nova dinâmica estatal perante a economia iniciou seu desenvolvimento em meados do ano de 1960, porquanto o arrefecimento do chamado *Welfare State* em prol das doutrinas liberais de auto-organização do Estado e de estímulo à manutenção de uma ordem espontânea do mercado – isto é, permitir que as várias forças empresariais possam estruturar naturalmente a configuração da oferta e da demanda –, contribuiu para buscar um menor intervencionismo do Poder Público na esfera privada e, por conseguinte, garantir aos particulares uma maior autonomia em suas escolhas socioeconômicas.

Nesse sentido, a Escola de Chicago explicou que cada indivíduo, por ser único, possuiria desígnios e aspirações totalmente peculiares que não poderiam ser generalizados em relação aos demais integrantes da sociedade (ROTHBARD, 2012, p. 16). Não seria autorizado ao Estado pretender a planificação da economia ou a estipulação de objetivos comuns prévios, sob pena de incorrer em um gigantesco erro ao dilapidar os recursos públicos e inviabilizar um planejamento que não fosse dinâmico, pois a população é heterogênea e integrada pelos mais diversos interesses individuais (HAYEK, 2010, p. 118).

Tal mudança de paradigma pelo Estado é dinâmica comum e esperada do capitalismo e das economias de mercado, pois o surgimento de novos parâmetros de atuação pelo Poder Público corresponde à necessidade de adaptação frente às verdadeiras ondas de destruição criadora (SCHUMPETER, 1961, p. 110). Elas inauguram um estado de coisas econômico distinto do anterior – quase sempre ligadas a alguma espécie de crise econômica ou política –, mas não representam uma total ruptura em relação aos regimes anteriores, haja vista que a história é feita mais de permanências do que de rupturas (BRAUDEL, 1969, p. 175).

Por isso, o neoliberalismo não surgiu como uma simples oposição ao Estado Social. Partindo-se do pressuposto de que a história desdobra-se de modo dialético, não se poderia cogitar que o novo modelo estatal seria a mera negação do estágio anterior, mas, ao revés, representa a integração de elementos das etapas predecessoras, dando origem a uma espécie de Estado que reconhece a intervenção estatal como um mal necessário para garantir a segurança do mercado e que, por isso, em alguma medida, deve existir – conquanto seja preferível evitá-la ao máximo. Embora o ideal, para esse modelo, seria optar pela não intervenção do Estado, pois ele seria um constante antípoda da eficiência econômica.

Afinal, o capitalismo é autofágico. Ele tende a consumir a si mesmo em prol do lucro excessivo e desmedido (GRAU, 2010, p. 57), de modo que uma série de parâmetros passam a ser necessários para garantir que a lógica empresarial não subverta outros bens jurídicos de importância nevrálgica para o convívio social, tais quais a dignidade humana, a defesa do consumidor e um meio ambiente equilibrado e sustentável (NUNES, 2011, p. 1). Iniciou-se, assim, um movimento mundial de limitação do intervencionismo do Estado, porém, sem prescindir dos campos fundamentais que exigem sua presença.

Nesse sentido, no Brasil, a partir da década de 90, e sob a égide do ideal da mínima intervenção estatal que guiou a elaboração da Constituição Federal de 1988, nos termos de seu art. 173, *caput*, buscou-se diminuir a participação direta do Poder Público – por meio de suas estatais – nas atividades econômicas, de modo a delegar tais atribuições aos sujeitos da esfera privada (FONSECA, 2017, p. 179-180), mas sem abandonar sua função pública de impor regulamentações e de assegurar que o desempenho de tais atividades pelos particulares não se dará aquém da qualidade e da utilidade esperadas.

Tal contexto trouxe para o ordenamento pátrio diversas alterações legislativas e institutos de mesmo jaez, como ocorre com o Programa Nacional de Desestatização, instituído pela Lei n.º 8.031/1990 e aprimorado pela Lei n.º 9.491/97; a diminuição dos monopólios do Estado (*v.g.*, Emenda Constitucional n.º 05/1995, 07/1995, 08/1995 e 09/1995) e a introdução do modelo estrutural de atividade estatal baseado nas agências reguladoras como um modo de intervenção indireta do Estado na economia por meio da criação de normas e das funções de balizar, supervisionar e fiscalizar o exercício das atividades econômicas e a prestação dos serviços públicos.

Conquanto o tema das agências reguladoras seja atualmente muito debatido na doutrina e esteja também muito presente na jurisprudência contemporânea, há de se observar que não se trata de assunto inédito no Direito brasileiro:

Em rigor, autarquias com funções reguladoras não se constituem em novidade alguma. O termo com que ora foram batizadas é que é novo no Brasil. Apareceu ao ensejo da tal “Reforma Administrativa”, provavelmente para dar sabor de novidade ao que é muito antigo, atribuindo-lhe, ademais, o suposto prestígio de ostentar uma terminologia norte-americana (“agência”). A autarquia Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica - DNAEE, por exemplo, cumpria exatamente a finalidade ora irrogada à ANEEL, tanto que o art. 31 da lei transfere à nova pessoa todo o acervo técnico, patrimonial, obrigações, direitos e receitas do DNAEE. (MELLO, 2015, p. 176)

Em geral, as agências reguladoras são pessoas jurídicas de direito público de natureza autárquica, integrantes da Administração Pública Indireta, porém, diferenciam-se dos modelos tradicionais de autarquia. Isso ocorre devido ao maior grau de autonomia administrativa, financeiro-orçamentária e normativa, que basicamente proporcionam a tais entidades uma maior independência em relação ao órgão ao qual se encontram vinculadas e supervisionadas, a fim de que possam exercer mais adequadamente suas funções.

Ante a impossibilidade de o legislador valer-se de critérios totalmente técnicos para a construção de normas jurídicas para os mais diversos ramos (tais quais telecomunicações, geração ou distribuição de energia elétrica, regras de vigilância sanitária, etc.) – haja vista que muitas searas normativas são extremamente específicas (NUSDEO, 1995, p. 89-91) –, as agências reguladoras surgiram como unidades setoriais de atuação especializada em determinado ramo (*v.g.*, ANEEL, na Energia Elétrica), dotadas de poder regulamentar, que é o poder de erigir normas jurídicas, fenômeno que ficou conhecido como deslegalização do poder normativo.³

3 - Há quem sustente, entretanto, que o fenômeno da deslegalização não é admitido pelo ordenamento jurídico brasileiro, porquanto implicaria violação à Constituição Federal: “assim sendo, não se admite que possa existir, no direito brasileiro, o fenômeno da deslegalização, por meio do qual a lei de criação da agência degradaria o status hierárquico da legislação anterior, permitindo a sua alteração ou revogação por atos normativos editados pela agência. Tal importaria, ao ângulo formal, a possibilidade de o legislador alterar o procedimento legislativo previsto na própria Constituição - o que é inadmissível. Estar-se-ia diante de uma delegação legislativa inominada. incompatível com a Constituição.” (BINENBOJM, 2005, p. 157)

Além disso, como mencionado, as agências reguladoras possuem uma maior autonomia administrativa em comparação com as autarquias tradicionais. Seus dirigentes, por exemplo, são nomeados pelo Presidente da República após aprovação pelo Senado Federal e possuem mandato a termo, de modo que não é possível – como ocorre nas autarquias comuns – promover a exoneração *ad nutum* dos nomeados, que só desocuparão o cargo em caso de renúncia, de sentença transitada em julgado ou de processo administrativo.

A *ratio essendi* da maior autonomia administrativa e normativa corresponde ao intuito do legislador em engendrar instituições capazes de operar de maneira técnica e sem a interferência político-partidária tão deletéria para o setor de serviços públicos e que, ademais, também resistam às pressões oriundas do mercado regulado. Por isso, grande parte da doutrina também reputa incabível a interposição de recurso hierárquico impróprio para devolver questões já decididas no âmbito da agência reguladora a órgão que lhe é distinto. Almeja-se preservar a maior autonomia decisória de tais agências, de modo que a decisão final seja dada por elas (OLIVEIRA, 2020, p. 109). Corrobora tal vertente a inexistência de lei que autorize a utilização do referido instrumento recursal.

Outro traço característico das agências reguladoras é a maior autonomia financeira e orçamentária, porquanto tais pessoas jurídicas podem enviar a proposta do orçamento diretamente para o Ministério ao qual se encontram vinculadas. Por isso, observando a imensa importância que as agências reguladoras adquiriram nos últimos anos no Brasil e no mundo, foi editada a Lei n.º 13.848/2019, dispondo sobre a gestão, a organização, o processo decisório, entre outros aspectos legais, inerentes a tais pessoas jurídicas de Direito Público, visando a tornar mais nítidas suas disposições normativas, além de reforçar a autonomia de tais agências, conforme é perceptível pela exegese do art. 3º da referida lei.⁴

Isso porque, em que pesem as tentativas de constituir entidades eminentemente técnicas, não foi possível livrar as agências reguladoras das influências político-partidárias. Passados mais de 20 anos, muitas agências ainda permanecem dependentes dos governos e dos Ministérios aos quais elas se encontram vinculadas (GUIMARÃES, 2019, p. 82). Além disso, as nomeações das diretorias não necessariamente refletem o caráter técnico e republicano que é esperado, afinal, há uma tendência em utilizar os cargos de tais agências como meio de promover alianças políticas.

Ademais, hodiernamente, diversas decisões são tomadas no âmbito das agências reguladoras sem nenhuma participação popular. E são decisões que irão impactar no dia a dia dos consumidores e da sociedade em geral, muito embora a cidadania seja indiscutivelmente elencada como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme o art. 1º, II, da Constituição Federal. Ante tal estado de coisas, os direitos e garantias fundamentais do cidadão assumem, por vezes, um mero viés retórico para legitimar discursos políticos.

Por isso, acolhendo a orientação do Tribunal de Contas da União (TCU), a Lei n.º 13.848/2019 previu a obrigatoriedade da Análise de Impacto Regulatório (AIR) como uma etapa que deve anteceder a adoção e as propostas de alteração de atos normativos pelas agências

4 - “Art. 3º natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.” (Lei n.º 13.848, de 25 de junho de 2019)



reguladoras.⁵ A própria AIR é um documento que deve estar presente durante a realização de consultas ou audiências públicas – aquelas de caráter obrigatório, e estas de cunho facultativo, por decisão do colegiado da agência reguladora.⁶

Enquanto a chamada consulta pública – objeto de reflexão do presente trabalho – seria instrumento cabível para a discussão relativa às minutas e às propostas de alteração de atos administrativos, a audiência pública teria por finalidade o debate de matérias consideradas relevantes para a sociedade, conforme é perceptível pela leitura do art. 9^o da nova Lei Geral das Agências Reguladoras, cuja *ratio legis* é uma clara tentativa de implementar a consulta pública como uma etapa necessária para a tomada de decisões nos moldes aludidos.

Embora seja de difícil interpretação a palavra “relevante”, que possui nitidamente um conteúdo indeterminado, não se pode olvidar que o objetivo do legislador quanto aos referidos dispositivos ilustra uma recente tendência em incluir e possibilitar, no maior grau possível, que os cidadãos dos mais diversos setores participem das decisões públicas capazes de impactar social e economicamente suas vidas – tal como ocorre no âmbito das mais diversas agências reguladoras (*v.g.*, ANEEL, ANATEL, etc.), estruturas fundamentais para a regulamentação setorial.

Tendência semelhante foi positivada pela conhecida Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n.º 101/2000) ao implementar a noção de orçamento participativo, isto é, de que deve haver um conjunto de mecanismos que forneçam à comunidade meios para influenciar o conteúdo dos orçamentos públicos por meio de sugestões de como devem ser utilizados os recursos públicos que compõem o erário, bem como sobre demais questões de ordem político-financeira – muito embora, infelizmente, pouco se tenha explorado na prática este instrumento de fomento de políticas públicas.

De toda sorte, o objetivo fundamental de tais mecanismos de participação popular, como a consulta e a audiência públicas, é combater a ideia do imaginário coletivo de que a legitimidade dos atos da Administração Pública decorreria única e exclusivamente da lei posta pelo legislador. Tal pensamento, que há muito serve para justificar comportamentos omissivos e atentatórios contra a razoabilidade, concorre para a construção de verdadeiras espécies de “núcleos autopoiéticos”⁸ dentro das instituições do Poder Público, que quase sempre ocultam, com base em formalismos injustificáveis, diversas práticas patrimonialistas que são aceitas passivamente pela sociedade, dada a ausência de diálogo com a população em geral.

5 - “Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.” (Lei n.º 13.848, de 25 de junho de 2019)

6 - “Art. 10. A agência reguladora, por decisão colegiada, poderá convocar audiência pública para formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante.” (Lei n.º 13.848, de 25 de junho de 2019)

7 - “Art. 9º Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.” (Lei n.º 13.848, de 25 de junho de 2019)

8 - No sentido de que a falta de comunicação com a sociedade faz com que os agentes públicos fiquem isolados e, em razão do insuficiente contato com a realidade coletiva, passem a agir com base em critérios próprios que não correspondem aos anseios populares, mas tão somente aquilo que traduzem como sendo adequado.

Desta feita, é possível verificar que, aliado à intenção do constituinte em consolidar um modelo gerencial de Administração Pública, almeja-se também colaborar para a construção de uma democracia participativa que garanta aos cidadãos, na prática, meios efetivos de participação nos atos decisórios do Estado – como ocorre acerca da consulta e da audiência públicas, novidades no âmbito da Lei n.º 13.848/2019. Conforme mencionado, as alterações normativas promovidas pelas agências reguladoras podem impactar diretamente as esferas dos particulares, em especial, na dos consumidores e usuários de serviços públicos.

Nesse sentido, tais anseios representam também uma tentativa de superação do modelo altamente burocrático de Administração Pública que ainda vigora no Brasil, cuja legitimação decorre apenas do cumprimento dos rigores formais estabelecidos pela exegese fria da lei. Não obstante, muitos dos atos administrativos emanados pelos agentes públicos, embora em aparente consonância com os parâmetros legais, podem destoar completamente dos princípios do interesse e da efetividade públicos – como será possível perceber pela leitura dos capítulos seguintes, uma vez que, tradicionalmente, há um total enfoque sobre as fórmulas em detrimento dos resultados esperados pelas normas jurídicas.

Posto que o legislador não o tenha feito expressamente, é inegável que a novidade da obrigatoria participação popular na tomada de decisões por meio da consulta pública prevista pela Lei das Agências Reguladoras reflete alguns dos ensinamentos basilares do filósofo e cientista político John Rawls. Uma leitura do instituto da consulta pública pela ótica da teoria rawlsiana pode contribuir sobretudo para a elucidação da *ratio legis* presente na Lei n.º 13.848/2019. Aliás, é possível também que colabore para a visualização de um caminho para construir, de forma paulatina, com base na moderna Teoria Política, uma democracia participativa no Brasil que seja capaz de garantir uma maior interação cidadã nas decisões da Administração Pública, implementando, assim, um controle social mais institucionalizado.

Entretanto, apesar do otimismo presente na perspectiva rawlsiana quanto à ampliação dos instrumentos participativos, não se pode olvidar que os temas e assuntos atinentes às agências reguladoras guardam a necessidade de um conhecimento prévio técnico-científico que, na maioria das vezes, os cidadãos – pautados pela mentalidade do homem médio e pelo senso comum – não possuem. Desse modo, torna-se questionável se, de fato, a consulta e a audiência públicas – em especial a primeira – serão capazes de estimular o desenvolvimento democrático, ou se, ao contrário, a intervenção popular não se mostra desejável no âmbito das agências reguladoras. De toda sorte, a fim de viabilizar tal análise, será necessária uma breve reflexão sobre as principais ideias do filósofo estadunidense John Rawls.

2. JOHN RAWLS E A RAZÃO PÚBLICA NO ÂMBITO DOS PROCEDIMENTOS PÚBLICOS DECISÓRIOS

Nascido em 21 de fevereiro de 1921, o filósofo e cientista político estadunidense John Bordley Rawls revolucionou o pensamento moderno com sua obra *Uma Teoria da Justiça*, de 1971, na qual sustentou que o conceito de justiça deve ser entendido em sentido político, que deve ser um sinônimo de prático. Não seria adequado se ater tão somente a ideais abstratos e irrealizáveis de justiça, dado que a compreensão de seu significado se mostra inviável dentro de uma lógica exclusivamente moral e distante da realidade (RAWLS, 2000, p. 241), assim como pensavam alguns filósofos não tão remotos.

Sobretudo, Rawls defendeu que também não seria possível construir um ideal de justiça social pautado tão somente por valores e normas postas por um legislador ideal supostamente representante da vontade popular, mas sim quando as instituições presentes na sociedade passarem a buscar o máximo de satisfação de seus membros, considerada a concomitante participação individual de todos eles (RAWLS, 2000, p. 25), de modo a refletir um verdadeiro pluralismo de ideias. Só dessa maneira seria possível buscar um regime que fosse essencialmente democrático.

Nesse sentido, as pessoas devem lidar com as questões sociais por meio do chamado véu da ignorância, que se trata de uma figuração proposta por Rawls na qual o sujeito que tomará determinada decisão pública deve ser capaz de prever todas as suas consequências aos mais diversos grupos e setores, porém, partindo de uma posição originária que desconsidera de pronto qual grupo ou setor ocupa ou irá ocupar. Nesse caso, haverá maior cautela ao decidir, o que não aconteceria no mundo real se, por exemplo, o sujeito não se importasse com as minorias sociais e também não integrasse nenhum grupo minoritário (RAWLS, 2000, p. 13-14).

Apesar disso, o filósofo estadunidense não desconhecia que as pessoas, em regra, possuem interesses opostos, algo que impede a uniformidade e a correspondência biunívoca de seus anseios. Contudo, com as instituições e os mecanismos adequados, Rawls entende que seria possível captar tais vontades com o escopo de promover a cooperação social entre elas e, por conseguinte, tornar mais eficazes as ações individuais, que se adequariam melhor ao caso concreto, o que culminaria na chamada justiça equitativa:

Na justiça como equidade, a sociedade é interpretada como um empreendimento cooperativo para a vantagem de todos. A estrutura básica é um sistema público de regras que definem um esquema de atividades que conduz os homens a agirem juntos no intuito de produzir uma quantidade maior de benefícios e atribuindo a cada um certos direitos reconhecidos a uma parte dos produtos. O que uma pessoa faz depende do que as regras públicas determinam a respeito do que ela tem direito de fazer, e os direitos de uma pessoa dependem do que ela faz. (RAWLS, 2000, p. 90).

Noutro giro, enquanto o pensador de *Königsberg*, Immanuel Kant, definira o imperativo categórico no sentido de que se deve agir de tal maneira que a máxima guiadora das ações possa se converter em princípio de legislação universal (KANT, 2004, p. 59), pautando-se, portanto, por uma espécie de fórmula, o filósofo John Rawls acredita que a justiça não poderia ser reduzida a um valor abstrato, porquanto seu conteúdo seria concreto, ou seja, variável histórica e culturalmente, de modo que a participação popular nas instituições políticas acaba por ser uma base da justiça (RAWLS, 2000, p. 643).

Desejava Rawls que o cidadão pudesse se portar como pessoa política apta a participar do debate público intersubjetivo sobre questões relevantes para toda a sociedade. Isso porque somente a argumentação pública plúrima seria capaz de fornecer justificações racionais às instituições, de modo a legitimá-las, visto que, do contrário, não haveria efetiva justiça, mas tão somente a igualdade formal entre os cidadãos, os quais, incapazes de participar da vida pública, ficam, em grande parte, excluídos dela (RAWLS, 2000, p. 5), o que não se mostraria suficiente para a consolidação de um regime democrático.

Por isso, Rawls pugnava pela distribuição dos bens primários e de oportunidades aos cidadãos, o que não significa, no entanto, que o filósofo fosse totalmente contrário à desigualdade econômica. Ele entendia que a discrepância social entre os indivíduos seria algo, em muitos casos,

natural, porquanto nem todos humanos possuem as mesmas capacidades para fins de gerar renda. Entretanto, incomodava Rawls não a desigualdade em si, mas a injustiça e, sobretudo, a ausência de igualdade de oportunidades entre os cidadãos, sendo este o *deficit* que o Estado, reconhecida a insuficiência do livre mercado, deveria suprir (RAWLS, 2000, p. 181).

Ponto nevrálgico da construção teórica de John Rawls é o conceito de racionalidade ou razão pública. Trata-se de um atributo segundo o qual as decisões e demais atos da vida pública devem ser justificados racionalmente pela sociedade conforme a participação de seus cidadãos, e não pela mera imposição da lei que, conquanto reflita, em tese, a existência de um Estado Democrático de Direito, não deve ser o único parâmetro para legitimar a atuação estatal, já que a população efetivamente não costuma participar da vida política:

O conceito de razão pública (*public reason*) está intimamente ligado ao fundamento de uma sociedade democrática justa. A razão pública se apresenta na teoria da justiça como imparcialidade como elemento central de sua composição, seja para aplicação no âmbito institucional, no ato da decisão das instituições públicas que são regulamentadas por uma Constituição democrática, seja no ato individual, da pessoa ao professar seus valores e realizar a defesa de seus interesses de maneira a exercer seu dever de civilidade. Para sua própria existência, essa razão necessita da virtude política, que é imprescindível para a construção de instituições políticas justas. (BONFIM, 2017, p. 210).

Nesse sentido, o pensador estadunidense define que uma democracia, para lograr o mínimo de eficiência e não ser um regime vazio e retórico (tal como infelizmente vem sendo, devido à perda da credibilidade das instituições democráticas), deve se pautar pela cooperação social, que pode ser entendida em três noções básicas:

1. A cooperação é distinta de uma atividade que fosse coordenada apenas socialmente, como, por exemplo, as ordens emitidas por uma autoridade central. A cooperação é guiada por regras publicamente reconhecidas e por procedimentos que aqueles que cooperam aceitam e consideram como regendo sua conduta com toda a razão.
2. A cooperação implica a idéia de que os seus termos são equitativos (*fair*), de que cada participante pode razoavelmente aceitá-los, com a condição de que todos os outros os aceitem igualmente. Os termos equitativos da cooperação implicam uma idéia de reciprocidade ou de mutualidade.
- [...]
3. A idéia de cooperação social exige que se tenha uma idéia da vantagem racional de cada participante, isto é, do seu bem. Essa idéia do bem especifica aquilo que todos os que estão envolvidos na cooperação procuram atingir, quer se trate de indivíduos, de famílias, de associações ou mesmo de Estados-nações, quando se considera o sistema do seu ponto de vista. (RAWLS, 2000, p. 214-215).

Assim, uma das únicas garantias de que as leis e demais frutos da interação humana serão capazes de refletir uma espécie de razão pública instituidora é a segurança de que, na maior medida, os cidadãos participarão dos processos decisórios ligados às escolhas sociais relevantes para o convívio da coletividade. A criação de espaços político-discursivos nas instituições, portanto, colabora para atenuar a histórica tensão entre a sociedade civil e o Estado (BOBBIO, 2007, p. 41-43), de modo a diminuir as fronteiras entre as esferas do público e do privado.



O cipoal de ideias do filósofo estadunidense parece se ligar umbilicalmente aos objetivos dos recentes institutos criados pela nova lei geral das agências reguladoras, conforme será analisado no próximo capítulo. As consultas públicas não só são passíveis de uma leitura rawlsiana como também possibilitam uma compreensão tanto sobre seus objetivos fundamentais – que consistem na utilização de um modelo de justificação racional das escolhas públicas por meio da participação popular – quanto no que concerne à importância nevrálgica de tais mecanismos de controle social para que se possa instituir um regime mais democrático no país.

3. A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO ÂMBITO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E OS VÁRIOS PERCALÇOS PARA SE ERIGIR UM PROCESSO DE JUSTIFICAÇÃO RACIONAL DAS DECISÕES PÚBLICAS

Com base no exposto, tornar-se-á possível realizar uma espécie de projeção dos ideais do filósofo John Rawls acerca do instituto da consulta pública, de modo a demonstrar a sua proximidade com a *ratio legis* que orienta a Lei n.º 13.848/2019. Poder-se-á verificar que a ótica rawlsiana favorece uma perspectiva otimista da novidade legislativa para que se possa incrementar, a longo prazo, a possibilidade de se construir uma democracia participativa no Brasil por intermédio de estímulos para que o homem médio assuma uma postura política mais ativa e crítica diante da Administração Pública.

Entretanto, o ideário de John Rawls e as intenções democráticas da consulta pública também devem ser contrastados com a realidade material subjacente, haja vista que a idílica visão que resulta dos ensinamentos do filósofo encontra inexoráveis obstáculos de ordem prática. Tal constatação evidencia que, não obstante os louváveis esforços do legislador em aumentar os espaços de debate nas agências reguladoras, o instituto ainda enfrentará diversos desafios para se tornar um meio efetivo de justificação racional das decisões públicas. Dessa forma, de início, ressaltar-se-á as virtudes da consulta pública e, em seguida, far-se-á uma análise realista da novidade com base nas peculiaridades do cenário sociopolítico brasileiro.

Basilar dos sistemas jurídicos modernos, o princípio da legalidade estipula a previsão de formalidades e procedimentos para o exercício das funções dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, possibilitando a legitimação do agir estatal por meio de sua racionalização em formas legais (WEBER, 2000, p. 23). Afinal, tradicionalmente, constitui-se como *topoi* da doutrina a noção de que, ao contrário do Direito Privado – no qual se pode determinar a conduta conforme a lei não proíbe –, o Direito Administrativo exige a autorização legislativa para a atuação do Estado (MEIRELLES, 2016, p. 93).

Contudo, apesar de a lei ser considerada uma forma de expressão da vontade popular, na prática, é sabido que muitos agentes do Estado se valem dos parâmetros legais para promover seus próprios desígnios em total detrimento da concretização do interesse público.⁹ Aliás, nisso reside, em grande parte – como já explicado –, a justificativa histórica para a criação das agências

9 - Neste sentido, convém relembrar a clássica obra *Os Donos do Poder*, de Raymundo Faoro, na qual o jurista, refletindo acerca dos males do patrimonialismo, asseverou que: “sobre a sociedade, acima das classes, o aparelhamento político – uma camada social, comunitária embora nem sempre articulada, amorfa muitas vezes – impera, rege e governa, em nome próprio, num círculo impermeável de comando. Esta camada muda e se renova, mas não representa a nação, senão que, forçada pela lei do tempo, substitui moços por velhos, aptos por inaptos, num processo que cunha e nobilita os recém-vindos, imprimindo-lhes os seus valores.” (FAORO, 2001, p. 824)

reguladoras, dado que o legislador buscou um meio de diminuir a interferência política e partidária no âmbito de tais pessoas jurídicas, a fim de permitir que operem de maneira técnica e contribuam para fomentar o cenário econômico do Brasil e defender a livre concorrência.

Entretanto, seria ingênuo acreditar que a neutralidade está presente no âmbito das agências reguladoras. Isso porque seus dirigentes, ainda que exerçam as respectivas funções por mandato a termo e não exonerável *ad nutum*, não necessariamente visam o interesse público – o que também não é garantido em relação aos demais integrantes de tais pessoas jurídicas. Por tal motivo, o Poder Legislativo optou por incluir na Lei n.º 13.848/2019 dois meios de controle externo das minutas e das propostas de alteração dos atos normativos. Entre eles, destaca-se, para fins do presente trabalho, a consulta pública, que se constituiu como uma etapa obrigatória para operar mudanças na regulamentação quando há interesses gerais dos agentes econômicos.

Num primeiro momento de análise, observa-se que a obrigatoriedade da realização de consulta pública perante as agências reguladoras é uma medida que parece também impulsionar a cidadania. Há muito os juristas e doutrinadores concentram toda a atenção apenas na democracia política, esquecendo-se da enorme importância em promovê-la também na seara administrativa (MEDAUAR, 1986, p. 38). Ora, ao considerar que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, o Poder Constituinte Originário pretendeu que os valores democráticos se inserissem nas mais diversas esferas possíveis, de modo a incluir os espaços decisórios da Administração Pública.¹⁰

Por conseguinte, a participação popular é uma garantia de que os agentes públicos não irão subverter as expectativas que lhes foram atribuídas pelos cidadãos (LARENZ, 1985, p. 151). Se é certo que a legitimidade pressupõe a legalidade, não pode a lei se converter em mero formalismo incapaz de traduzir os anseios sociais, tampouco em ferramenta para que os dirigentes do Estado instrumentalizem os seus interesses ao próprio alvedrio. É imprescindível que a lei reflita, o máximo possível, os anseios populares, sendo que a participação no processo por meio do qual se dá a gênese normativa é um dos meios mais seguros de lhe atribuir legitimidade (DINAMARCO, 1996, p. 132).

Nesse sentido, conforme já explicado, a tendência adotada pela Lei n.º 13.848/2019 permite que o instituto da consulta pública se torne um mecanismo de democratização por meio do qual os indivíduos que integram a sociedade possam participar da criação, manutenção ou extinção dos atos normativos que possuam interesse geral no contexto das agências reguladoras. Trata-se de atos que impactam o mercado e os agentes econômicos,¹¹ apresentando, pelo menos em teoria, uma relevante ruptura com o modelo passivo de comportamento político que ainda prevalece na sociedade brasileira. Também se trata de uma ferramenta importante para que as normas jurídicas engendradas encontrem respaldo numa razão pública, nos termos da filosofia rawlsiana.

10 - No mesmo sentido: “a Constituição pátria de 1988 trata de parte considerável da atividade administrativa, no pressuposto de que o caráter democrático do Estado deve influir na configuração da Administração, pois os princípios da democracia não podem se limitar a reger as funções legislativa e jurisdicional, mas devem também informar a função administrativa.” (GRINOVER, 1991, p. 11-12). Considerando que os valores da democracia devem transcender as fronteiras políticas, veja-se também: (CANOTILHO, 1992, p. 65).

11 - Que são indivíduos, grupos ou entidades capazes de influenciar ou, de algum modo, alterar o estado de coisas da ordem econômica, tal como famílias, empresas, o Estado, etc.



Ademais, partindo-se de tal perspectiva otimista de John Rawls, combinada com a moderna Teoria Política, é possível verificar que a maior participação do povo no âmbito das agências reguladoras é uma medida que poderá provocar efeitos benéficos a longo prazo para a democracia brasileira. Os cidadãos tomarão uma postura mais proativa perante o Poder Público, de maneira que gradualmente passarão a reconhecer a capacidade do poder popular em influenciar de modo concreto os processos decisórios envolvendo as questões públicas,¹² contribuindo, portanto, para edificar uma certa espécie de cultura da participação política, bem como para diminuir as fronteiras entre a sociedade civil e o Estado (DI PIETRO, 1993, p. 32).

Em geral, na moderna Teoria da Democracia Participativa, entende-se que um dos modos mais efetivos de se estimular uma postura política mais ativa por parte da população, embora sem pretensões de atingi-la em sua totalidade, é o incremento da vida política dos cidadãos. Não se mostra crível que, somente com o ato de votar, eles adquiram as noções necessárias para compreenderem a nevrálgica importância de suas participações nos mais diversos ramos da vida pública, cuja consciência é o verdadeiro caminho para construir um senso político coletivo (MILL, 2006, p. 65), sendo útil para tanto toda forma de influenciar no exercício da função pública pelo Estado, ainda que de modo sutil.

Por óbvio que seria idílico e utópico imaginar que o implemento do instituto da consulta pública faria com que a democracia brasileira se transfigurasse num modelo de plena participação política próximo àquele que existiu em Atenas, na Grécia Antiga. Tal feito não seria passível de repetição nem mesmo se vigorasse no Brasil uma absoluta democracia participativa, haja vista que, conforme aponta a moderna Teoria Política, é mais correto e sobretudo realista compreender que a maioria da população não demonstrará interesse em se manifestar politicamente,¹³ mas apenas alguns grupos o farão, desde os que representam os interesses operários aos eminentemente elitistas.

A tentativa de inserir a participação popular no âmbito das agências reguladoras é um desses mecanismos para que os cidadãos, de forma paulatina, passem a entender a relevância de uma postura mais crítica e incisiva perante a Administração Pública. Trata-se de algo que, a longo prazo, irá contribuir para que o mesmo pensamento seja aplicado às eleições e à fiscalização dos políticos eleitos pelos brasileiros sob a perspectiva do *accountability*, gerando um imenso ganho social para o país – que há muito sofre com problemas relacionados à miséria e à corrupção. Sem contar que também é um modo de fazer com que a população se torne parte do processo normativo das agências reguladoras.

12 - Trata-se, sobretudo, de permitir que as parcelas não integrantes da elite possam influenciar nas decisões públicas: “A abertura de espaços à participação popular direta é importante, entre outros motivos, como forma de redistribuição do capital político – ou, para utilizar um linguajar mais up-to-date, como forma de “empoderamento” dos cidadãos comuns, que ganhariam tanto graus de autonomia em sua vida cotidiana quanto qualificação para melhor dialogar com seus representantes. É a participação que pode ampliar seus horizontes, dar a eles o entendimento da lógica da política, torná-los mais capazes de intervir de maneira consciente, até mesmo estratégica, na formulação de seus próprios interesses.” (MIGUEL, 2017, p. 110).

13 - Neste sentido, assevera-se que: “a população relativamente homogênea de cidadãos unidos por laços comuns à cidade, língua, raça, história, mitos, deuses e religião, a qual era uma parte tão manifesta da visão de democracia da antiga cidade-Estado, tornou-se algo impossível, para todos os efeitos práticos.” (DAHL, 2012, p.344-345). Trata-se de uma consequência moderna praticamente inevitável, porquanto: “a escala social aumenta, cada pessoa necessariamente conhece e é conhecida por uma proporção cada vez menor de todas as outras. Na verdade, cada cidadão é um estranho para um número cada vez maior de outros cidadãos. Os laços sociais e o conhecimento pessoal entre os cidadãos cedem à distância social e ao anonimato. Nessas circunstâncias, os direitos pessoais vinculados à cidadania – ou simplesmente à condição de pessoa – podem assegurar uma esfera de liberdade pessoal que a participação nas decisões políticas não pode.” (DAHL, 2012, p.349)

Nesse sentido, a moderna Teoria da Democracia Participativa vem sustentando que todo tipo de “treinamento” é vantajoso para acarretar a alteração da mentalidade coletiva, como o estímulo no ambiente de trabalho (e nas instituições sociais em geral, como a família) para que os empregados e operários tenham um maior espaço de participação. Essa mudança da consciência coletiva funcionaria como uma preparação para a vida pública por meio do desenvolvimento de uma espécie de senso de eficácia política, que é algo escasso atualmente:

As pessoas com senso de eficácia política têm mais probabilidade de participar de política do que aquelas que carecem desse sentimento, e se descobriu também que subjacente ao senso de eficácia política está uma sensação geral de eficiência pessoal, que envolve autoconfiança na relação do sujeito com o mundo. As pessoas que se sentem mais eficientes em suas tarefas e desafios cotidianos têm mais probabilidade de participar em política, e Almond e Verba disseram que de muitas maneiras, a convicção na própria competência é uma atitude política decisiva. (PATEMAN, 1992, p. 66)

A intervenção dos cidadãos no âmbito das agências reguladoras também serviria para romper com a visão de que, uma vez eleitos, os membros do Executivo devem indicar seus representantes para que administrem a *res publica* como bem entenderem, sem a devida observância dos anseios populares. Sobretudo, a ideia de que a participação administrativa é um meio de aproximar o conteúdo das decisões tomadas ao interesse público se faz presente na própria essência do Direito Administrativo (MEDAUAR, 1992, p. 216), já que tal ramo deve ser concebido pela ótica dos princípios do Estado Democrático de Direito.

Ao encontro do que propõe a Teoria da Democracia Participativa, de início, é possível observar que a imposição da consulta pública como etapa anterior à elaboração de alterações normativas relevantes pelas agências reguladoras aumenta a sensação coletiva de que a opinião popular deve contribuir para influenciar na concepção dos atos normativos. Além disso, aumenta-se a confiança de que a participação pública pode provocar mudanças, o que, a longo prazo, conforme já explicado, também poderá se estender para os mais diversos setores da vida pública, de modo a estimular uma mentalidade política mais autônoma.¹⁴

Desse modo, além de colaborar para a construção de uma democracia participativa no Brasil, a aproximação popular em relação às agências reguladoras incentiva uma maior responsabilidade dos dirigentes e demais integrantes de tais pessoas jurídicas para que os atos normativos efetivamente reflitam, em tese, o interesse público – isto é, nos termos de Rawls, possam ser justificados de maneira racional –, e não meramente os anseios classistas e elitistas frutos de *lobby* político-econômico por banqueiros e pelos grandes empresários. Os cidadãos passariam não só a conhecer melhor os processos decisórios como também se tornariam um mecanismo integrante de seu funcionamento.

Além de tais pontos, convém salientar que deverá ser objeto de escrutínio pela população a Análise de Impacto Regulatório (AIR) das modificações pretendidas, que integrará os documentos disponibilizados para manifestação, conforme inteligência do art. 6º, § 4º, da Lei n.º 13.848/2019.¹⁵

14 - Por isso, para tal Teoria, mostra-se fundamental que exista todo um estado de coisas favorável ao estímulo de uma postura mais ativa por parte do cidadão, motivo pelo qual os institutos da consulta e da audiência públicas se mostram promissores quanto à tarefa de auxiliarem na construção de uma democracia participativa no Brasil. No mesmo sentido, quanto ao ambiente de trabalho: “se alguém quiser se autogovernar, digamos, no local de trabalho, então certamente serão necessárias algumas qualidades psicológicas. Por exemplo, a convicção de que alguém pode se autogovernar certamente parece exigir confiança na própria capacidade de participar responsável e efetivamente e de controlar a própria vida e o ambiente.” (PATEMAN, 1992, p. 66)



Tal previsão mostra-se acertada, haja vista que a AIR é um instrumento muito útil para o estudo das consequências e dos custos da manutenção, da criação ou da extinção de determinada norma ou proposta, e já era empregada até mesmo em outros Estados Nacionais.¹⁶

Por ser fundamental para o planejamento, a previsão legal do ato de disponibilizar a Análise de Impacto Regulatório para manifestação popular também estimula, em certa medida, o desenvolvimento de uma cultura do orçamento participativo – algo muito valioso para a Lei de Responsabilidade Fiscal,¹⁷ pois ajuda a coibir a ocorrência de despesas públicas inúteis, além de constituir uma medida profilática contra a corrupção. Afinal, quanto maior a liberdade de participação política pelos cidadãos, menor o espaço para que o Poder Público se faça tirano e vilipendie os direitos e garantias fundamentais (ARENDT, 1988, p. 194-195), uma vez que a transparência e a fiscalização aumentam consideravelmente.

Conforme visto, as consultas públicas serão realizadas previamente às decisões das agências reguladoras, devendo ainda ser publicadas no Diário Oficial da União e disponibilizadas no *site* da agência que realiza a consulta,¹⁸ com prazo de duração mínima de 45 dias. Após o término, dentro de 10 dias úteis, serão acrescidas no mesmo *site* as manifestações dos consumidores e demais destinatários da participação popular,¹⁹ a fim de permitir maior amplitude e alcance possíveis.

Não obstante, a fim de evitar que as manifestações dos mais diversos setores sociais sejam ignoradas e se tornem uma espécie de formalidade inútil para a tomada de decisões por parte das agências reguladoras, a Lei n.º 13.848/2019, em seu art. 9º, §5º, prevê que o posicionamento das agências será adicionado aos *sites* em até 30 dias úteis após a reunião para deliberação final sobre a matéria.²⁰ Apesar disso, tal dispositivo gerou diversas críticas pela doutrina:

15 - <?> “Art. 6º (...) § 3º O conselho diretor ou a diretoria colegiada manifestar-se-á, em relação ao relatório de AIR, sobre a adequação da proposta de ato normativo aos objetivos pretendidos, indicando se os impactos estimados recomendam sua adoção, e, quando for o caso, quais os complementos necessários.

§ 4º A manifestação de que trata o § 3º integrará, juntamente com o relatório de AIR, a documentação a ser disponibilizada aos interessados para a realização de consulta ou de audiência pública, caso o conselho diretor ou a diretoria colegiada decida pela continuidade do procedimento administrativo.” (Lei n.º 13.848, de 25 de junho de 2019)

16 - Neste sentido: “[...] No Reino Unido, avaliações de impacto são utilizadas para praticamente todas as intervenções governamentais que afetam o setor privado, os serviços públicos e o terceiro setor, independentemente da origem, doméstica ou internacional. São processos contínuos que integram a elaboração de políticas, desde o primeiro estágio, quando se verifica uma questão ou desafio e se analisam alternativas em resposta, prosseguem durante o processo de consulta pública e de elaboração de minutas de atos normativos até sua implementação e acompanhamento de performance.” (GONÇALVES, 2018, p. 143).

17 - Como se pode perceber pela leitura do art. 48 da LRF: “Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.” (Lei Complementar n.º 101, de 04 de maio de 2000)

18 - “Art. 9º: (...) § 2º Ressalvada a exigência de prazo diferente em legislação específica, acordo ou tratado internacional, o período de consulta pública terá início após a publicação do respectivo despacho ou aviso de abertura no Diário Oficial da União e no sítio da agência na internet, e terá duração mínima de 45 (quarenta e cinco) dias, ressalvado caso excepcional de urgência e relevância, devidamente motivado.” (Lei n.º 13.848, de 25 de junho de 2019)

19 - “Art. 9º: (...) § 4º As críticas e as sugestões encaminhadas pelos interessados deverão ser disponibilizadas na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 10 (dez) dias úteis após o término do prazo da consulta pública.” (Lei n.º 13.848, de 25 de junho de 2019)

20 - “Art. 9º: (...) § 5º O posicionamento da agência reguladora sobre as críticas ou as contribuições apresentadas no processo de consulta pública deverá ser disponibilizado na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 30 (trinta) dias úteis após a reunião do conselho diretor ou da diretoria colegiada para deliberação final sobre a matéria.” (Lei n.º 13.848, de 25 de junho de 2019)

O direito de resposta à petição é indissociável do direito de petição. O fato de as contribuições públicas não serem uma espécie de petição tão usual e não terem tanta tradição quanto a petição inicial de uma ação judicial, por exemplo, não quer dizer que não constituam espécie de um mesmo instituto, materialmente falando. Tendo isso em vista, essa possibilidade de motivação *a posteriori* trazida pela nova Lei das Agências demonstra-se bastante discutível. (ARAGÃO, 2020, p. 17)

Não se mostra suficiente a publicidade das críticas e sugestões; é necessário ainda que as agências reguladoras respondam aos usuários e aos demais agentes econômicos que se manifestaram por meio das consultas públicas, sobretudo, por imposição dos princípios da motivação e da transparência pública. Afinal, mostrar-se-ia inócua a tentativa de instituir uma maior participação democrática no âmbito decisório de tais autarquias se o Poder Público não precisasse apresentar nenhuma justificativa às opiniões e às críticas apresentadas pelos cidadãos, o que esvaziaria a eficácia do instrumento de colóquio institucional criado pela lei.

De forma diligente, o legislador também admitiu que as agências reguladoras poderiam apresentar outros mecanismos de participação popular em seus regimentos internos, conforme se pode perceber pela leitura do art. 11 da Lei n.º 13.848/2019,²¹ o que aumenta potencialmente as oportunidades dos cidadãos em influenciarem na produção das normas no âmbito de tais pessoas jurídicas.

Destarte, o incremento da participação popular por meio da consulta pública no âmbito decisório das agências reguladoras também auxilia no fato de que as pessoas terão maior conhecimento das normas criadas. Seus graus de legitimidade tendem a ser maiores, de modo a constituir, pelo menos em teoria, no âmbito de tais agências, aquilo que John Rawls costumava denominar de sistema público de normas, visto que o cidadão que participa das instituições passa a conhecer melhor suas normas e aquilo que se exigirá dele, bem como em relação às outras pessoas (RAWLS, 2000, p. 68).

Trata-se de conferir efetiva publicidade aos atos normativos, haja vista que o cidadão hodierno dificilmente conhece e entende com precisão as principais leis brasileiras.²² Sem contar que se trata de um interessante mecanismo de controle externo das agências reguladoras, de modo a diminuir a corrupção e estimular o debate democrático em um aspecto que é naturalmente participativo:

Exercitar o ato de dar e pedir razões, não somente de dar e aceitar razões, mas de cobrar, fiscalizar e verificar a legitimidade de dada decisão com base na justificação pública das instituições democráticas é parte do dever de civilidade e constitui papel central da razão

21 - “Art. 11. A agência reguladora poderá estabelecer, em regimento interno, outros meios de participação de interessados em suas decisões, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas, aplicando-se o § 5º do art. 9º às contribuições recebidas.” (Lei n.º 13.848, de 25 de junho de 2019)

22 - Convém rememorar a figuração proposta pelo filósofo Thomas Morus de que, na perfeita sociedade de Utopia, todas as pessoas conheceriam as leis, de forma a tornar inócua a profissão de advogado – cuja existência é, segundo o filósofo, a mais clara demonstração de que as normas jurídicas de uma sociedade não são suficientemente claras ao homem médio : “[...] além disso, não há advogados no país, pois esses espertalhões que manipulam os processos e distorcem as leis não teriam com que ocupar-se em Utopia. É melhor, pensam eles [os cidadãos], que cada um defenda a sua própria causa e conte ao juiz exatamente o mesmo que teria contado a um advogado. Em tais circunstâncias, o número de ambiguidades é muito menor, as dúvidas são esclarecidas mais facilmente e o caminho até a verdade muito mais curto – pois, se ninguém contar as mentiras que aprende com os advogados, o juiz poderá avaliar os fatos com muito melhor senso e ponderação, e proteger os ingênuos contra as investidas inescrupulosas dos velhacos e embusteiros.” (MORUS, 1979, p. 123-124)

pública. Do ponto de vista normativo constitucional, a construção do sentido normativo para as práticas sociais deve ser feita através do uso da racionalidade que passa pelo crivo da intersubjetividade. (BONFIM, 2017, p. 210)

Assim, é possível verificar que os mecanismos de participação social instituídos pela Lei n.º 13.848/2019 no âmbito das agências reguladoras coadunam com uma leitura rawlsiana da justificação racional das instituições públicas. Torna-se possível favorecer, por tal perspectiva, o implemento de uma democracia participativa que possibilite ao cidadão influenciar diretamente sobre regulamentações capazes de impactar o mercado e as relações entre os demais agentes econômicos da sociedade, colaborando para que surjam brasileiros mais críticos e preparados para exercer com efetividade seus direitos políticos.

Por outro lado, apesar das consequências positivas previstas pela ótica rawlsiana, não se pode olvidar que a consulta pública se insere num contexto social muito mais complexo. Isso porque as decisões tomadas pelas agências reguladoras envolvem uma série de conhecimentos técnicos que a população não possui. A abertura dos espaços de diálogo poderá dificultar a exigência técnico-científica esperada por tais agências, dado que uma norma democraticamente eleita nem sempre será a melhor em termos práticos – além do fato de que muitas regras emanadas possuem nítido caráter antipopular –, dificultando, portanto, que as opiniões do povo sejam pragmaticamente viáveis.

Nesse sentido, recentemente, a ANATEL instaurou a Consulta Pública n.º 23, cujo prazo para participação foi de 11 de maio de 2021 a 28 de junho do mesmo ano, e o tema tratava sobre a regulamentação da faixa de 4.800-4.990 MHz, constante do Item n.º 16 da Agenda Regulatória para o biênio 2021-2022.

Em síntese, o objetivo principal da alteração proposta é a atualização das destinações e condições de uso da faixa, haja vista que o advento da atual tecnologia do 5G demanda um maior tráfego de dados por dispositivos móveis. Por óbvio, uma ínfima parcela da população teria de fato as informações necessárias para opinar sobre o assunto (certamente, os empresários e agentes econômicos que possuem interesse direto no ato de regulamentação), pois é nítido que o debate diz respeito a questões de ordem eminentemente técnica.

Ademais, os anseios da Teoria da Democracia Participativa tendem a desconsiderar as diferenças estruturais existentes na sociedade. É pouco provável que a população pobre efetivamente participe das consultas públicas, dada a falta de interesse e, até mesmo, de conhecimento acerca da possibilidade de participar. Noutro giro, há uma tendência das elites, à semelhança do que já ocorre na democracia política, em monopolizar os debates no âmbito da Administração Pública.²³ Por esse histórico, é crível que a consulta pública realizada contará, em sua maioria, somente com as opiniões de pequenos grupos de empresários e agentes econômicos diretamente afetados pelas regulamentações, excluindo-se trabalhadores e consumidores no geral.

23 - Sobre as influências do capitalismo na participação política: “O desenvolvimento das forças produtivas e da organização burocrática no capitalismo acarretou, porém, a reestruturação do mundo da vida, em geral, e da esfera pública, em particular, que passariam a ser colonizados pela razão sistêmica do poder econômico e do poder político, representando, respectivamente, os subsistemas da produção tecnificada e do Estado burocratizado. Sobressai, então, uma lógica coercitiva, de racionalidade cognitivo-instrumental, na qual o poder e seus recursos sobrepoem-se à razão que, por sua vez, teria conduzido o projeto moderno iluminista.” (HOROCHOVSKI; CLEMENTE, 2012, p. 129-130).

Por consequência, as modificações normativas promovidas serão um verdadeiro reflexo dos interesses dos grupos sociais que concentram a maior parte do poder econômico. Afinal, o Direito, como parcela da superestrutura construída pela sociedade, guarda os mesmos liames genéticos da infraestrutura brasileira, que é marcada pelas discrepâncias entre as classes mais ricas e as pobres (FALBO, 2012, p. 33-34). Portanto, é natural que o instituto da consulta pública, inserido nessa dinâmica da desigualdade social, acabe por reproduzi-la nas regulamentações produzidas pelas agências reguladoras.

A expectativa de obter um processo de racionalização das escolhas públicas é ainda mais arrefecida quando se constata que a consulta pública não vincula, *prima facie*, as decisões que serão tomadas pelas agências – desde que sejam apresentados os motivos *a posteriori*. Ou seja, a rigor, mesmo que o povo efetivamente participasse por meio de críticas e sugestões, o Poder Público ainda poderia, em termos pragmáticos, rejeitar a opinião popular, demonstrando que o instituto em análise pode se converter em um mecanismo de pseudoparticipação. Basta recusar as sugestões e fornecer uma justificativa minimamente razoável para que não haja afronta à Lei n.º 13.848/2019.

Aliás, embora positivada em 2019 nos atuais moldes, a consulta pública ainda não se tornou um meio de participação administrativa conhecido pela população. Não se faz uma ampla difusão do fato de que os indivíduos podem influenciar na formulação das normas reguladoras, evidenciando-se que, não obstante tal consulta ocorra, é seletivo o grupo de pessoas que dela participa – parcelas que, por certo, já se encontram engajadas em termos políticos e não necessitam de “treinamentos prévios”.

Também há de ser cética a crença sobre a possibilidade de a consulta pública vir a estimular os cidadãos a adotarem uma postura política mais ativa, haja vista que a Teoria da Democracia Participativa de Carole Pateman vislumbra que a participação deve se difundir nas mais variadas esferas sociais para que seja viável perceber um resultado positivo a longo prazo, não sendo suficiente a mera positivação do instituto – por mais louváveis que sejam suas intenções. É quase impossível que a consulta pública possua eficácia pedagógica e política ante um povo que padece de inúmeros problemas. A preocupação em sobreviver diariamente obnubila a importância da participação no âmbito do Poder Público.

Não obstante, engendra-se um verdadeiro ciclo: o povo comum, preocupado com suas obrigações pessoais e hodiernas, não consegue influir na nomogênese que ocorre nas agências reguladoras. Por não participar de fato deste processo – tampouco dos demais –, dá azo para que os integrantes da elite se apropriem dos espaços de consenso criados e possam reforçar ainda mais a marginalização das parcelas mais pobres. As normas emanadas tenderão a atender aos interesses da burguesia em detrimento das classes trabalhadoras e consumeristas, dificultando ainda mais as vidas da massa e diminuindo as chances de que a população em geral participe desses processos democráticos.

Ainda é possível somar a tal estado de coisas as dificuldades inerentes aos temas tratados nas consultas públicas. Alguns deles são capazes de provocar variadas divergências até mesmo entre os mais renomados cientistas. No caso da já citada Consulta Pública n.º 23 da ANATEL, por exemplo, o problema inicial para os populares seria conseguir navegar no site. Muitas pessoas não possuem sequer o acesso à *internet* e, não bastasse isso, a plataforma não é intuitiva ou tampouco



amigável aos internautas, complicando sobremaneira as chances de que um cidadão comum, que trabalha por inúmeras horas a fim de obter o sustento familiar, sinta-se estimulado a opinar sobre o assunto.

No mesmo sentido é a Consulta Pública n.º 28 da ANEEL, realizada de 27 de maio de 2021 a 12 de julho do mesmo ano, versando sobre o tema da alteração das Regras de Comercialização de Energia Elétrica em vista das diretrizes regulatórias relativas ao deslocamento hidrelétrico motivado por geração termelétrica inflexível. Como se pode perceber, trata-se de um assunto demasiadamente específico e que não está presente no dia a dia do homem médio.

Para que possa fazer uma eventual contribuição, o popular precisaria enviar um e-mail para o endereço eletrônico disponibilizado no *site* da ANEEL. Porém, para compreender melhor a proposta, deverá ler a AIR que consta em anexo e que apresenta as consequências da regulamentação. O documento é de fato ininteligível para o cidadão comum, pois versa sobre uma série de dados técnicos que demandam um conhecimento mínimo sobre matrizes energéticas, engenharia, economia e finanças públicas para a correta compreensão do tema do deslocamento hidrelétrico motivado por geração termelétrica inflexível.

Ademais, os meios de comunicação praticamente não tratam sobre as consultas públicas que são disponibilizadas pelas diversas agências reguladoras. Não se verifica uma efetiva publicidade sobre tal instrumento democrático, cuja utilização acaba por ficar restrita aos já aludidos grupos que possuem interesse no objeto que será regulamentado. Dessa forma, a ideia da consulta pública se mostra mais um argumento retórico para legitimar as decisões tomadas no âmbito das agências que um mecanismo real de participação popular. A maioria dos cidadãos sequer tem conhecimento de que eventualmente podem apresentar sugestões e críticas às minutas e documentos afins que são publicados nos *sites*.

A perspectiva de John Rawls de erigir uma razão pública nos procedimentos decisórios encontra, portanto, inúmeros entraves diante da complexa realidade brasileira. O instituto da consulta pública, embora promissor em termos potenciais e abstratos, seja em razão do desconhecimento pelos populares, seja por se encontrar monopolizado por pequenos grupos de interesses muitas vezes contrapostos aos da sociedade, não vem logrando êxito em fornecer um preparo adequado para fortalecer no homem médio o sentimento de que sua participação nos âmbitos decisórios da vida pública – e sobretudo nas agências reguladoras – é importante e pode contribuir, a longo prazo, para o incremento da intervenção popular e, conseqüentemente, para que se desenvolva uma democracia participativa no Brasil.

4. CONCLUSÃO

De início, convém salientar que a tecnicidade exigida pelas agências reguladoras não implica dizer que o instituto da consulta pública deva ser descartado, haja vista que a novidade legislativa representa um ganho democrático inestimável para todos os brasileiros. Também não se pode negar que os ensinamentos de John Rawls constituam uma ótima diretriz, em conjunto com a moderna Teoria da Democracia Participativa, para que se possa promover um processo de racionalização das decisões da Administração Pública. Contudo, seria ingênuo desconsiderar todos os entraves presentes na realidade brasileira em proveito das boas intenções que o legislador infraconstitucional teve ao positar a Lei n.º 13.848/2019.

O diploma em questão resultou de um esforço legislativo em solucionar os diversos problemas ligados à operação e ao funcionamento das agências reguladoras, de modo a permitir que exerçam suas atividades com maior eficiência e segurança jurídica. No mesmo átimo, positivaram-se os institutos da consulta e da audiência públicas, cuja *ratio essendi* consiste em introduzir o elemento da participação popular nos processos decisórios de tais agências que se mostrem aptos a irradiar consequências de elevado valor social para os consumidores e outros agentes econômicos como um todo.

De fato, a *ratio legis* pretendida pelo legislador possui uma alta proximidade com o ideário do filósofo John Rawls, que permite não apenas uma compreensão mais apurada de tais institutos como também contribui para um entendimento mais amplo das suas finalidades. Para muito além de instrumentos de justificação racional das escolhas públicas, as consultas públicas previstas pela Lei n.º 13.848/2019 funcionam, pelo menos em teoria, como uma espécie de treinamento para que os cidadãos desenvolvam uma postura política mais ativa.

Ocorre que, na prática, o instituto em questão exige dos populares um conhecimento técnico muitas vezes de alta especificidade. Sabe-se que o cidadão comum, que quase sempre possui uma baixa instrução escolar, não consegue sequer entender do que se trata a proposta que pretende alterar o ato normativo, tampouco se interessa pelo tema – dada sua complexidade. Somente um pequeno grupo de empresários e agentes econômicos efetivamente buscam participar da consulta pública, cujo resultado tenderá a refletir os anseios da classe política dominante em detrimento dos diversos trabalhadores e consumidores em geral, reproduzindo na superestrutura a desigualdade presente na base social.

É inegável concluir que, mais uma vez, um instrumento de participação popular neutro se tornou um móvel para que a elite realize suas pretensões (assim como ocorre no cenário político em geral), mas isso não significa dizer que a consulta pública seja inútil ou tampouco, maléfica. Afinal, de qualquer forma, é certo que as classes dominantes acabariam por exercer – com ou sem consulta pública – sua influência na nomogênese normativa das agências reguladoras. Numa visão otimista, pode-se afirmar que, com as consultas públicas, há, pelo menos potencialmente, a possibilidade de que os grupos menos favorecidos possam opinar sobre as alterações propostas por tais autarquias.

Tanto maior será a probabilidade de se construir uma cultura da participação política na sociedade quanto mais oportunidades e mecanismos de influência popular em geral se mostrarem disponíveis ao homem médio. Para isso, é de suma importância que tais meios sejam conhecidos pela população em geral, dado que a consulta pública, sem pretender exageros, é quase que de ordem esotérica. A Análise de Impacto Regulatório, por exemplo, possui uma linguagem extremamente técnica e sobretudo ininteligível à maioria das pessoas, de modo que seria no mínimo interessante que tais agências fornecessem uma versão mais simplificada da AIR e até mesmo da proposta de alteração que é objeto da consulta.

Também seria oportuno que as mídias e os meios de comunicação ajudassem a difundir a consulta pública a fim de que ela se faça presente no imaginário coletivo, de modo a ensinar as ideias básicas do instituto, bem como fornecer instruções para que os cidadãos possam participar e, desta forma, consigam apresentar suas manifestações no *site* ou e-mail da agência reguladora. No atual cenário, pouco ou nunca se fala sobre o tema, prejudicando a eficácia do instituto, além de torná-lo praticamente um monopólio das classes políticas dirigentes.



Para além de um mero mecanismo de controle social, as consultas públicas previstas pela Lei n.º 13.848/2019 foram desenhadas para atender a objetivos muito maiores, como é possível perceber por meio de uma interpretação baseada nos ensinamentos de John Rawls. Trata-se de permitir a justificação racional das escolhas públicas pelos cidadãos, além de ser uma garantia mais elevada de que os atos e as normas decorrentes das agências reguladoras efetivamente sejam capazes de refletir as necessidades sociais vigentes, o que, a longo prazo, em conjunto com outros esforços da sociedade civil, poderá contribuir para a construção de uma democracia participativa.

Por consequência, visando a impedir que os entraves da complexa realidade brasileira convertam a consulta pública num artifício retórico dos interesses dominantes para supostamente legitimar as alterações normativas promovidas pelas agências reguladoras, é imprescindível que o legislador e tais autarquias busquem meios concretos para permitir que a população compreenda e possa opinar de maneira efetiva. A consulta pública é um instrumento que ostenta grande capital político e que pode, portanto, contribuir sobremaneira para fortalecer o sentimento de eficácia política do povo e demonstrar que a cidadania nunca será plenamente exercida enquanto vigorar no imaginário coletivo a noção de que o único meio de participação democrática é o voto.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Considerações iniciais sobre a lei geral das agências reguladoras. **Revista de Direito da Administração Pública**, ISSN 2595-5667, a. 5, v. 1, n. 1, jan./jun. 2020.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1988.

BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 240, p. 147-165, abr./jun., 2005.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

BONFIM, Vinícius Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. A razão pública conforme John Rawls e a construção legítima do provimento jurisdicional no STF. **RIL**, Brasília a. 54 n. 214 abr./jun. 2017.

BRAUDEL, Fernand. **Escritos sobre a história**. Editora perspectiva, 1969.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

DAHL, Robert. **A Democracia e Seus Críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na administração pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 191, jan./mar. 1993.

FALBO, Ricardo Nery. Direito, Discurso e Marxismo. **Revista SynThesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p. 33-47.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GONÇALVES, Carla Maria. A consideração das consequências práticas nas decisões dos órgãos de controle e a Avaliação de Impacto Regulatório (AIR). In: **Transformações do Direito Administrativo**: o Estado Administrativo 30 anos depois da Constituição de 1988. Organizadores: Daniel Wunder Hachem, Fernando Leal, José Vicente Santos de Mendonça. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2018.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Do direito de defesa em inquérito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 183, p. 9-18, jan./mar. 1991.

GUIMARÃES, Luiz Gustavo Faria. Comentários sobre a lei geral de agências reguladoras. *Revista de Direito da Administração Pública*. **Revista de Direito da Administração Pública**, ISSN 2595-5667, a. 4, v. 1, n. 2, jul./dez. 2019.

HAYEK, Friedrich. **O caminho da servidão**. 6. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2010.

HOROCHOVSKI, Rodrigo Rossi; CLEMENTE, Augusto Júnior. Democracia Deliberativa e Orçamento Público: experiências de participação em Porto Alegre, Belo Horizonte, Recife e Curitiba. **Revista de Sociologia e Política**, v. 20, n.º 43, p. 127-157, out. 2012.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret: 2004.

LARENZ, Karl. **Derecho justo**. Madrid: Civitas, 1985.

MEDAUAR, Odete. Administração pública ainda sem democracia. **Problemas Brasileiros**, São Paulo, v. 23, n. 256, p. 37-53, mar./abr. 1986.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.



MIGUEL, Luis Felipe. Resgatar a participação: democracia participativa e representação política no debate contemporâneo. **Revista Lua Nova**, São Paulo, p. 83-118, 2017.

MILL, John Stuart. **Considerações sobre o governo representativo**. São Paulo: Escala, 2006.

NUNES, António José Avelãs. Do estado regulador ao estado garantidor. **Revista de Direito Público da Economia**, RDPE: Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011.

NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma Codificação do Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Piseta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martin Fontes, 2000.

ROTHBARD, Murray. **A anatomia do Estado**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2012.

SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

MORUS, Thomas. A Utopia. In: **Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License



Data do recebimento: 18/11/2022

Data do aceite: 26/12/2022

.....

DIREITO AO ESQUECIMENTO: O INTERESSE PÚBLICO NA DIVULGAÇÃO DE CRIMES VERSUS O DIREITO À VIDA PRIVADA NA ERA DA SUPERINFORMAÇÃO – ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

.....

*RIGHT TO BE FORGOTTEN: THE PUBLIC INTEREST IN THE
DISCLOSURE OF CRIMES VERSUS THE RIGHT TO PRIVATE
LIFE IN THE AGE OF SUPER INFORMATION – CRITICAL
ANALYSIS OF BRAZILIAN JURISPRUDENCE*

Isabela Fernandes de Lima¹

Leandro Sarai²

1 - Graduanda no curso de Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Experiências profissionais na Procuradoria Federal Especializada do ICMBio, bem como no Escritório de Advocacia e Consultoria Jurídica Costa e Silva. Atualmente encontra-se no cargo de estagiária da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro na Capital Federal.

2 - Doutor e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor credenciado da Escola da AGU. Procurador do Banco Central. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/1292305862388485>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6742-1051>. E-mail: leandro.sarai@yahoo.com.br.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Direito ao Esquecimento; 1.1 Quando surge o Direito ao Esquecimento no Brasil; 1.2 O que significa Direito ao Esquecimento; 1.3 A Incompatibilidade do Direito ao Esquecimento com a CF/88 segundo a Tese de Repercussão Geral do STF e suas ressalvas; 2. O Interesse Público *versus* o Direito à Vida Privada; 2.1 O Interesse Público a partir da Liberdade de Expressão e seus limites; 2.2 O Direito à Vida Privada na perspectiva dos Direitos de Personalidade e seus limites; 2.3 Aplicação da Técnica da Ponderação de Direitos tomando como base o conflito entre o Interesse Público e o Direito à Vida Privada no Contexto dos Crimes; 2.3.1 O Objetivo de Ressocialização do Direito Penal; 3. Estudos de Casos; 3.1 Caso Aída Curi: a Repercussão Geral do STF e o não Reconhecimento pelo STJ; 3.2 Caso Chacina da Candelária: Reconhecimento do Direito ao Esquecimento pelo STJ; 3.3 Caso Hopi Hari: Direito ao Esquecimento para uma Pessoa Jurídica; 4. Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a aplicação do chamado Direito ao Esquecimento, a partir do conflito entre direitos fundamentais igualmente tutelados pela Constituição Federal Brasileira de 1988, sendo eles o interesse público na divulgação de crimes e o direito à vida privada, considerando-se as finalidades do Direito Penal brasileiro e as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal entre 2013 e 2021. A partir de uma pesquisa na doutrina, legislação e decisões judiciais, com método exploratório e descritivo, conclui-se que o Direito ao Esquecimento vem encontrando algum amparo no Direito brasileiro, embora com restrições, inclusive quanto à adequação do nome desse instituto, e de forma bastante casuística.

PALAVRAS-CHAVE: Direito ao Esquecimento. Análise Jurisprudencial. Conflito entre o Direito à Intimidade e ao Acesso à Informação. Necessidade de Análise Casuística.

ABSTRACT: *The present article have goal to analysis how is done the application the right to be forgotten, based on the conflict between fundamental rights equally protected by the Brazilian Federal Constitution of 1988, being the public interest in the disclosure of crimes and the right to private life, considering the purposes of Brazilian Criminal Law and the decisions handed down by the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court between 2013 and 2021. From a research on doctrine, legislation and judicial decisions, with an exploratory and descriptive method, it is concluded that the Right to be Forgotten has found some support in Brazilian Law, although with some restrictions, including regarding the adequacy of the name of this institute, as well as in a very casuistic way.*

KEYWORDS: *Right to be Forgotten. Jurisprudential Analysis. Conflict between the Right to Privacy and Access to Information. Need for Case-by-Case Analysis.*

INTRODUÇÃO

Vivemos na era da superinformação, em que, a cada segundo, milhares de notícias são veiculadas, fazendo com que a sociedade tenha uma grande quantidade de informações sobre determinados fatos, inclusive envolvendo crimes. E por mais que o direito de imprensa e o direito à informação sejam resguardados pela Constituição Federal de 1988, principalmente quando pensamos que a informação é de interesse público, a pessoa envolvida no caso e na informação divulgada também tem direito à vida privada, sendo este um direito fundamental igualmente tutelado pela CF/88. Forma-se assim situação de colisão de direitos fundamentais que precisa ser solucionada pelo intérprete.

É diante disso que surge a discussão sobre o chamado Direito ao Esquecimento, com o objetivo de se tentar definir se mais vale o direito fundamental à vida privada ou o interesse público à informação. Importante registrar que, em 2013, o Conselho de Justiça Federal considerou que o Direito ao Esquecimento decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana.

A partir desse marco, muitos casos foram levados ao Judiciário para que fosse verificada a possibilidade de aplicação do Direito ao Esquecimento, gerando ainda mais discussões acerca do tema. Qual o alcance do Direito ao Esquecimento? Existem restrições? Diante do embate entre direitos fundamentais, pode-se conceder o Direito ao Esquecimento? Com todas essas perguntas sem respostas, doutrinadores do Direito passaram a estudar o tema, artigos científicos foram escritos, trabalhos acadêmicos foram desenvolvidos e até decisões judiciais foram prolatadas a partir de diferentes perspectivas.

A partir de toda a análise realizada, observa-se que a aplicação do Direito ao Esquecimento somente ocorre quando se verifica abuso ou ausência de interesse público na divulgação dos fatos.

A comprovação disso será apresentada a partir do método descritivo, com base em pesquisa exploratória, abordando conceitos gerais sobre Direito ao Esquecimento, interesse público, liberdade de expressão, direito à informação, direito à honra, direito à vida privada e direitos da personalidade aplicados aos casos a serem estudados. Ou seja, conceitos abrangentes contribuirão para o entendimento de especificidades dos casos Áida Curi; Chacina da Candelária e Hopi Hari.

Quanto ao desenvolvimento do artigo, o primeiro capítulo trata do surgimento do direito de ser esquecido, do significado de tal direito e de sua incompatibilidade com a Constituição Federal, conforme decidido pelo STF. Já o segundo capítulo aborda a liberdade de expressão e seus limites, os direitos da personalidade e a análise da técnica da ponderação e do objetivo da ressocialização do indivíduo apenado. Por fim, no terceiro capítulo, foi feito um estudo dos Casos Áida Curi, Chacina da Candelária e Hopi Hari.

1. DIREITO AO ESQUECIMENTO

É normal que, ao ouvir a expressão “Direito ao Esquecimento”, as pessoas se

questionem sobre sua origem, conceito e aplicabilidade. Os tópicos a seguir esclarecerão tais dúvidas na perspectiva do Direito Penal e do Direito Constitucional.

1.1. Quando surge o Direito ao Esquecimento no Brasil

A primeira referência que se sabe do chamado Direito ao Esquecimento foi na França, a partir do caso *l'affaire Landru*, julgado pela Corte de Apelação de Paris, no qual foi usada a expressão '*le droit à l'oubli*'. O referido caso tratou de uma ação de indenização ajuizada pela ex-amante do serial killer Henri Landru, em razão da produção de um documentário sobre a vida dela, mostrando a imagem e nome da amante sem que ela tivesse autorizado.

Diante disso, o julgador Gérard Lyon-Caen adotou a expressão "*le droit à l'oubli*", anteriormente chamada pela autora da ação de "a prescrição do silêncio" (la prescription du silence).

Naquela época, o Direito ao Esquecimento era analisado sob a perspectiva da prescrição de fatos que já não seriam relevantes, por isso, prescrição do silêncio, indicando um nexo causal entre o Direito ao Esquecimento e o direito à prescrição.

Anos depois, foi julgado o caso *Madame M. vs. Filipacchi et Cogedipresse*, fixando-se que:

Toda a pessoa que se envolveu em um evento público pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; a lembrança destes eventos e do papel que ela desempenhou é ilegítimo se não estiver fundado em necessidades históricas ou se tiver natureza de ferir sua sensibilidade. Este direito ao esquecimento que se impõe a todos, incluindo os jornalistas, deve igualmente ser aproveitado por todos os condenados que 'pagaram a sua dívida com a sociedade' e buscam reinserir-se. No caso em espécie, a lembrança do passado criminal da interessada violou este direito ao esquecimento. (PINHEIRO, 2016, p. 142-143).

Entretanto, o tema ganha relevância mundial a partir do caso *Google Spain vs. Mario Costeja González*. Nesse caso, González teve seu nome divulgado em uma matéria jornalística, editada pelo jornal *La Vanguardia*, durante anos, por uma dívida pública.

Segundo a notícia, Mario teve sua casa levada a leilão para quitar sua dívida com o Estado espanhol, o que não aconteceu, já que o débito foi pago, sendo o procedimento público suspenso. Porém, ainda assim, o nome do autor continuava vinculado a tal fato, até que, em 2010, Mario Costeja González resolve ajuizar uma ação, perante a *Agencia Española de Protección de Datos*, contra *Google Spain* e *La Vanguardia*, para que cessasse a vinculação de seu nome a notícias referentes à hasta pública.

Diante de uma discussão mundial acerca do Direito ao Esquecimento, no Brasil, o Conselho de Justiça Federal, em 2013, edita o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, em que fica estabelecido que o Direito ao Esquecimento decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este princípio uma garantia constitucional e um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, conforme o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, assim como está presente na Declaração Universal dos Direitos do Homem em seu artigo 12. O Enunciado 531 diz que: "A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o Direito ao Esquecimento". (BRASIL, 2013).

O princípio da dignidade da pessoa humana assegura que toda e qualquer pessoa tenha mínimas condições de vida digna, o que significa dizer que todos têm o direito ao mínimo daquilo que a Constituição Federal determina como direitos fundamentais e básicos.

O art. 5º da Carta Magna elenca os direitos fundamentais, estando o direito à vida privada previsto no inciso X do referido artigo, de forma que a privacidade deve ser resguardada a todos, até mesmo àquele que, em algum momento de sua vida, foi condenado pelo cometimento de um crime.

Hoje, na era da superinformação, as novas tecnologias causam, cada dia mais, potenciais danos morais, materiais ou imagéticos. Daí é que entra o Direito ao Esquecimento, com sua base nas condenações criminais, sob o fundamento de que o ex-detento tem direito à ressocialização.

1.2. O que significa Direito ao Esquecimento

Inicialmente, Direito ao Esquecimento passa a ideia de ser esquecido, como se uma pessoa ou um fato fosse ser apagado da memória de toda a sociedade. Nota-se, entretanto, não ser possível exigir que uma pessoa ou um grupo de pessoas simplesmente esqueça fatos, muitas vezes, marcantes na história de um país, especialmente nos dias atuais, em que vivemos a era da superinformação. Milhares de notícias, novas e antigas, são compartilhadas a todo momento, de forma que esquecer alguma coisa na era do digital é quase impossível.

Por isso, o objetivo do Direito ao Esquecimento não é fazer com que o criminoso seja esquecido, mas sim que seu nome e sua imagem deixem de ser veiculados em associação a um crime, para que, assim, a pessoa do condenado possa refazer sua vida em sociedade. E esse intuito se alinha ao fato de que, no Brasil, não existe pena perpétua; além disso, um dos objetivos do Direito Penal brasileiro é a ressocialização da pessoa do condenado, o que se torna quase inalcançável se não existe a limitação ao direito de imprensa.

Portanto, conceder o direito de ser esquecido a uma pessoa não significa atribuir a alguém o direito de reescrever fatos ou sua própria história, mas assegurar a possibilidade de se discutir a finalidade e o modo de divulgação da informação.

É nesse sentido que a definição de Direito ao Esquecimento aparece no julgamento do RE 1010606:

[...] se torna possível nominar o direito ao esquecimento como a pretensão apta a impedir a divulgação, seja em plataformas tradicionais ou virtuais, de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos, mas que, em razão da passagem do tempo, teriam se tornado descontextualizados ou destituídos de interesse público relevante. (STF, 2021, p. 2-3).

Anderson Schreiber conceitua Direito ao Esquecimento, em sua obra *Direito da Personalidade*, como:

[...] um direito de limitar que os meios de comunicação disseminem informações pretéritas e desastrosas (abrangida por curiosidade alheia, mas, ausentes de interesse público em geral) e que possam trazer graves danos ao titular. (SCHREIBER, 2013, p. 170).

Portanto, o Direito ao Esquecimento significa a limitação da exposição de pessoas e fatos pretéritos, estando diretamente relacionado ao direito à vida privada, considerando-se que a

liberdade de expressão, o direito à informação e o direito de imprensa possuem restrições, já que não são direitos absolutos.

Assim, limitar a informação não significaria violar direitos fundamentais ou deixar de atender ao interesse público – o qual, não raramente, como exposto por Anderson, é camuflado por uma curiosidade pública –, mas sim preservar um indivíduo, protegendo-o de intermináveis julgamentos, retaliações e associação pessoal a um fato criminoso.

1.3. A Incompatibilidade do Direito ao Esquecimento com a CF/88 segundo a Tese de Repercussão Geral do STF e suas ressalvas

A partir do Tema 786 de Repercussão Geral, o Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que:

É incompatível com a Constituição Federal a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social – analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais, especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral, e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível. (STF, 2021, p. 3-4).

Importante para uma compreensão completa do tema é entender o porquê e sob quais fundamentos o Tema 786 foi fixado de tal forma.

O relator do RE 1010606 foi o Ministro Dias Toffoli, na época, presidente do STF. Segundo o relator, cabia à Suprema Corte analisar a existência ou não de um Direito ao Esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, Toffoli considerou que:

Duas são, portanto, as questões a serem respondidas na delimitação conceitual do alegado direito: (i) que elementos essenciais formariam a identidade do pretense direito ao esquecimento? e (ii) que traço o distinguiria dos direitos já previstos e consolidados no ordenamento brasileiro? (STF, 2021, p. 48).

De início, o Ministro-Presidente sustentou que é necessária a análise dos elementos essenciais do Direito ao Esquecimento, sendo o primeiro deles a necessidade de que a informação divulgada seja verídica e lícita. O julgado não adentrou nos casos das chamadas *fake news* – muito presentes na era da superinformação – nem no caso das informações ilícitas.

De acordo com Dias Toffoli, não há de se falar em Direito ao Esquecimento no Brasil, pois o ordenamento jurídico brasileiro possui outros mecanismos de combate à veiculação de informações ilícitas, os quais possibilitam o ajuizamento de ação nos âmbitos cível e penal, como, por exemplo, a ação penal por crimes contra a honra (injúria, calúnia e difamação), assim como a previsão de indenização nos casos desses mesmos crimes.

O outro elemento analisado pelo Ministro foi o decurso do tempo. Segundo Toffoli, o decurso do tempo seria a viga, a estrutura do Direito ao Esquecimento. Diante disso, o entendimento é de que o tempo seria o responsável pela degradação da informação, ainda que verídica, haja vista a passagem do tempo tornar a informação desatualizada e descontextualizada, sendo



capaz de induzir a sociedade a uma visão distorcida da pessoa condenada.

Logo após, o Ministro Nunes Marques proferiu seu voto concordando com o exposto pelo Relator.

Para Nunes Marques, hoje, o Superior Tribunal de Justiça é a “principal fonte jurisprudencial do tema” (STF, 2021, p. 10) Direito ao Esquecimento, de modo que muitos julgados no país aplicaram o referido direito.

Ainda de acordo com o Ministro, existem três situações recorrentes em que foi observado o Direito ao Esquecimento: (a) impedir o uso de registros criminais antigos na exacerbação de penas ou medidas administrativas ligadas ao campo criminal; (b) condenar emissoras de televisão a indenizar *ex post facto*, em razão da veiculação de notícias sobre pessoas a respeito das quais é mencionado o envolvimento, geralmente como acusadas, em crimes já prescritos, anistiados com pena cumprida ou absolvição transitada em julgado; e (c) desindexar o nome do interessado de alguma notícia antiga (normalmente falsa) em sites de busca, haja vista o Direito ao Esquecimento poder ser entendido como:

Faculdade de opor-se à ressuscitação, por difusão ou acesso estruturado, de informações sensíveis sobre pessoa natural, quando houver transcorrido intervalo de tempo suficiente para gerar descontextualização ou anacronia entre o fato e a sua nova divulgação. (STF, 2021, p. 109).

Por isso, Marques sustenta que seria necessária a institucionalização do Direito ao Esquecimento para que fosse aplicado, havendo a indicação clara e precisa dos sujeitos, conteúdo, forma de aquisição e procedimento de aplicabilidade, o que não existe hoje em dia.

Ademais, o maior problema é a nomenclatura, ou seja, o nome Direito ao Esquecimento, já que o constante uso do termo pode gerar confusão acerca da aplicabilidade, tendo em vista seu caráter abstrato. Portanto, a partir do ordenamento vigente, poder-se-ia falar em abuso do direito de informar, punir ou da livre iniciativa, havendo para todos esses abusos uma previsão legal, conforme art. 187 do Código Civil, o que deveria afastar o Direito ao Esquecimento do ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, ainda que Nunes Marques defenda que a hermenêutica, caso a caso, seja legítima, não pode ser tida como absoluta ou concreta para aplicação geral, de forma que, segundo entendimento do Ministro, o que o STJ tem feito é buscar consequências jurídicas mais adequadas possíveis às lides que tomam ou perdem relevância pelo decurso do tempo, hipótese não prevista pelo legislador.

Nunes Marques concorda quanto à não compatibilidade de um Direito ao Esquecimento com o ordenamento jurídico brasileiro, embora entenda ser justo e cabível o direito à indenização por dano moral, no caso Aída Curi, dada a natureza infraconstitucional e fática dos elementos para aferição do valor monetário.

Em seguida, o Ministro Alexandre de Moraes se limitou a votar como Dias Toffoli, apenas trazendo mais alguns casos históricos de Direito ao Esquecimento e alegando a necessidade da aplicação do binômio liberdade e responsabilidade, previsto no art. 5º da Constituição Federal. Em conformidade com esse entendimento, deve haver uma compatibilização entre liberdade de

expressão, dignidade da pessoa humana, intimidade e privacidade, tudo isso analisado caso a caso, devendo ser observados eventuais excessos, desvio de finalidade ou exploração ilícita da informação. Segundo Moraes:

[...] além da necessidade de compatibilidade interpretativa entre a liberdade de expressão, a dignidade da pessoa humana, a intimidade e privacidade; a exigência de análise específica – caso a caso – de eventuais abusos nas divulgações, da necessidade de atualização dos dados, da importância dos fatos, do desvio de finalidade ou na exploração ilícita das informações. A solução para essa equação me parece ser a aplicação do binômio constitucional consagrado no artigo 5º da Constituição Federal em relação à liberdade de expressão: LIBERDADE E RESPONSABILIDADE. (STF, 2021, p. 131).

Por outro lado, o Ministro Edson Fachin entende que o ordenamento jurídico brasileiro abrange sim um Direito ao Esquecimento, ainda que este julgador não considere a nomenclatura a mais adequada, por ser muito abrangente. Assim, Fachin entende Direito ao Esquecimento como um conceito guarda-chuva, que alberga muitos outros princípios previstos na CF.

Fachin sustenta que não fere o direito o fato de princípios contrários, como a liberdade de expressão e o Direito ao Esquecimento, existirem em um mesmo ordenamento jurídico, haja vista a contrariedade ser o que permite ao julgador interpretar a lei, atribuindo sentido a cada direito a partir do caso concreto.

Ao final, o Ministro concluiu que a era da superinformação nos dá a possibilidade de arquivar totalmente ou lembrar perfeitamente de um fato ou uma pessoa, devendo, portanto, haver um equilíbrio entre o que será lembrado e o que será esquecido, sob pena de serem desencadeadas patologias sociais.

Já a Ministra Rosa Weber adota um posicionamento ainda mais restrito quanto ao Direito ao Esquecimento, que para ela não existe no Direito brasileiro. Quanto à era do digital, Weber defende que:

[...] a Internet emerge como um organismo cuja memória é potencialmente total, absoluta.
[...] Graças a seu efeito de eternidade, a Internet preserva memórias ruins, erros passados, escritos, fotos ou vídeos que gostaríamos de renegar mais tarde. (STF, 2021, p. 176).

Por isso, neste momento em que o mundo vive a possibilidade de manipulação de dados, seja por agentes públicos ou por agentes privados, o resguardo do direito à privacidade torna-se um dos principais desafios.

Assim, para a Ministra, o Direito ao Esquecimento e as biografias não autorizadas andam juntas na medida em que lidam com a necessidade de que a sociedade tem de saber tanto sobre seu passado quanto sobre seu presente, que para alguns será visto apenas como uma curiosidade social, como já demonstrado.

Por fim, Rosa Weber defende que não há de se falar em um Direito ao Esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, pois reconhecê-lo ensejaria uma espécie de censura à imprensa, em razão da finalidade informativa, o que é vedado constitucionalmente, independentemente da linguagem escolhida pelo transmissor da informação. Isso porque a liberdade de imprensa seria uma espécie de liberdade de expressão, não admitindo qualquer tipo de restrição arbitrária.



Portanto, nem a proporcionalidade justificaria uma restrição ao direito de imprensa e ao direito de informação. Veja-se na fala da Ministra:

O critério da proporcionalidade desautoriza a imposição de restrições à liberdade de expressão, ainda que teoricamente fundadas na proteção da honra ou da imagem pessoais, quando tiverem como efeito inibir o direito à informação sobre a conduta, presente ou pretérita, de ocupante de função de interesse público. (STF, 2021, p. 196).

A Ministra Cármen Lúcia defende a posição de que o Direito ao Esquecimento é incompatível com nossa ordem constitucional, isso porque a sociedade brasileira, por muitos anos, foi em busca de liberdade, portanto, restringir a liberdade de expressão, de imprensa, seria retroagir.

Cármen Lúcia sustenta que cada um, individualmente, tem o direito de esquecer o que bem entender, mas que isso não pode ser imposto à sociedade. Nas palavras da Ministra:

A Constituição brasileira é fruto de uma sociedade que quis se lembrar, por isso a Comissão da Verdade, por isso as comissões compostas para verificação de fatos e atos escondidos. Tudo a indicar que, como instituto jurídico, garantir o esquecimento como direito de alguém se opor e impedir a divulgação e a exibição de um fato, circunstância ou condição histórica, não me parece cabível no sistema constitucional. (STF, 2021, p. 214)

Assim como a Ministra Rosa Weber, Cármen Lúcia argumenta que a Constituição Federal veda a censura, seja ela do tipo que for, e, por isso, defende que o fato passado não pode ser censurado no presente, já que “não se desfaz o que foi feito” (BRASIL, 2021, p. 218).

O Ministro Gilmar Mendes comenta em seu voto que o cerne da questão não é a nomenclatura do direito, mas sim a colisão entre direitos fundamentais. E exatamente por se tratar de direitos fundamentais que não há como existir uma pronta resposta.

Nessa mesma linha de raciocínio, Ana Marina Nicolodi argumenta que:

Mas evidente que, seguindo o filão já enunciado, na maior parte das situações desta ordem, não é possível se apurar com clareza a prevalência de um dos direitos em causa sobre outro, apenas tendo por base a pré-delimitação do âmbito normativo dos direitos, o excesso manifesta dos fins sócio-econômicos do direito em causa, da boa-fé ou dos bons costumes. Isso torna o problema mais complexo e dificulta a verificação dos danos patrimoniais e morais oriundos da ingerência dos *media* num direito processual. (NICOLODI, 2017, p. 8)

Ademais, na mesma lógica do que diz o Ministro Edson Fachin, Gilmar Mendes, citando Hespanha, acredita que:

[...] podem coexistir, em uma mesma nação, “[...] ordens jurídicas de comunidades com raízes culturais diferentes, não apenas [com] uma hierarquia diferente, mas concretizações normativas também diferentes”, cuja resolução conflituosa não se realiza com “base numa decisão autoritária sobre o sentido, tomada pelo intérprete, meramente assente na sua visão do mundo ou numa alegada escala objetiva de valores” ou “assente na opinião de um grupo limitado de especialistas ou de burocratas sobre o sentido da norma, com exclusão de outras sensibilidades ou práticas correntes sobre esse sentido. (HESPA-NHA, 2013, p. 320 apud BRASIL, 2021, p. 261).

O referido Ministro do STF também comenta sobre as inovações trazidas pelo chamado Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019) para a seara penal, haja vista ter editado importantes garantias à imagem das pessoas presas, justamente porque a pena não é perpétua e todos têm direito à vida privada. Assim, para Gilmar Mendes, o Direito ao Esquecimento seria também um direito fundamental, de forma implícita, já que seria o responsável pela vedação da pena perpétua e pela garantia do direito à reabilitação, conforme art. 41, inciso VIII, e art. 202, ambos da Lei de Execução Penal, além do art. 93 do Código Penal.

Diante disso, o Ministro defende que apenas pela análise casuística é que se poderá saber se o Direito ao Esquecimento poderá ser concedido ou não, em virtude da finalidade da notícia e do meio de divulgação utilizado, devendo levar-se em consideração o decurso do tempo entre o fato e a data de publicização, a existência de interesse histórico, social e público atual, o grau de acessibilidade do público e a possibilidade de divulgação anônima dos fatos, para que a informação não perca sua essência.

Já o Ministro Marco Aurélio, de forma muito sucinta, defendeu que a indenização pressupõe ato ilícito, o que não tem respaldo no *leading case*, já que não se pode censurar o direito de imprensa quando a informação transmitida tem caráter jornalístico. Porém, ainda assim, defendeu não ser propícia a edição de uma Tese de Repercussão Geral, já que, para Marco Aurélio, os julgadores do RE 1010606 deveriam limitar-se ao julgamento do referido recurso.

O atual presidente do STF, Luiz Fux, assim como Edson Fachin e Gilmar Mendes, se posiciona a favor do Direito ao Esquecimento, pois, na visão do Ministro, a depender das circunstâncias do caso concreto, tal direito poderá ser concedido.

Fundamenta ainda sua tese no fato de que, na falta de lei, os princípios devem preencher as lacunas, sendo justamente o caso do direito analisado neste artigo, o qual tem caráter excepcional, na concepção do Ministro. De acordo com Fux, “é inegável que o Direito ao Esquecimento é uma decorrência lógica da tutela da dignidade da pessoa humana” (STF, 2021, p. 295), ainda que se contraponha a outros direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e de imprensa.

Por esses motivos, majoritariamente, o STF concluiu que o Direito ao Esquecimento é incompatível com a Ordem Constitucional de 1988. Todavia, foram feitas algumas ressalvas quanto à hipótese de informações que contenham excessos ou abusos, conforme expresso no próprio enunciado do Tema 786. Dessa forma, observa-se que o Direito ao Esquecimento, excepcional e restritivamente, pode ser aplicado ao ordenamento jurídico brasileiro, caso o direito à informação ultrapasse determinados limites.

Diante disso, quando um direito fundamental começa a restringir ou até mesmo violar outro, é necessária a intervenção judicial para que se decida sobre a prevalência de um sobre outro, sendo, de acordo com o determinado na Tese de Repercussão Geral 786, o direito à vida privada preferido diante do interesse público quando se observa que a informação apenas atende a uma curiosidade social.

Entretanto, as ressalvas feitas pelo Supremo Tribunal Federal deixam à discricionariedade do julgador o entendimento do que é e quando há abuso ou excesso na informação divulgada, o que pode acarretar potencial insegurança jurídica.



O problema da não especificação do que é abuso e excesso de informação é o impacto gerado na pessoa do condenado. Como será abordado mais à frente, um dos acusados pela Chacina da Candelária teve o Direito ao Esquecimento concedido, sob o fundamento de excesso na notícia divulgada, isso porque um dos acusados, que foi absolvido pelo crime por não ter participado da ação, teve seu nome e sua imagem divulgados. Ou seja, o excesso é pela divulgação completa da pessoa, compreendida como nome e imagem? É pela forma como a notícia foi divulgada? É pelo decurso do tempo? É pela superveniência de fatos que desvinculam a divulgação à pessoa? É pela ausência de interesse jornalístico de informação em repisar de forma anódina os fatos? É pela persistência da manutenção de um link de informação que pode ser usado de forma negativa? Essa falta de critérios objetivos dificulta a defesa do condenado, haja vista haver precedentes para todas as posições.

Ante o exposto, observa-se que a fixação de uma Tese de Repercussão Geral não se mostrou suficiente para suprir os questionamentos sobre a real aplicabilidade do Direito ao Esquecimento, em decorrência da lacuna conceitual havida entre informação excessiva ou abusiva. Com efeito, a partir da leitura da parte final do Tema 786 da Repercussão Geral, pode-se deduzir que o direito de ser esquecido não é totalmente incompatível com a Constituição Federal, podendo, em tese, ser aplicado em casos concretos nos quais se configure alguma tipologia de abuso ou excesso relevante.

2. O INTERESSE PÚBLICO *VERSUS* O DIREITO À VIDA PRIVADA

A liberdade de expressão e o direito à vida privada são direitos fundamentais igualmente tutelados pela Constituição Federal de 1988, entretanto, não constituem direitos absolutos, mas restringíveis, como será explanado a seguir.

2.1. O Interesse Público a partir da Liberdade de Expressão e seus limites

A liberdade de expressão é um direito fundamental previsto no art. 5º, inciso IX, da CF, porém, embora fundamental para a manutenção da democracia e do Estado Democrático de Direito, não é um direito absoluto. Isso significa que, a depender das circunstâncias, poderá ser limitado, como bem explica o ex-Ministro Celso de Mello em seu voto na ADI 4.274/DF:

Evidente, desse modo, que a liberdade de expressão não assume caráter absoluto em nosso sistema jurídico, consideradas, sob tal perspectiva, as cláusulas inscritas tanto em nossa própria Constituição quanto na Convenção Americana de Direitos Humanos. (STF, 2011, p. 19).

O interesse público se configura na tomada de decisões em prol da sociedade. Por exemplo, no Direito Administrativo, a partir de uma análise de oportunidade e conveniência da sociedade, é praticado determinado ato ou não. Já no Direito Penal, o interesse público aparece, segundo alguns, na dúvida do juiz em pronunciar ou impronunciar um réu acusado de crime doloso contra a vida. Nesse caso, havendo dúvida, há corrente segundo a qual a decisão deve ser de pronúncia, isso porque, de acordo com essa corrente, o interesse da sociedade deve prevalecer, haja vista a criminalidade causar impacto no grande público, qual seja, a própria sociedade. Cabe

lembrar, todavia, que a referida corrente encontra controvérsia,³ inclusive no STF, ao julgar o ARE 1067392.⁴ A liberdade de expressão se autolimita em situações de conflito com outros direitos e valores constitucionalmente previstos, mas, além disso, possui limitações que passam a permitir a interferência do Poder Público para proteção da imagem, da honra, da intimidade, da privacidade e para afastamento do anonimato.

A liberdade de imprensa é um direito abrangido pela liberdade de expressão, não sendo, logicamente, absoluta. A partir do momento em que o direito de imprensa obstrui a proteção do direito à privacidade, à honra e à imagem, ele deve ser limitado, ainda que o direito à informação da sociedade tenha que ser restringido. Veja o que diz o Ministro Dias Toffoli em seu voto no RE 1010606:

[...] o interesse pela informação geralmente tem prioridade no caso de reportagem atual sobre crimes, mas não se trata de precedência ilimitada, pois a intrusão na esfera pessoal não deve ir além de uma satisfação adequada do interesse pela informação, de modo que nome, foto ou outra identificação dos perpetradores do crime nem sempre é permitida; (STF, 2021, p. 28).

Em 2015, foi editada a Lei n. 13.188, segundo a qual matéria seria qualquer reportagem, nota ou notícia veiculada por um meio de comunicação social, sendo garantido o direito de resposta ou o direito à retificação, sem prejuízo do direito à indenização civil, nos casos em que o conteúdo veiculado viole a honra, a intimidade, a reputação, o conceito, o nome, a marca ou a imagem de uma pessoa física ou jurídica.

Ainda que a imprensa não possa sofrer censura, conforme disposto no art. 5º, X, da Constituição Federal, também não podem existir abusos na informação divulgada, justamente pelo fato de o direito à informação não ser um direito absoluto. Assim, não se pode considerar o interesse público soberano a qualquer custo, principalmente em caso de conflito entre direitos fundamentais, devendo ser feita uma análise caso a caso, a *posteriori*, da divulgação inicial.

Diante disso, observa-se que é justamente pelo fato de o direito à informação não ser

3 - “Ainda há quem sustente a máxima de que, no momento da acusação, se houver dúvida, a acusação deverá prosseguir (*in dubio pro societate*). Porém, está mais do que na hora de superar esse entendimento equivocado e incompatível com a dignidade da pessoa humana. Para as pessoas honestas, uma simples denúncia pode ser pior do que uma pena de morte. Acusações exigem provas cabais, certeza. Não podem ser meras apostas, pois uma sentença penal não representa vitória alguma, assim como um processo penal não é um jogo.” (SARAI, 2021, p. 1491)

4 - “Ementa Oficial

Penal e Processual Penal. 2. Júri. 3. Pronúncia e standard probatório: a decisão de pronúncia requer uma preponderância de provas, produzidas em juízo, que sustentem a tese acusatória, nos termos do art. 414, CPP. 4. Inadmissibilidade *in dubio pro societate*: além de não possuir amparo normativo, tal preceito ocasiona equívocos e desfoca o critério sobre o standard probatório necessário para a pronúncia. [...] 7. Dúvida e impronúncia: diante de um estado de dúvida, em que há uma preponderância de provas no sentido da não participação dos acusados nas agressões e alguns elementos incriminatórios de menor força probatória, impõe-se a impronúncia dos imputados, o que não impede a reabertura do processo em caso de provas novas (art. 414, parágrafo único, CPP). Primazia da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF e art. 8.2, CADH). 8. Função da pronúncia: a primeira fase do procedimento do Júri consolida um filtro processual, que busca impedir o envio de casos sem um lastro probatório mínimo da acusação, de modo a se limitar o poder punitivo estatal em respeito aos direitos fundamentais. 9. Inexistência de violação à soberania dos veredictos: ainda que a Carta Magna preveja a existência do Tribunal do Júri e busque assegurar a efetividade de suas decisões, por exemplo ao limitar a sua possibilidade de alteração em recurso, a lógica do sistema bifásico é inerente à estruturação de um procedimento de júri compatível com o respeito aos direitos fundamentais e a um processo penal adequado às premissas do Estado democrático de Direito. 10. Negativa de seguimento ao Agravo em Recurso Extraordinário. Habeas corpus concedido de ofício para restabelecer a decisão de impronúncia proferida pelo juízo de primeiro grau, nos termos do voto do relator.

(ARE 1067392, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 26/03/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-167 DIVULG 01-07-2020 PUBLIC 02-07-2020)”

absoluto que é permitida a limitação, mesmo que para isso o interesse público não seja completamente atendido, caso haja justificativa, no caso concreto, para prevalência do direito de um único indivíduo.

2.2. O Direito à Vida Privada na perspectiva dos Direitos da Personalidade e seus limites

O direito à vida privada também é um direito fundamental de suma importância, encontrando respaldo constitucional no art. 5º, inciso X. De acordo com esse dispositivo, a intimidade, a vida privada e a imagem são invioláveis.

Entretanto, assim como a liberdade de expressão, a vida privada não é um direito livre de restrições, como bem salientado pelo ex-Ministro Cezar Peluso:

As coisas não têm, de regra, caráter absoluto; dependem muito de circunstâncias. A vida como direito, ela mesma não é em si absoluta. Os sistemas jurídicos reconhecem que é possível seja subtraída legitimamente em dadas circunstâncias. (BRASIL, 2011, p. 30).

Os direitos da personalidade servem justamente para a preservação da individualidade de cada um, sendo tais direitos representados principalmente pelo direito de imagem, direito à vida, direito ao nome e direito à vida privada. Portanto, direitos da personalidade são inerentes à pessoa humana, constituindo-se como mínimos essenciais para garantia de uma vida digna.

O direito à vida privada, também chamado de direito à intimidade, resguarda a pessoa de intromissões indesejadas em sua vida pessoal, garantindo-se a ela que informações pessoais não sejam divulgadas sem o seu consentimento. Todavia, a tutela desse direito torna-se cada dia mais difícil em razão da grande expansão tecnológica, já que, na era da superinformação, a veiculação de informações se sustenta na argumentação de que há interesse público, mesmo que – como já apontado – o interesse público não possa servir de respaldo para tudo.

É nesse sentido que a Ministra Rosa Weber, no julgamento do RE 1010606, entendeu que:

Os caminhos percorridos pelo desenvolvimento tecnológico nas últimas décadas têm, frequentemente, tensionado a relação entre os direitos de personalidade e o direito à informação. Sobre os primeiros, a doutrina observa que: com a tutela dos bens jurídicos da intimidade e da privacidade, está-se a proteger um direito de personalidade que deve ser considerado como densificação do princípio da dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 2021, p. 171).

Quem está por trás do digital ganha e gera lucro por meio dos dados pessoais de cada usuário, de forma que os direitos da personalidade acabam sendo cada dia mais enfraquecidos.

O direito à vida privada encontra seus limites quando, de alguma forma, seu exercício interfere nos direitos de outra pessoa, mais especificamente quando se põe em risco a dignidade da pessoa humana. Assim, mesmo sendo um direito de extrema importância em nosso ordenamento jurídico, também não se trata de um direito absoluto, podendo ser limitado, a depender das circunstâncias de cada caso.

2.3. Aplicação da Técnica da Ponderação de Direitos tomando como base o conflito entre

o Interesse Público e o Direito à Vida Privada no Contexto dos Crimes

Não é de hoje que conflitos entre direitos existem. Para resolver a divergência, foi desenvolvida a técnica da ponderação. Nessa técnica, a partir da análise dos direitos em colisão no estudo de um caso concreto, dá-se prevalência a um ou a outro, pois não existe hierarquia entre os direitos fundamentais, ou seja, não se pode dizer que um direito é mais importante do que outro. Essa teoria é explicada por Nicolodi:

Os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, para além de se constituírem como direitos da personalidade, reconhecem-se como fundamentais materialmente constitucionais. De igual hierarquia constitucional são a liberdade de expressão e de informação, garantias do pluralismo político e da opinião pública democrática. Ao não subsistir uma diferença de qualidade e grau entre aqueles direitos juridicamente tutelados, não é possível designar uma ordem abstrata e apriorística entre eles, sem que seja feita uma ponderação casuística entre os bens e valores jurídicos *sub examine*. (NICOLODI, 2017, p. 9).

Há quem defenda que, entre interesse público e vida privada, o anseio social deve prevalecer, já que a informação atinge um número maior de pessoas, contribuindo para formação de convicções acerca de assuntos públicos, ainda que, por vezes, informações errôneas sejam espalhadas, e assim ocorre porque a proteção constitucional ao direito à informação abrange tanto as informações verídicas quanto as eventualmente errôneas, posição esta adotada por Alexandre de Moraes em sua obra *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*:

O direito de receber informações verdadeiras é um direito de liberdade e caracteriza-se essencialmente por estar dirigido a todos os cidadãos, independentemente de raça, credo ou convicção político-filosófica, com a finalidade de fornecimento de subsídios para a formação de convicções relativas a assuntos públicos. A proteção constitucional às informações verdadeiras também engloba as eventualmente errôneas ou não comprovadas em juízo, desde que não tenha havido comprovada negligência ou má-fé por parte do informador. A Constituição Federal não protege as informações levemente não verificadas ou astuciosas e propositadamente errôneas, transmitidas com total desrespeito à verdade, pois as liberdades públicas não podem prestar-se a tutela de condutas ilícitas. A proteção constitucional à informação é relativa, havendo necessidade de distinguir as informações de fato de interesse público, da vulneração de condutas íntimas e pessoais, protegidas pela inviolabilidade à vida privada, e que não podem ser devassadas de forma vexatória ou humilhante. (MORAES, 2003, p. 100).

Por outro lado, pensando que todos os direitos estão numa mesma escala de relevância em nosso ordenamento jurídico e no contexto social, há quem defenda a aplicação da ponderação entre direitos, como é o caso do Ministro Luís Roberto Barroso e da professora Ana Paula Barcellos, segundo os quais:

Como consequência, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de lidar com o fato de que a Constituição é um documento dialético – que tutela valores e interesses potencialmente conflitantes – e que princípios nela consagrados frequentemente entram em rota de colisão. [...] Será preciso um raciocínio de estrutura diversa, mais complexo, capaz de trabalhar multidirecionalmente, produzindo a regra concreta que vai reger a hipótese a partir de uma síntese dos distintos elementos normativos incidentes sobre aquele conjunto de fatos. De alguma forma, cada um desses



elementos deverá ser considerado na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que na solução final, tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, ainda que uma ou algumas delas venham a se destacar sobre as demais. Esse é, de maneira geral, o objetivo daquilo que se convencionou denominar técnica da ponderação. (BARCELLOS; BARROSO, 2003, p. 17).

Para reflexão, imagine-se hipoteticamente que um crime fortemente reprimido pela sociedade foi cometido, vítima e autor identificados, proferida sentença de condenação, pena cumprida. Anos depois da ocorrência dos fatos, uma rede de televisão edita uma matéria rememorando o caso e os envolvidos, expondo nomes, imagens e diversas informações sem justificativa para (re) divulgação.

O Brasil é um país que não admite pena perpétua, mas essa pode ser a consequência para aquele que é lembrado por toda a vida como criminoso, seja por uma notícia jornalística, seja pela exibição de um documentário ou pela transformação dos fatos em livro, por exemplo.

Portanto, além da análise das consequências que podem afetar a vida de quem já se redimiou, na forma da lei, deve ser feita uma análise quanto à relevância atual da notícia, isto é, se há ou se apenas já houve – à época dos fatos – interesse público na divulgação do crime. Essa reflexão é importante, tendo em vista os objetivos da pena e do Direito Penal, o que será analisado mais à frente.

Ante o exposto, em virtude da dificuldade de se predefinir qual direito fundamental deve prevalecer, a técnica da ponderação, a sopesar valores e princípios em cada caso concreto, mostra-se a solução mais justa para conflitos de direitos, de modo a garantir a eficácia das normas constitucionais e infraconstitucionais.

2.3.1. O Objetivo de Ressocialização do Direito Penal

A pena aplicada no âmbito do Direito Penal tem duas funções: preventiva e retributiva. Na função preventiva, o mero conhecimento por parte do indivíduo da possibilidade de ser penalizado diante da ocorrência de um ilícito preveniria o crime, isso porque a existência da pena funcionaria como uma espécie de ameaça, o que impediria o cometimento de muitos crimes. Já a função retributiva é vista quando a pena é efetivamente aplicada, ou seja, quando uma pessoa comete um crime e é condenada, a pena seria uma resposta ao ato praticado, retribuindo assim – para a sociedade – a justiça.

O fundamento da punição é exclusivamente moral e ético. A pena é justa em si e sua aplicação se dá sem qualquer preocupação quanto à sua utilidade. No Estado Social, calcado no instituto do contrato social, a pena atua na forma de retribuição ao indivíduo desvirtuante, tendo como base a lei e a figura do Estado. O importante é retribuir o mal com o mal praticado, punindo com justiça o infrator, com a aplicação de um mal, pois a preocupação é ética e se volta ao passado. [...] A pena não é retribuição, e sim um instrumento útil capaz de evitar o crime, pelo temor que impõe. Assim, visando evitar novas práticas ilícitas; direcionado, não a ofensas passadas, mas à ordem futura. (DALL'AGNO, 2010, p. 14-16)

Além das funções da pena, o Direito Penal em si tem um objetivo central, que é a ressocialização do indivíduo apenado. A pena de prisão priva o infrator de um dos direitos mais tute-

lados pelo ordenamento jurídico, o direito à liberdade. Segundo Mirabete (2007, p. 245) “desde a origem até hoje, porém, a pena sempre teve o caráter predominantemente de retribuição, de castigo, acrescentando-se a ela uma finalidade de prevenção e ressocialização do criminoso”.

O sistema de execução penal brasileiro adota a progressão de regime como uma forma de reintegrar, aos poucos, o apenado à sociedade. A progressão de regime não pode acontecer *per saltum*, ou seja, deve ser feita degrau por degrau, como se fosse uma escada, conforme disposto no art. 112 da Lei de Execução Penal. Esse sistema foi pensado para que o apenado seja ressocializado, de forma que, ao ter novamente seu direito à liberdade, o indivíduo se reinsira na sociedade sem grandes prejuízos, como, por exemplo, a rejeição social pelo fato de ser ex-detento(a):

A progressão de regime, de acordo com a legislação penal vigente, faz parte do processo de readaptação do indivíduo à sociedade livre. Para tanto é necessário o tratamento pessoal do condenado (processo da individualização da pena), a fim de que as funções da prisão sejam atendidas, principalmente a da ressocialização. Assim, deve-se perceber que mesmo dentro da ideologia penal dominante, em seus pressupostos fundamentais, a pessoa criminalizada deve receber o tratamento adequado para sua readaptação social e que a progressão de regime, como veremos, faz parte da promessa de se alcançar a reinserção social. (GRAZIANO SOBRINHO, 2001, p. 55).

A divulgação de um crime, depois de anos do seu cometimento, prejudica a ressocialização, já que a exposição dos envolvidos retoma o sentimento de repulsa social, colocando o indivíduo à margem da sociedade. É por isso que se torna tão importante analisar a relevância e a atualidade da notícia, haja vista o direito à informação colocar em xeque o direito à vida privada de uma pessoa em favor de um interesse público que pode nem mais existir.

Pensando-se na era da superinformação, na qual lembrar de uma notícia, de uma pessoa, de um fato e até de um crime torna-se tão simples e rápido, o cuidado para não se violar direitos fundamentais deve ser redobrado, sob a consequência de ferir um dos principais objetivos do Direito Penal brasileiro, a ressocialização de um indivíduo.

3. ESTUDOS DE CASOS

Tendo em vista os conceitos e definições até então trabalhados, passa-se a analisar, agora, a aplicação do Direito ao Esquecimento em casos reais, a partir do estudo de alguns casos, analisando-se o *distinguishing* entre eles.

3.1. Caso Aída Curi: a Repercussão Geral do STF e o não Reconhecimento do Direito pelo STJ

Aída Curi, de apenas 18 anos de idade, foi brutalmente morta, logo após ser vítima de uma tentativa de estupro, em 14 de julho de 1958, em Copacabana, no Rio de Janeiro. A jovem foi arremessada do 12º andar do Edifício Rio-Nobre na tentativa dos infratores de simular um suicídio.

Três homens estavam envolvidos no crime, sendo um deles o porteiro do citado edifício, acusado apenas pelos crimes de atentado violento ao pudor e tentativa de estupro, tendo desaparecido antes mesmo do julgamento. Outro envolvido era um jovem de 17 anos de idade – quando tudo aconteceu, tendo sido o único condenado pelo homicídio. Por fim, estava envolvido também



R.G.S.C., acusado e condenado pela prática do crime de atentado violento ao pudor e tentativa de estupro, sendo inocentado pelo crime de homicídio.

Ao estarem com a jovem dentro do edifício, os infratores a levaram para o 12º andar, quando então Aída foi espancada por cerca de 30 minutos, segundo o laudo pericial, assim como teria sofrido uma tentativa de estupro. Diante da exaustão física, a vítima desmaiou, momento em que os criminosos decidiram jogá-la do prédio, a fim de simular seu suicídio. Em virtude de tamanha crueldade, esse crime se tornou o símbolo do fim da inocência no bairro de Copacabana.

Na época, o caso foi amplamente divulgado e exaustivamente investigado pelos diversos meios midiáticos, fazendo com que o crime alcançasse proporção nacional, tornando o nome Aída Curi muito conhecido e sempre lembrado.

A exposição do caso, dos envolvidos e de Aída Curi pela mídia voltou em 2004, 46 anos após o crime, quando a Rede Globo reconstituiu o delito no programa Linha Direta – Justiça. Com a veiculação do caso na televisão, depois de tantos anos, a família Curi decidiu mover uma ação de indenização contra a emissora, sob o argumento de reavivar uma imensa notoriedade que por tantos anos os perseguiu. Tal ação tramitou por quase 20 anos e ficou conhecida como Ação do Direito ao Esquecimento, tornando-se tese de repercussão geral a ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Em 11 de fevereiro de 2021, o STF decidiu pela incompatibilidade do Direito ao Esquecimento com a atual ordem constitucional, sendo o pedido da família negado.

A Suprema Corte entendeu que a concessão de um Direito ao Esquecimento violaria a liberdade de expressão, constituindo uma espécie de censura à imprensa, na figura da Rede Globo, a qual apenas teria noticiado um crime de violência contra a mulher. Alegadamente, entendeu o STF que já haveria muitas informações e documentos sobre o caso Aída Curi, de forma que a emissora não teria sido abusiva ou excessiva na forma de contar o caso ou pelo simples fato de relembrá-lo. A emissora baseou sua defesa nesse entendimento, a seguir transcrito:

O programa não tinha por objetivo invadir a vida privada e a intimidade de quem quer que seja. Muito pelo contrário, seu conteúdo se limitava à abordagem de fatos já públicos e históricos, todos relacionados a crimes notórios e aos respectivos julgamentos dos acusados. (BRASIL, 2021, p. 12).

Diante disso, a exibição do presente caso no programa Linha Direta – Justiça não incorreria em violação à honra, à imagem, ao nome nem à vida privada da vítima ou de qualquer de seus familiares, ainda que a veiculação dos acontecimentos não tivesse sido autorizada pela família Curi.

Quanto ao julgamento no Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a corte federal que, de fato, familiares das vítimas e as vítimas em si têm direito ao esquecimento para que, assim, não tenham de se submeter a lembranças dolorosas e desnecessárias. Entretanto, o Ministro Luis Felipe Salomão, relator do Recurso Especial 1335153/RJ – que versou sobre o caso ora analisado, defendeu que, para um crime com tanta repercussão e que se tornou de domínio público, é impossível falar do fato sem falar da vítima, isso porque a omissão da pessoa do ofendido inviabilizaria a narrativa dos fatos, portanto, falar do caso Aída Curi sem falar em Aída Curi tornaria o trabalho da imprensa impraticável.

Além disso, justamente pela veiculação do crime em rede nacional ter ocorrido mais de 40 anos após o delito é que não se pode dizer que o abalo emocional da família é o mesmo vivido à época dos fatos, ainda que gere um desconforto, o qual não justifica a concessão de um Direito ao Esquecimento.

Ademais, o STJ ainda considerou que a forma como o caso foi noticiado não gerou nenhum tipo de desrespeito ou menosprezo à imagem de Aída, de modo que não há de se falar em exploração abusiva ou excessiva da imagem dos envolvidos.

Diante disso, no caso Aída Curi, o tribunal entendeu que o Direito ao Esquecimento não pôde ser concedido em razão de não ser possível identificar abusos ou excessos na informação, de forma que não há justificativa para fazer prevalecer o direito à vida privada diante do conflito com o interesse público na divulgação de tal crime.

3.2. Caso Chacina da Candelária: Reconhecimento do Direito ao Esquecimento pelo STJ

No dia 23 de julho de 1993, próximo à Igreja da Candelária, localizada no Rio de Janeiro, oito jovens – em situação de rua – foram mortos a tiros e muitos outros ficaram feridos. Durante as investigações, foi descoberto que o crime teria sido praticado por policiais militares, numa ação efetuada por uma milícia privada. Ao que tudo indicava, a motivação para o crime teria sido vingança, já que algumas crianças que viviam na Candelária teriam quebrado o vidro de uma viatura no dia anterior.

Logo após a ocorrência do delito, vários canais de comunicação estavam no local para fazer a cobertura de tudo que fora possível. O crime, que ficou conhecido como Chacina da Candelária, ganhou repercussão e indignação internacional, principalmente porque se tratava de crianças e adolescentes tragicamente mortos. Ao final, cerca de 52 pessoas foram acusadas e julgadas pelo cometimento da chacina, mas apenas 4 foram condenadas.

J.G. F. foi um dos acusados e inocentado pelo júri do caso, pois não teria participado da ação criminosa. Todavia, em 2006, na exibição do programa Linha Direta – Justiça, a emissora Globo Comunicações e Participações S/A teria divulgado sua imagem, nome, idade e envolvimento no caso, gerando ódio naqueles que viviam na mesma vizinhança que J.G.F.

De acordo com J.G.F. – que já tinha refeito sua vida em outra cidade –, em virtude da divulgação feita pelo programa, ele começou a ser ameaçado, de forma que – junto com sua família – teve de se mudar novamente, perdendo seu emprego, amigos, casa, mas ganhando olhares de desconfiança de todos aqueles que por ele passavam. Por esse motivo, ajuizou uma ação em face da emissora, requerendo uma indenização no valor de R\$50.000,00, além do reconhecimento de seu Direito ao Esquecimento. Após uma longa batalha judicial, o processo chegou ao Superior Tribunal de Justiça, que concedeu o Direito ao Esquecimento a J.G.F., fixando a indenização em R\$50.000,00.

Ao julgar o REsp 1334097/RJ, o STJ entendeu que a veiculação do caso não teria contemporaneidade, haja vista o interesse público não ter sobrevivido à passagem do tempo, tendo apenas reaberto memórias desconfortantes ao autor da ação e gerado ódio social. Conforme acórdão:



Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, que reabriu antigas feridas já superadas pelo autor e reacendeu a desconfiança da sociedade quanto à sua índole. O autor busca a proclamação do seu direito ao esquecimento, um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado. (BRASIL, 2013, p. 1)

O Ministro Luís Felipe Salomão, relator, defendeu que de fato a liberdade de imprensa é imprescindível para a manutenção de um Estado Democrático de Direito, contudo, não se pode olvidar do princípio da dignidade da pessoa humana, que, segundo o Ministro, seria um princípio da República Federativa do Brasil, ultrapassando a categoria de apenas um direito. Além disso, argumentou que a historicidade de uma notícia, tratando-se de jornalismo investigativo, deve sempre ser analisada com cautela, haja vista a permissão da veiculação de um fato pretérito, baseado na historicidade, poder ensejar uma espécie de segunda violação à dignidade da pessoa humana, já que uma exploração desenfreada da mídia é capaz de gerar um populismo penal que se satisfaz com o simples binômio bandido *vs.* cidadão de bem. Em casos assim, o reconhecimento do Direito ao Esquecimento serviria como uma forma de correção à divulgação da sequência de acontecimentos passados.

Luís Felipe Salomão entende também que interesse público não se confunde com interesse do público, sendo este último o responsável pelo sentimento de vingança contínua e servindo como motor de audiência às notícias divulgadas numa mescla de informação e dramaturgia, como era o caso do programa Linha Direta – Justiça, o qual reproduzia os fatos, muitas vezes nem constatados – já que algumas informações só seriam de conhecimento dos envolvidos –, por meio de atores. Nas palavras do Ministro:

Não obstante, é imperioso também ressaltar que o interesse público – além de ser conceito de significação fluida – não coincide com o interesse do público, que é guiado, no mais das vezes, por sentimento de execração pública, praxeamento da pessoa humana, condenação sumária e vingança continuada. (BRASIL, 2013, p. 36)

Por fim, o Superior Tribunal de Justiça considerou que a trágica história da Chacina da Candelária poderia ter sido bem contada, de forma fiel e digna aos fatos, sem que fosse necessária a exposição do nome e imagem do autor da ação, J.G.F, sendo este o principal *distinguishing* entre o caso Chacina da Candelária e o caso Aída Curi, motivo pelo qual o primeiro teve reconhecido o Direito ao Esquecimento e o segundo não.

Ante o exposto, em 28 de maio de 2013, conforme o acórdão, os Ministros do STJ que decidiram acerca do Recurso Especial 1334097/RJ entenderam que, no caso da Chacina da Candelária, o direito à vida privada deveria prevalecer ante o interesse público, isso porque a retirada do nome e imagens do autor da ação na reconstrução dos fatos divulgados em rede nacional de televisão não traria prejuízo ao direito de imprensa.

Assim, foi concedido o Direito ao Esquecimento a J.G.F, sob o fundamento de que a violação à sua vida privada lhe causou danos sociais muito difíceis de serem reparados ou até mesmo irreparáveis, apenas reacendendo na sociedade um sentimento de revolta, ódio, opressão e desconfiança à pessoa do recorrente, que sequer participou do crime.

3.3. Caso Hopi Hari: Direito ao Esquecimento para uma Pessoa Jurídica

Gabriela Nachimura tinha 14 anos de idade quando foi arremessada de um brinquedo chamado *La Tour Eiffel*, atração do parque de diversões Hopi Hari, localizado em Vinhedo, São Paulo.

A tragédia aconteceu no dia 24 de fevereiro de 2012. Segundo a perícia feita no brinquedo logo após o acidente, ficou constatado que a trava de segurança não passava por manutenção há cerca de 10 anos e que o brinquedo não tinha cinto de segurança, motivos pelos quais a jovem caiu de uma altura de 69,5 metros, equivalente a um edifício de 23 andares, numa velocidade de aproximadamente 94km/h.

A família de Gabriela decidiu ajuizar uma ação contra o parque e a prefeitura de Vinhedo, requerendo uma indenização de R\$2.000.000,00. Além disso, o Ministério Público do Estado de São Paulo denunciou 12 pessoas, entre funcionários, diretor e presidente do Hopi Hari, sendo que 3 funcionários foram condenados a dois anos e oito meses por homicídio culposo, enquanto outros 5 funcionários foram eximidos de responsabilidade.

O caso repercutiu na mídia principalmente por envolver a morte de adolescente em virtude da inobservância de cuidados técnicos que deveriam ter sido tomados pelo parque, de forma que o Hopi Hari se tornou o símbolo de um lugar trágico, marcado pela morte de uma jovem que aproveitava um dia de férias.

Com toda a veiculação do caso, o parque começou a perder frequentadores, levando a pessoa jurídica a mover uma ação em face de Empresas de Comunicação Via Rádio, Televisão, Internet e demais meios de comunicação do Brasil, sendo requerido o reconhecimento do Direito ao Esquecimento, com o objetivo de impedir as rés de divulgarem ou veicularem notícias referentes ao parque ou qualquer das atrações nele presentes que remetessem ao ocorrido em 2012.

Diante disso, a juíza Euzy Lopes Feijó Liberatti, da 2ª Vara da Comarca de Vinhedo/SP, decidiu que o chamado direito de ser esquecido não se aplicaria ao caso, já que este direito deve ser observado em relação a pessoas humanas, haja vista apenas estas poderem ser vítimas de ofensa à sua honra, imagem e intimidade. Sustentou ainda que a empresa Hopi Hari visou o Direito ao Esquecimento apenas como uma forma de recuperação econômico-financeira, não sendo esta uma justificativa para o reconhecimento de tal direito, ainda mais porque a veiculação do caso não violou qualquer direito, não se podendo limitar o direito de imprensa:

Além de se tratar de pessoa jurídica, a veiculação do fato do acidente, em si, e por si só, não representa ofensa a qualquer direito, posto que a premissa é de que pertence à história, não se podendo obstaculizar os meios de imprensa de abordá-lo, porquanto notório e verdadeiro, sob pena de se avalizar a “lei da mordaca”. (ESTADO DE SÃO PAULO, 2020, p. 2)

Assim, em 26 de novembro de 2020, ficou decidido pelo não reconhecimento do Direito ao Esquecimento à pessoa jurídica, tendo em vista que este direito resguardaria apenas pessoas físicas, ou seja, pessoas humanas.

Inconformado com a decisão, o parque de diversões Hopi Hari recorreu, fazendo o processo chegar ao Superior Tribunal de Justiça, porém, o julgamento ficou suspenso, aguardando

a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca do tema Direito ao Esquecimento, o qual seria decidido a partir da repercussão geral levantada pelo caso Aída Curi.

Considera-se, portanto, que, ainda que o STJ não tenha efetivamente julgado o caso, conforme a fundamentação da juíza de direito do TJSP, o Direito ao Esquecimento não se aplicaria a pessoas jurídicas, isso porque o princípio da dignidade da pessoa humana – balizador do direito de ser esquecido – restringir-se-ia a pessoas humanas, de modo que não haveria sentido em conceder o benefício a uma empresa, ainda mais quando da divulgação não transparece qualquer excesso ou abuso por parte dos órgãos de imprensa.

Por fim, observa-se que o *distinguishing* entre o caso Hopi Hari e os casos Aída Curi e Chacina da Candelária está justamente no fato de, no primeiro, tratar-se de pessoa jurídica, enquanto, nos outros dois, o reconhecimento de o Direito ao Esquecimento ter sido requerido por pessoas humanas.

4. CONCLUSÃO

O Direito ao Esquecimento, sustentado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, conforme o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, editado pelo Conselho de Justiça Federal, ainda passa por muitas discussões acerca de sua aplicabilidade no Brasil, tendo em vista que – na maioria dos casos – ele envolve um conflito entre direitos fundamentais, sendo difícil determinar qual direito deve sobressair, já que todos estão numa mesma escala de relevância dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Como demonstrado ao longo deste artigo, a divulgação de notícias *ad eternum* pode causar danos a todos os envolvidos em um fato criminoso, desde o réu, muitas vezes já condenado e tendo quitado sua “dívida” com a sociedade, até a vítima e seus familiares, os quais revivem o doloroso sentimento vivido à época dos fatos. Assim, nesses casos, a violação do direito à vida privada causaria também uma violação à dignidade da pessoa humana, não se respeitando um dos principais fundamentos da República Federativa do Brasil, como previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, também como explanado, o direito de imprensa, uma espécie de liberdade de expressão, que tem como finalidade atender ao interesse público, não pode ser sempre limitado, sob pena de censura prévia, a qual é fortemente vedada tanto por nossa Ordem Constitucional quanto pela doutrina, jurisprudência e pela própria sociedade.

Desse modo, observa-se que a permanente precedência do direito à vida privada ou à liberdade de expressão ocasionará, em determinado momento, a violação de algum direito, isso porque as circunstâncias do caso concreto se tornam determinantes para a predominância de um direito sobre o outro, sendo, por isso, a técnica da ponderação um meio justo para solucionar conflitos.

Com a era da superinformação, garantir direitos se tornou tarefa árdua, já que a internet é um meio em que se pode lembrar – ou esquecer – de absolutamente tudo, fazendo com que a era digital possa então representar uma ameaça à segurança jurídica, pois a tutela de direitos é difícil de ser feita diante da agilidade com que uma informação se dissemina.

Quanto ao direito de ser esquecido nesta era da hiperinformação, uma notícia compartilhada, que alcança milhares de pessoas em segundos, pode ser capaz de violar importantes direitos de um indivíduo, os chamados direitos da personalidade, os quais devem ser resguardados e garantidos ao máximo, ainda que, em determinadas circunstâncias, possam sofrer restrições em favor do interesse público.

Ante o exposto, com base nos estudos de casos realizados, conclui-se que, para entender a inserção do Direito ao Esquecimento no ordenamento jurídico nacional, deve-se assegurar a possibilidade de se discutir a finalidade e o modo de divulgação da informação. Uma informação excessiva ou abusiva pode ensejar a limitação do direito de imprensa, abarcado pelo direito à liberdade de expressão – direito fundamental protegido pela CFRB, ou seja, possibilitar-se-ia, nesse caso, a concessão do direito de ser esquecido, como visto no Tema 786 de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal e nas demais decisões dos casos estudados.

Portanto, apenas diante de uma análise casuística, poderá se determinar como se dará a aplicação do Direito ao Esquecimento, ponderando-se o conflito entre o interesse público na divulgação de crimes e o direito à vida privada, tendo em vista que, na era da superinformação, a passagem do tempo, o modo de divulgação e o meio de veiculação tomam outras proporções.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro**. Disponível em: http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf. Acesso em: 01 set. 2021.

BRASIL. **Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, de 23 de abril de 2013**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em: 27 set. 2021.

BRASIL. **Lei 13.188, de 11 de novembro de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13188.htm. Acesso em: 2 jul. 2022.

BRASIL. **Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/13964.htm. Acesso em: 19 dez. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Recurso Especial 1335153/RJ**. Recurso Especial. Direito Civil-Constitucional. Liberdade de imprensa vs. Direitos da personalidade. Litígio de solução transversal. Competência do Superior Tribunal de Justiça. Documentário exibido em rede nacional. Linha direta-Justiça. Homicídio de repercussão nacional ocorrido no ano de 1958. Caso “Aída Curi”. Veiculação, meio século depois do fato, do nome e imagem da vítima. Não consentimento dos familiares. Direito ao esquecimento. Acolhimento. Não aplicação no caso concreto. Reconhecimento da historicidade do fato pelas instâncias ordinárias. Impossibilidade de desvinculação do nome da vítima. Ademais, inexistência, no caso concreto, de dano moral indenizável. Violação ao direito de imagem. Súmula n. 403/STJ. Não incidência. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=36170660&tipo=91&nreg=>. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1334097/RJ**. Recurso Especial. Direito Civil-Constitucional. Liberdade de imprensa vs. Direitos da personalidade. Litígio de solução transversal. Competência do Superior Tribunal de Justiça. Documentário exibido em rede nacional. Linha direta-Justiça. Sequência de homicídios conhecida como Chacina da Candelária. Reportagem que reacende o tema treze anos depois do fato. Veiculação inconstitucional de nome e imagem de indiciado nos crimes. Absolvição posterior por negativa de autoria. Direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram pena e dos absolvidos. Acolhimento. Decorrencia da proteção legal e constitucional da dignidade da pessoa humana e das limitações positivadas à atividade informativa. Presunção legal e constitucional de ressocialização da pessoa. Ponderação de valores. Precedentes de direito comparado. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.274/DF**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Pedido de “interpretação conforme à Constituição” do §2º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, criminalizador das condutas de “induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga”. Relator: Min. Ayres Britto, 23 de novembro de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1955301>. Acesso em: 31 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário 1010606/RJ**. Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido. Relator: Min. Dias Toffoli, 11 de fevereiro de 2021. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>. Acesso em 12 nov. 2021.

DALL’AGNO, Leticia Lopes. **Ressocialização do apenado**: a dificuldade no retorno à sociedade. 2010. Disponível em <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/27344> Acesso em 22 dez. 2022.

ESTADO DE SÃO PAULO. 2ª Vara da Comarca de Vinhedo/SP. **Ação de Obrigação de Não Fazer 1002822-10.2020.8.26.0659**. Hopi Hari S/A e Empresas de Comunicação Via Rádio, Televisão, Internet e Demais Meios de Comunicação do Brasil. Relatora: Euzy Lopes Feijó Libertatti. Decisão 26 nov. 2020. Disponível em: <https://images.jota.info/wp-content/uploads/2020/12/doc-118357184.pdf?x86577>. Acesso em: 26 out. 2021.

GRAZIANO SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos et al. **A progressão de regime no Sistema Prisional do Brasil**. 2001. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/80136>. Acesso em: 21 dez. 2022

HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Anna-blume, 2013.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. 19. ed. V. 1, São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. Editora Jurídico. São Paulo: Atlas, 2003.

NICOLODI, A. M. Conflitos entre direitos fundamentais - liberdade de imprensa versus direito à vida privada, direito à imagem e direito à honra. **Cadernos da Escola de Direito**, v. 1, n. 8, 22 mar. 2017. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2575/2148>. Acesso em: 20 dez. 2022.

PINHEIRO, Denise. **A liberdade de expressão e o passado**: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento. Tese de Doutorado em Direito – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/169667/342648.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em 20 maio 2022.

SARAI, Leandro. Comentário ao art. 178. In: **Tratado da nova lei de licitações e contratos administrativos: Lei 14.133/2021 comentada por advogados públicos**. 2.ed. Salvador: Juspodium, 2022.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License





Data do recebimento: 30/08/2022

Data do aceite: 28/09/2022

.....

O “DIÁLOGO DAS CORTES” ENTRE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E A JURISDIÇÃO INTERNACIONAL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

*THE “DIALOG OF COURTS” BETWEEN THE BRAZILIAN
CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND THE
INTERNATIONAL JURISDICTION OF THE INTER-AMERICAN
COURT OF HUMAN RIGHTS*

CONVERSAÇÕES TRANSCONSTITUCIONAIS ENTRE ORDENS JURÍDICAS

TRANSCONSTITUTIONAL DIALOG AMONG JUDICIAL ORDERS

.....

Fabricio Henriques¹

1 - Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília, UnB, Brasil. Pesquisador Visitante no Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (2022). Membro do grupo de pesquisa Crítica & Direito Internacional. Professor Voluntário de Direito Internacional (UnB). Advogado. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/4754300899139716>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6762-4772>. E-mail: fabricio.s.henriques@gmail.com.



SUMÁRIO: Introdução; 1. A relevância da filosofia na determinação do conceito de direito para Recaséns Siches; 2. A axiologia e empirismo na teoria da Estimativa Jurídica; 3. A objetividade possível; 4. A historicidade como elemento essencial da Estimativa Jurídica; 5. A ideia de justiça e a dignidade humana como valor central na determinação do Direito; 6. Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho tem por finalidade apresentar e analisar os aspectos concernentes à “conversação” entre as ordens jurídicas constitucional (brasileira) e internacional (interamericana) na resolução de questões transconstitucionais, por meio do chamado diálogo das cortes, que será devidamente fundamentado e balizado à luz do transconstitucionalismo. Para tanto, será necessário delimitar e discorrer sobre a eventual existência de uma jurisdição internacional em analogia à jurisdição constitucional. Falar-se-á, mais precisamente, de jurisdições internacionais, com competências específicas e em grau não hierarquizante entre elas, além da caracterização de escopo regional ou global de atuação. Serão apresentados, da mesma forma, os debates relacionados à defesa de multiplicação de tribunais internacionais e a eventual perspectiva de fragmentação do Direito Internacional. No que alude à solução de problemas transconstitucionais, serão abordados casos específicos de diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da chamada “jurisprudential cross-fertilization” ou “cross-reference”. Por fim, serão apresentados determinados desafios ainda presentes que precisam ser mais aprofundados e compreendidos para serem superados. A percepção de que não há hierarquia entre jurisdições, e sim atribuições específicas de competências, seja por via constitucional, seja por via convencional, além do fato de que a “conversação” transconstitucional entre as ordens jurídicas parte do reconhecimento da dupla contingência, que pode ser fomentadora de interações harmônicas ou conflituosas, são os pontos de partida para a harmonização do diálogo entre as cortes internacionais e o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista, sobretudo, a salvaguarda dos Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Transconstitucionalismo. Diálogo entre Cortes. Conversações Transconstitucionais. Direito Internacional. Direito Interno.

ABSTRACT: *This paper aims to present and to analyze the aspects concerning the “dialog” between Brazilian constitutional jurisdiction and Inter-American international jurisdiction in their work on resolving transconstitutional issues, through the mechanism of “dialog of Courts”, which will be duly explained in the light of transconstitutionalism. To do so, it will be necessary to delimitate and to discuss about the existence of an international jurisdiction in analogy to the constitutional one. It will be presented, more precisely, international jurisdictions, each one with its own competences and in a non-hierarchical level among them. Moreover, the characterization of regional or global scope of acting will be defined. The debates concerning the support of international courts and the fragmentation perspective of International Law will be presented. Concerning the resolution of transconstitutional issues, specific cases of “dialog” (through the so-called jurisprudential cross fertilization or cross-reference) between Brazilian Supreme Court of Justice and Inter-American Human Rights Court will be analyzed. In fine, certain challenges that still remain will be presented, in order to let some questions to be answered. The perception of a non-hierarchical model between jurisdictions, with a whole set of specific competences for each Court, based on conventional or constitutional standards is the key point for the harmonization of the dialog between international courts and Brazilian Supreme Court. It is important to take into account that the transconstitutional conversation among different judicial orders comes with the recognition of the double contingency, which might foster either harmonic or conflicting interactions, mainly in the defense of human rights.*

KEYWORDS: *Transconstitutionalism. Dialog among courts. Transconstitutional conversations. International law. Municipal law*



INTRODUÇÃO

Atualmente, muitas questões relacionadas à garantia e à defesa dos direitos humanos ou à questão da limitação do poder têm perpassado a esfera pública do Estado nacional, que não tem sido capaz, autonomamente, de oferecer resposta às mais diversas demandas da sociedade² (NEVES, 2009, p. 120). Isso não significa, necessariamente, ineficiência estatal; trata-se de um reflexo das complexas e diversificadas interações sociais que ocorrem na atualidade.³ A solução desses problemas, por sua vez, não passa pela assunção de uma determinada ordem jurídica em detrimento de outra, mas sim da constatação de que são questões transconstitucionais (NEVES, 2009, pp. XXI-XXII), cujas respostas podem estar na “conversação” entre ordens jurídicas distintas.

Cabe ao transconstitucionalismo, nesse sentido, servir de “pontes de transição” (NEVES, 2009, p. 117) entre as diversas ordens jurídicas. Conforme acentua Marcelo Neves (2009), “o fundamental é precisar que os problemas constitucionais surgem em diversas ordens jurídicas, exigindo soluções fundadas no entrelaçamento entre elas”. Delimitando ainda mais a relação entre o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas, afirma o autor:

O que caracteriza o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas é, portanto, ser um constitucionalismo relativo a (soluções de) problemas jurídico-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens. Quando questões de direitos fundamentais ou de direitos humanos submetem-se ao tratamento jurídico concreto, perpassando ordens jurídicas diversas, a ‘conversação’ constitucional é indispensável (NEVES, 2009, p. 129).

Antes, no entanto, de estabelecer e de analisar as conversações transconstitucionais entre as ordens jurídicas constitucional brasileira e internacional interamericana, cabe contextualizar a questão da jurisdição internacional, a qual difere das jurisdições constitucionais de Estados de Direito por diversos fatores, entre os quais a própria inexistência de uma única jurisdição internacional.

1. JURISDIÇÕES INTERNACIONAIS

O Direito Internacional contemporâneo tem-se desenvolvido de maneira bastante dinâmica, ao abarcar novos direitos que ampliam o escopo de proteção,⁴ bem como tem-se dinamizado no meio pelo qual esses direitos são garantidos e tutelados. Fato notório da construção jurídico-política do século XX, mais precisamente da proibição normativa do uso da força como mecanismo de condução da política exterior dos Estados,⁵ o avanço dos meios de solução pacífica

2 - “Os problemas dos direitos fundamentais ou dos direitos humanos ultrapassaram fronteiras, de tal maneira que o direito constitucional estatal passou a ser uma instituição limitada para enfrentar esses problemas. O mesmo ocorreu com a limitação do poder, com a questão de como combinar a limitação e o controle do poder com sua eficiência organizacional”

3 - Embora haja diferentes percepções dessas relações de complexidade, como Anne-Marie Slaughter e Gunther Teubner, citado por Neves, 2009, p. 31-34 ss.

4 - Embora isso não signifique a hipótese de “expansão imperial” a que Teubner alude, citado por Neves em relação à expansão de uma racionalidade transversal em demasia, cf. Neves, 2009, p. 47.

5 - Com exceção estabelecida pelas hipóteses contidas na Carta da ONU, como a legítima defesa e por meio de autorização do Conselho de Segurança. Reconhecem-se inúmeras críticas a respeito da violação seletiva, por parte do próprio Conselho de Segurança, a respeito do emprego ou não do uso da força em determinadas situações, notadamente aquelas que dizem respeito à “intervenção humanitária” (cf. Neves, 2005, p. 22-28; Neves, 2009, p. 86-87, 93; Koskeniemi, 1998, citado por Neves, 2009). Entretanto, é notório o reconhecimento internacional da ilicitude do uso indiscriminado da força hodiernamente; não é à toa que o Estado violador sempre faz questão de construir argumentações jurídicas as mais diversas para fundamentar sua ação, mesmo a única superpotência da atualidade, os Estados Unidos, que fizeram ampla campanha de convencimento midiático a respeito, por exemplo, da licitude da invasão ao Iraque, em virtude de alegadas armas de destruição em massa.

de controvérsias internacionais permitiu a ampliação dos mecanismos políticos, diplomáticos e jurisdicionais para a resolução de conflitos, o que tem permitido maior ambiente de cooperação entre Estados.

Embora todos os mecanismos pacíficos tenham sua relevância e, muitas das vezes, possuam nítida cooperação para o deslinde de uma controvérsia, por atinência ao objeto de estudo do presente trabalho, ater-se-á ao meio jurisdicional de solução de controvérsias, notadamente a relação da jurisdição internacional de tribunais internacionais com a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal.

Em razão disso, faz-se necessário analisar a questão relativa à jurisdição internacional. Não obstante seja comumente falado de maneira genérica (conforme se verificou em passagens anteriores neste próprio artigo), não se pode afirmar a existência de uma única jurisdição internacional compulsória com escala global abarcando a totalidade dos Estados e seus nacionais, cujo exercício seria atribuído a um único tribunal internacional competente para o julgamento de eventuais demandas. Trata-se de uma característica – e não necessariamente um problema – do Direito Internacional, cuja formulação de normas e atribuição de competências a entidades judiciais internacionais se dá de maneira descentralizada e não coordenada (NEVES, 2009, p. 117).

Deve-se ter em mente também que, embora o rol de sujeitos de Direito Internacional tenha sido ampliado hodiernamente, com vistas à inclusão de organizações internacionais e de indivíduos como legítimos sujeitos de direitos e responsabilidades na esfera internacional, a forma de elaboração de normas e o Direito Internacional *per se* ainda correspondem, sobretudo, à dimensão interestatal do sistema jurídico das relações internacionais (PELLET, 2004, p. 4).

Nesse sentido, pode-se constatar a existência de múltiplas jurisdições internacionais, as quais são caracterizadas pela atribuição de poder a Tribunais Internacionais pelos Estados, de maneira soberana e voluntária, a fim de conduzir, na medida de suas competências delimitadas em tratado internacional, a administração da justiça em âmbito internacional.

Conforme lição de Wagner Menezes (2013):

Assim, jurisdição internacional é a capacidade atributiva (poder) exercida por um Tribunal Internacional constituído a partir de um tratado, decorrente da vontade soberana dos Estados, no sentido de resolver conflitos à medida que a ele sejam apresentados, em lugar daqueles que no conflito estão envolvidos, mediante a aplicação de uma solução contida no sistema jurídico normativo baseado na própria concepção de Direito Internacional, fontes, princípios e, principalmente, a vontade definidora e delimitadora dos Estados componentes da sociedade internacional.

É muito importante ter em mente dois aspectos levantados pelo autor em relação à jurisdição internacional. Primeiramente, vincular-se à jurisdição de um Tribunal Internacional é atitude soberana de um Estado, da mesma forma que cumprir as disposições e decisões desse mesmo tribunal decorre da própria vontade soberana do Estado em se submeter à jurisdição internacional. O segundo aspecto relaciona-se à delimitação das competências jurisdicionais de cada tribunal, inseridas em seus próprios instrumentos constitutivos. Tais instrumentos dispõem



tanto sobre os tipos de competência quanto sobre o alcance da jurisdição internacional de cada Tribunal e das normas de direito aplicáveis ao seu funcionamento.⁶

Os Estados, quando aceitam a jurisdição de várias Cortes Internacionais, não estão aceitando várias interpretações do Direito – cujo sentido continua sendo um só –, e nem muitos direitos e sistemas, mas estão buscando partilhar com outros povos e Estados o ideal de justiça que nutre a relação entre eles e que transcende sua existência e interesse.

No que concerne à coexistência de múltiplos Tribunais Internacionais, não há que se falar em hierarquia ou verticalização entre eles, e sim em coordenação e complementaridade (CANÇADO TRINDADE, 2011, p. 195).⁷ Esses tribunais conformam aquilo que Cançado Trindade (2013, p.101; 2011, p. 195) denomina de “Redes Policêntricas de Tribunais Internacionais,”⁸ as quais afirmam e confirmam “a aptidão do Direito Internacional para resolver os mais distintos tipos de controvérsias internacionais, em níveis tanto interestatal como intraestatal” (CANÇADO TRINDADE, 2013, p. 101). A cada tribunal, é dado o esforço de contribuir para a busca da realização da justiça internacional.

Tendo em conta a existência de múltiplas jurisdições internacionais, mister se faz tecer breves comentários acerca dos múltiplos tribunais contemporâneos. Para tanto, será utilizado o critério de classificação proposto por Wagner Menezes, caracterizado em: mecanismos jurídicos universais gerais, mecanismos jurídicos especializados (Tribunais regionais), tribunais especializados universais e tribunais especializados *ad hoc* (MENEZES, 2013, p. 156 a 236).

Em relação aos mecanismos jurídicos universais gerais, são exemplo a Corte Internacional de Justiça (CIJ) e a Corte Permanente de Arbitragem. Possuem amplo escopo no que se refere à aplicação do Direito Internacional, não obedecendo a qualquer delimitação quanto à matéria objeto da controvérsia, isto é, não possuem especialização quanto ao tema, o que implica o julgamento de causas diversas, como questões de fronteiras ou violação a tratado de Direitos Humanos. Caracterizam-se por uma lógica interestatal, podendo receber pleitos formulados apenas por Estados soberanos. Embora possua essa vocação universal, é importante salientar que, sob a jurisdição compulsória da CIJ, menos de um terço dos Estados-membros da comunidade internacional aceita hoje a cláusula facultativa de jurisdição obrigatória (art. 36(2) do Estatuto da CIJ) (CANÇADO TRINDADE, 2011, p. 191).

6 - Cançado Trindade afirma que “cada tribunal internacional tem sua jurisdição fundamentada em um tratado ou instrumento internacional distinto e tem seu próprio direito aplicável” (tradução livre), (CANÇADO TRINDADE, 2011, p. 195).

7 - Em relação a isto, explica Cançado Trindade que “a própria Carta das Nações Unidas (artigo 95) prevê a criação de novos tribunais internacionais, e nada há na Carta, nem no próprio Estatuto da CIJ [Corte Internacional de Justiça], que reserve a esta o monopólio da solução pacífica de controvérsias internacionais, ou uma indevida subordinação a esta dos demais tribunais internacionais. Acima de pretensões mesquinhas e frívolas dessa natureza (na busca de uma supremacia que não existe), encontra-se a necessidade da realização da justiça internacional, e para isso o Direito Internacional contemporâneo encontra-se hoje melhor equipado com os novos tribunais internacionais. É esta a visão que tenho propugnado e que tem vindo ganhar terreno e crescente apoio por parte da doutrina jusinternacionalista mais lúcida e esclarecida”. (CANÇADO TRINDADE, 2011, p. 189).

8 - Conforme acentua Marcelo Neves ao analisar o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas diversas: “Isso significa dizer que não só a sociedade mundial, mas também o seu sistema jurídico é multicêntrico, de tal maneira que, na perspectiva do centro (juízes e tribunais) de uma ordem jurídica, o centro de uma outra ordem jurídica constitui uma periferia”. (NEVES, 2009, p. 117).

Quanto aos mecanismos jurídicos especializados, são exemplos os Tribunais Regionais, como a Corte Europeia de Direitos Humanos, o Tribunal de Justiça da União Europeia, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH), o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul (TPR), entre outros. Caracterizam-se pelo julgamento de matérias delimitadas do Direito Internacional e competência espacial mais restrita a uma determinada região (sistema interamericano, União Europeia, por exemplo).

Os Tribunais Especializados universais possuem vocação temática delimitada, mas possuem alcance mundial, aberto a todos os Estados que se submetam a suas jurisdições. Destacam-se nessa categoria o Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio (apesar de não ser um tribunal propriamente dito, mas que exerce função jurisdicional), o Tribunal Internacional do Direito do Mar e o Tribunal Penal Internacional. Em relação ao TPI, imperioso destacar a ampla relação da jurisdição constitucional brasileira com a jurisdição internacional penal, por conta da disposição expressa, na Constitucional Federal, da aceitação da República Federativa do Brasil à jurisdição de Tribunal Penal Internacional (art. 5º, §4º) e após o país ter ratificado o Estatuto de Roma, que criou e estabeleceu as normas de Direito aplicáveis ao TPI.

Os Tribunais especializados *ad hoc* são aqueles criados para o julgamento de fatos específicos e em regiões delimitadas. Após o encerramento do julgamento dos casos, os tribunais são encerrados. Destacam-se nessa categoria os Tribunais Penais Internacionais para a ex-Iugoslávia e para Ruanda, criados por meio de resolução do Conselho de Segurança da ONU,⁹ tendo o primeiro encerrado suas atividades em 2017 e o segundo, em 2016.

Além dos exemplos de jurisdições internacionais abordados, existem também, atualmente, tribunais penais “internacionalizados”, “híbridos” ou “mistos”, como os de Serra Leoa, Timor Leste, Kosovo, Bósnia-Herzegovina, Camboja e Líbano. Caracterizam-se pelo trabalho conjunto de juízes nacionais e internacionais e, segundo Cançado Trindade (2016, pp. 36-37), “têm constituído uma experiência nova e criativa em busca da justiça internacional”, notadamente no campo da “determinação da responsabilidade dos responsáveis por violações graves de Direito Internacional Humanitário”.

A experiência hodierna de ampliação da jurisdição internacional (*lato sensu*) não deve ser entendida como “proliferação” de tribunais internacionais, expressão que denota, de maneira negativa, a emergência de diversas cortes como algo atentador à unidade do Direito Internacional.¹⁰ Diferentemente do pensamento dos ex-presidentes da CIJ, G. Guillaume e R. Schwebel, que temiam pela distorção na operação da justiça ou por confusão jurisprudencial, o que ocasionaria conflitos de competência e de interpretação do Direito Internacional (KOSKENNIEMI; LEINO, 2002, p. 554), não se tem observado o potencial conflitivo e apocalíptico da atuação dos diversos tribunais internacionais. Essas concepções de fragmentação do Direito Internacional como algo tendente

9 - Resoluções 827, de 1993 (TPI para ex-Iugoslávia) e 955, de 1994 (TPI para Ruanda), ambas do Conselho de Segurança da ONU.

10 - Em relação a isso, constata-se lição de Cançado Trindade, ferrenho crítico do tema: “há, de início, que nos precaver contra o uso de neologismos nefastos (como “fragmentação” do Direito Internacional) e pejorativos (como “proliferação” de tribunais internacionais), inteiramente desprovidos de sentido e estranho ao universo conceitual de nossa disciplina. A atenção deve centrar-se não nestes neologismos que insinuam um problema falso de delimitação de competências, mas sim na expansão do acesso à justiça a um número crescente de justiciáveis, em distintas latitudes, em todas as regiões do mundo” (tradução livre). (CANÇADO TRINDADE, 2013, p. 13).

a minar a unidade do próprio sistema são caracterizadas por Koskenniemi como “ansiedades pós-modernas” (NEVES, 2009, pp. 286-287).

De maneira a corroborar a crítica à pretensa problemática relacionada à fragmentação do Direito Internacional, é importante mencionar a lição de Marcelo Neves:

No plano dos estudos do direito internacional público e das ordens jurídicas transnacionais, tem-se tornado lugar comum a utilização do termo “fragmentação para designar a falta de unidade do direito na sociedade mundial do presente. E, nesse contexto histórico, quando não se reconhece a fragmentação, a alternativa apresentada é a “utopia constitucional”. Do ponto de vista de uma abordagem sistêmico-funcional, a simples afirmação de utopias teleológicas ou o mero reconhecimento da fragmentação não constituem alternativas, antes indicam, respectivamente, o excesso de normativismo ou de realismo na abordagem dos problemas jurídicos da sociedade mundial (NEVES, 2009, p. 286-287).

Seguindo sua linha de pensamento, aduz o autor:

A fragmentação, em si mesma, não significa nada do ponto de vista da integração sistêmica. Os fragmentos podem permanecer sem nenhuma conexão, atuando com efeitos paralisantes ou destrutivos para os outros fragmentos. O problema que se põe é o de que como integrar esses fragmentos em uma “ordem diferenciada de comunicação”. Como se podem construir relações de interdependência entre os fragmentos? E é essa a integração sistêmica (NEVES, 2009, p. 287).

O caráter descentralizado de produção de normas internacionais e o caráter anárquico das relações interestatais é algo próprio do Direito Internacional,¹¹ o que não invalida (NEVES, 2009, p. 132) nem compromete sua existência como sistema jurídico.¹²

Da mesma forma, o fenômeno recente de ampliação e especialização da jurisdição universal significa a possibilidade de aumento do acesso dos jurisdicionados às Cortes, bem como representa maior garantia de proteção de direitos. A esse respeito, afirma Cançado Trindade (2013, p. 107):

A CIJ retém sua importância sobretudo para o contencioso interestatal. Para as vítimas de violações dos direitos humanos, os tribunais internacionais mais importantes são os de direitos humanos, e para os familiares dos vitimados por atos de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, os tribunais mais importantes são os penais internacionais. Para os tripulantes de navios detidos, o tribunal internacional mais importante é o do direito do mar, em Hamburgo. Cada um dos tribunais internacionais contemporâneos tem sua importância, no domínio reservado de sua atuação.

Dessa forma, a diversificação de tribunais internacionais é reflexo da complexificação do Direito das Gentes, e, tendo em conta a evolução das próprias relações humanas e interestatais,

11 - De maneira correlata, embora não fale em “anarquia”, Luhmann aponta para a inexistência de “acoplamento estrutural” a nível mundial. (LUHMANN, 2002, p. 416).

12 - “O Direito Internacional não é um direito homogêneo, assim como o Direito Interno também não o é, em certas abordagens teóricas, nem um instituto específico do Direito Constitucional, do Direito Internacional, do Direito Penal, ou ainda, do Direito Civil, comportando várias interpretações. Estabelecer, portanto, a homogeneidade como pré-requisito para interpretação de qualquer regra ou sistema é um dogmatismo secular cego e medíocre. O Direito, enquanto sistema, conjuga um conjunto de abordagens de tratamentos específicos para matérias diferenciadas, e assim ocorre também no arcabouço sistêmico do Direito Internacional como um dos seus ramos. (MENEZES, 2013, p. 311).

foi-se ampliando a dimensão dos bens jurídicos tutelados.¹³ E isso não corresponde apenas a um fenômeno do sistema jurídico internacional; nos próprios Estados, a gama de direitos protegidos foi-se ampliando, e novos direitos passaram a ser garantidos. Trata-se, por conseguinte, de característica própria da contemporaneidade.

2. TRANSCONSTITUCIONALISMO ENTRE ORDENS JURÍDICAS E DIÁLOGO DAS CORTES

Evidenciados os aspectos relacionados à jurisdição internacional e seu caráter diversificado em múltiplos tribunais, é importante analisar a sua relação com a jurisdição constitucional. Para tanto, apesar de haver, na União Europeia, vinculação mais ampliada entre a jurisdição supranacional e a jurisdição interna dos Estados,¹⁴ deve-se ter em mente, em relação à jurisdição constitucional brasileira, a relação de cooperação e de coexistência, e não de hierarquia entre tribunais nacionais e internacionais.

Tribunais internacionais não representam uma instância superior de apelação ou grau recursal contra as decisões das cortes nacionais. Não significa uma quarta instância, onde os jurisdicionados buscam a reforma de sentenças ou acórdãos derrotados no plano doméstico. As cortes internacionais, como já analisado anteriormente, possuem jurisdição e competência delimitadas pelos tratados constitutivos que as conformam, além das convenções internacionais e regulamentos que orientam o funcionamento dessas instituições.

Embora possível a responsabilização internacional do Estado por atos do Poder Judiciário (RAMOS, 2004) por eventual violação de uma norma convencional, ainda nesses casos não há como se observar a figura da quarta instância, uma vez que, no plano da jurisdição internacional, trata-se da responsabilidade do Estado – e não apenas de um dos seus poderes – que está em jogo. Entre as formas de reparação, a *restitutio in integrum* seria uma das medidas possíveis a serem adotadas por um tribunal internacional, podendo haver outras, como a compensação (caracterizada, sobretudo, pela indenização pecuniária) e a satisfação (caracterizada, *inter alia*, pelo reconhecimento do ilícito ou por um pedido formal de desculpas). Desse modo, trata-se de uma relação entre Estado soberano e corte internacional, e não um mecanismo de revisão de decisão entre tribunais.

Visto de outra maneira, a jurisdição internacional pode contribuir para a resolução de um problema transconstitucional relacionado à limitação do poder do Estado (NEVES, 2009, pp. 235-277), notadamente acerca da autonomia e independência da jurisdição constitucional, em situações em que os Poderes Executivo e Legislativo exacerbam suas funções e passam a perseguir magistrados ou a desrespeitar as decisões da corte constitucional. Nesse sentido, é paradigmático

13 - Em relação a isso, é importante a lição de Wagner Menezes: “O fato de haver uma multiplicação de microsistemas jurídicos, que foram resultado de normatização internacional especializada para cuidar dos Direitos Humanos, do Direito Internacional Econômico, do Direito Internacional do Meio Ambiente, do Direito Internacional do Mar, do Direito Internacional Penal, da Integração, entre outros campos, não quer dizer que exista uma fragmentação do Direito Internacional. Afinal, todos esses campos são “internacionais” e não negam que são ramos ligados ao Direito Internacional e que utilizam as suas fontes normativas, fortalecendo, assim, a ideia da unidade crescente no sistema em uma pluralização dinâmica do Direito Internacional”. (MENEZES, 2013, p. 312).

14 - Não se trata efetivamente de hierarquia, mas as repartições realizadas pelos Tratados de Lisboa em competências fazem com que, nas matérias de competência exclusiva da União, devam ser respeitadas e aplicadas diretamente as decisões do Tribunal de Justiça de União Europeia. Ver também em Neves (2009, p. 152-166, 229-235).

o *Caso Tribunal Constitucional v. Peru* (2001), julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH). Em resumo, tratou-se de medida do Poder Legislativo do Peru que cassou três magistrados do Tribunal Constitucional por juízo político (votaram contra a possibilidade de reeleição do então presidente Alberto Fujimori). A CtIDH responsabilizou o Estado peruano pela violação das garantias judiciais e do devido processo legal, além de reconhecer a importância da independência de qualquer juiz em um Estado de Direito, notadamente um magistrado de uma corte constitucional.

A característica de cooperação entre as ordens jurídicas internacional e constitucional dos Estados na solução de problemas transconstitucionais apresenta-se por aquilo comumente chamado de “diálogo das cortes” (SLAUGHER, 2000; 2003 apud NEVES 2009, p.117-151; RAMOS, 2009). Não se trata de um mecanismo compulsório ou obrigatório aos juízes nacionais, mesmo porque isso feriria a independência funcional constitucionalmente concedida aos magistrados; trata-se, por outro lado, de medida de cooperação entre juízes, ao se depararem com situações que envolvam aplicação ou observância de normas internacionais, em que seja prudente a interpretação e a aplicação do direito em consonância com o que é recorrentemente julgado pelas jurisdições internacionais em casos análogos. O maior beneficiário desse diálogo é o jurisdicionado, porquanto se evitam interpretações conflitantes sobre as mesmas disposições normativas, o que transmite a percepção de maior coordenação entre os sistemas jurídicos.

Importante salientar que, dada a característica metodológica inerente ao transconstitucionalismo entre ordens jurídicas, que é a dupla contingência (LUHMANN, 1987 apud NEVES, 2009, p. 270), a interação entre as ordens jurídicas nem sempre é cooperativa, podendo naturalmente ocorrer situações conflituosas.¹⁵ Nesse sentido, a fim de que o “Diálogo das Cortes” não seja caracterizado como um diálogo inócuo (VARELLA, 2012, p. 260) ou como “mera peça de retórica judicial” (RAMOS, 2014, p. 406), André de Carvalho Ramos propõe parâmetros para que se estabeleça um diálogo efetivo, sobretudo no âmbito dos Direitos Humanos:

- 1) Menção à existência de dispositivos internacionais convencionais ou extraconvencionais de direitos humanos vinculantes ao Brasil sobre o tema;
- 2) Menção à existência de caso internacional contra o Brasil sobre o objeto da lide e as consequências disso reconhecidas pelo Tribunal
- 3) Menção à existência de jurisprudência anterior sobre o objeto da lide de órgãos internacionais de direitos humanos aptos a emitir decisões vinculantes ao Brasil
- 4) O peso dado aos dispositivos de direitos humanos e à jurisprudência internacional. (RAMOS, 2014, p. 406)

O conhecimento e a observância das decisões dos tribunais internacionais, de maneira interessada, pelos magistrados, bem como a utilização dos precedentes judiciais internacionais como elemento persuasivo de formação da decisão do magistrado, levam àquilo conhecido como “cross-fertilization” ou “cross-reference” (CANÇADO TRINDADE, 2013, p. 99; NEVES, 2009, p. 119). Em relação a isso, Marcelo D. Varela afirma que:

¹⁵ - “No limiar, toda ‘conversação’ entre cortes carrega em si o potencial de disputa”. (NEVES, 2009, p. 117).

O direito torna-se comum a partir do conhecimento e, em alguns casos, da aproximação de interpretações sobre determinados institutos jurídicos entre tribunais nacionais e internacionais. Quando há influência de um tribunal sobre outro, o processo também é denominado “fertilização cruzada”, expressão que se espalhou pela teoria jurídica, com variações.

A ideia subjacente é a existência de um diálogo entre os juízes, que passam a se interessar, estudar e utilizar as interpretações jurídicas desenvolvidas em outros tribunais, estrangeiros ou internacionais. Trata-se de uma das pedras angulares daqueles que defendem a existência ou a possibilidade de uma ideia de ordem no direito internacional contemporâneo, marcado pela complexidade com a profusão de redes de atores e de normas, de organizações e de tribunais. A ordem viria da interpretação judicial comum ou dialogada, respeitando-se as diferenças culturais ou de linguagem, dentro da margem nacional de apreciação de cada Estado (VARELLA, 2012, p. 216/217)¹⁶

Tendo em conta a existência de problemas transconstitucionais, tem-se constatado, atualmente, uma aproximação maior da jurisdição constitucional brasileira com os precedentes das cortes internacionais, a cuja jurisdição o Brasil se submete. Nesse sentido, e para fins de delimitação do presente estudo, serão analisados aspectos relacionados ao “diálogo” entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para tanto, serão apresentados três precedentes do STF em que há relação direta com problemática transconstitucional e a invocação de precedentes da jurisdição interamericana de Direitos Humanos, tanto no aspecto frutífero do “diálogo” quanto de desafios que ainda persistem.

2.1 Diálogo entre STF e CtIDH

A República Federativa do Brasil se submete à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos desde 1998. Da mesma forma, o país é parte nos principais instrumentos normativos de garantia e de proteção dos Direitos Humanos no sistema interamericano, sobretudo na Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 (ratificado apenas em 1992). De maneira voluntária e soberana, o Estado brasileiro se compromete, entre outros direitos inseridos no também chamado Pacto de San José da Costa Rica, à obrigação de respeitar os direitos e liberdades¹⁷ e de adotar disposições de direito interno,¹⁸ caso o exercício dos direitos e liberdades presentes no Pacto não esteja garantido por disposições legislativas ou de outra natureza.

Longe das considerações a respeito do debate monista x dualista a respeito da relação entre Direito Interno e Direito Internacional, no que concerne à temática dos Direitos Humanos

16 - Ainda sobre o tema, Neves, citando Slaughter, afirma, em decorrência da fertilização cruzada, o surgimento de uma *comitas* judicial, que significaria um certo “dever” de cortesia entre juízes das mais diversas cortes de justiça, além de uma “negociação judicial”. (NEVES, 2009, p. 119).

17 - CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Artigo 1º(1): “Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

18 - CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Artigo 2º: “Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no art. 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”.

e embora se reconheça que não corresponde ao entendimento majoritário da doutrina nacional, entende-se que se deve dar efetividade à primazia da norma mais favorável ao indivíduo, também conhecido como princípio *pro persona*.¹⁹ Nesse sentido, eventual conflito entre disposições normativas nacionais ou internacionais seria resolvido sem a necessidade de recurso à estrutura hierárquica de tratados internacionais, evitando-se, assim, outras violações aos Direitos Humanos. Da mesma forma, não se verifica eventual incompatibilização do princípio *pro persona* com a resolução de problemas transconstitucionais; pelo contrário, observa-se, nesse princípio, que possui disposição normativa expressa, uma das formas de “pontes de transição” entre as ordens jurídicas, sem que uma sobressaia à outra.

Essa posição, embora de estatura constitucional (art. 5º, §2º, CF), foi, em certa medida, comprometida com o advento do art. 5º, §3º, da CF, inserido com a Emenda Constitucional 45/2004, uma vez que, segundo esse dispositivo, “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Deu-se um possível *status* de emenda constitucional aos tratados de Direitos Humanos que porventura vierem a passar pelo novo procedimento, embora ele não seja necessariamente obrigatório (GALINDO, 2005, pp. 83-102).

O caso mais paradigmático que levou o STF a solucionar a aparente contradição entre um dispositivo do Pacto de San José e uma norma constitucional foi o bastante conhecido caso do depositário infiel. A fim de não fugir ao tema deste trabalho, não será feita uma análise detida do caso e tampouco da evolução jurisprudencial do STF em relação ao tema. O traço importante do “Diálogo das Cortes” é evidenciado na própria ementa do RE 466.343/SP, de relatoria do então Ministro Cezar Peluso, cujo teor é o seguinte:

EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. **Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).** Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. **É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. RE 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, J. 03/12/2008, Dje. 05/06/2009. (grifo nosso)**

No presente caso, a maioria dos ministros levou em conta o entendimento do Min. Gilmar Mendes,²⁰ que, em seu voto, trouxe a interpretação de que os tratados internacionais de Direitos Humanos que não tivessem passado pelo novo rito do art. 5º, §3º, possuiriam *status* de norma supralegal: abaixo da Constituição Federal, mas acima da legislação infraconstitucional.

19 - Art. 29, “b”, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos: “Nenhuma norma desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados”

20 - Se é incontroversa a legitimidade constitucional da prisão civil do devedor de alimentos, assim não ocorre em relação à prisão do depositário infiel. As legislações mais avançadas em matérias de direitos humanos proibem expressamente qualquer tipo de prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais, excepcionando apenas o caso do alimentante inadimplente. O art. 7º (n.º 7) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ‘Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, dispõe desta forma: ‘Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.’ Com a adesão do Brasil

Essa solução buscou equacionar o dilema entre uma norma constitucional originária, presente no artigo referente aos direitos e garantias fundamentais, e a obrigação internacional constante nos tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico interno.

Não se podendo falar em inconstitucionalidade de norma constitucional originária, a solução de adequação entre as ordens jurídicas internacional e interna passou pelo chamado “efeito paralisante” (RE.466.343/SP) que os Tratados de Direitos Humanos conferiram à norma infraconstitucional regulamentadora da prisão civil do depositário infiel. Dessa maneira, a norma interna seria ilícita, à luz dos Tratados de Direitos Humanos incorporados, e, a partir de então, com status supralegal.

A despeito das críticas que essa tese trouxe para o sistema, reconhece-se que a solução dada ao caso, à época, foi de grande importância para a salvaguarda dos Direitos Humanos, haja vista que as prisões civis decorrentes da violação do dever do fiel depositário tiveram um fim, o que foi posteriormente ratificado com a edição da Súmula Vinculante n. 25,²¹ tendo como precedente representativo da edição da súmula o próprio RE 466.343/SP.

O segundo caso em análise denota ainda mais a relação de “diálogo” transconstitucional entre as cortes, bem como a utilização ampla da “cross-reference” como elemento persuasivo de grande relevância para o deslinde da causa. Trata-se do RE 511.961/SP (2009),²² conhecido pelo julgamento da desnecessidade de diploma de jornalismo para caracterizar a profissão de jornalista, de relatoria do Min. Gilmar Mendes.

No caso, foi reconhecido que a exigência de diploma de ensino superior como condição para o exercício da profissão de jornalista feria as liberdades de profissão, de expressão e de informação, garantidas pela Constituição Federal (art. 5º, IX e XII, e art. 220, caput e §1º). Para tanto, foi utilizada a Opinião Consultiva nº 01/1985,²³ da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tendo ela sido salientada já na ementa do Recurso Extraordinário:

JORNALISMO. EXIGÊNCIA DE DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR, REGISTRADO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE JORNALISTA. LIBERDADES DE PROFISSÃO, DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. CONSTITUIÇÃO DE 1988 (ART. 5º, IX E XIII, E ART.

a essa convenção, assim como ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, sem qualquer reserva, ambos no ano de 1992, iniciou-se um amplo debate sobre a possibilidade de revogação, por tais diplomas internacionais, da parte final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, especificamente, da expressão ‘depositário infiel’, e, por consequência, de toda a legislação infraconstitucional que nele possui fundamento direto ou indireto. (...) Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (...) deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (...). Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 466.343/SP, Rel. Min Cezar Peluso, J. 03/12/2008, Dje. 05/06/2009, Voto Min. Gilmar Mendes.

21 - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Súmula Vinculante nº 25: É ILÍCITA A PRISÃO CIVIL DE DEPOSITÁRIO INFIEL, QUALQUER QUE SEJA A MODALIDADE DO DEPÓSITO.

22 - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 511961 / SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, J. 17/06/2009, Dje. 13/11/2009.

23 - CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Opinião Consultiva n. 05/85 (“La colegiación obligatoria de periodistas”).

220, CAPUT E § 1º). NÃO RECEPÇÃO DO ART. 4º, INCISO V, DO DECRETO-LEI Nº 972, DE 1969. 1. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. ART. 102, III, “A”, DA CONSTITUIÇÃO. REQUISITOS PROCESSUAIS INTRÍNSECOS E EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE

(...)

8. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. POSIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - OEA. A Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão no dia 13 de novembro de 1985, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão em sentido amplo (caso “La colegiación obligatoria de periodistas” - Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985). Também a Organização dos Estados Americanos - OEA, por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, entende que a exigência de diploma universitário em jornalismo, como condição obrigatória para o exercício dessa profissão, viola o direito à liberdade de expressão (Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 25 de fevereiro de 2009). RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS CONHECIDOS E PROVIDOS. RE 511961 / SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, J. 17/06/2009, Dje. 13/11/2009. (grifo nosso)

Importante destacar do presente caso de “cross-reference” dois aspectos bastante singulares. Primeiramente, trata-se da natureza do precedente utilizado pelo STF: uma opinião consultiva. É cediço que a Corte Interamericana de Direitos Humanos possui competências contenciosa e consultiva. A primeira, vinculante e obrigatória para as partes em litígio, deve ser prontamente cumprida, em razão da vontade soberana do Estado em se submeter à jurisdição da CtIDH. Já a competência consultiva, que, em princípio – e pela sua própria natureza –, não possui caráter de litigiosidade, é importante instrumento a serviço da CtIDH, a fim de estabelecer marcos hermenêuticos de interpretação ou de formas de aplicação de uma norma. Embora não vincule diretamente os Estados, as decisões da CtIDH em opiniões consultivas balizam seu entendimento em relação a uma matéria específica, fazendo com que um Estado procure evitar a aplicação ou interpretação de uma norma de maneira diversa, o que poderia ensejar eventual responsabilização internacional em um caso concreto. Sobre essa “força” hermenêutica que as opiniões consultivas possuem, André de Carvalho Ramos denominou de “fenômeno da coisa julgada interpretada”, que, segundo ele, “orienta os Estados e que deve ser acatada justamente para que se evite uma responsabilização futura” (RAMOS, 2009, p. 825).

O segundo aspecto muito peculiar diz respeito à inclusão do precedente da Corte Interamericana na *ratio decidendi* do caso.²⁴ Isso porque, usualmente, as “pontes de transição” transconstitucionais que ocorrem mediante fertilização cruzada integram a decisão em forma de *obiter dictum*, conforme se pode extrair dos inúmeros votos que compuseram a maioria no julgamento do primeiro caso analisado neste trabalho. Ocorre que, tanto na ementa quanto no voto do relator, e especialmente neste, houve a ampla transcrição da decisão da Corte Interamericana na Opinião Consultiva.

24 - Em análise próxima, mas em outro caso, ver Neves, 2009, p. 179.

Nesse sentido, o STF, observando um precedente que tratava de matéria análoga ao caso sob sua apreciação e em se tratando de um problema transconstitucional, valeu-se da interpretação da CtIDH na Opinião Consultiva nº 05/1985 como precedente persuasivo para, em associação com as normas constitucionais norteadoras da matéria, afastar a obrigatoriedade do diploma de jornalismo, em benefício das liberdades de profissão, de expressão e de informação.

Se, nos dois casos até agora apresentados, pôde-se perceber, de maneira mais ou menos intensa, um diálogo frutífero entre a Corte Interamericana e o Supremo Tribunal Federal no enfrentamento de problemas transconstitucionais, o terceiro caso revela-se um desafio à ampliação e à consolidação desse “diálogo”: trata-se da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153/DF,²⁵ de relatoria do Ministro Eros Grau, que questionava a recepção da Lei de Anistia de 1979 pela Constituição Federal de 1988.

Esse caso teve ampla repercussão no mundo jurídico nacional e internacional (VARELLA, 2012, p. 259), em razão da condenação do Estado brasileiro, meses depois, pela CtIDH no Caso Gomes Lund e outros,²⁶ também conhecido como Guerrilha do Araguaia. Nesse caso, além do reconhecimento da responsabilidade internacional do Brasil pelo desaparecimento forçado de mais de 60 pessoas durante a ditadura militar, bem como das reparações pecuniárias às famílias das vítimas, foi declarado, também, que a anistia concedida aos agentes das violações graves de Direitos Humanos ocorrida no caso não é compatível com o Pacto de San José da Costa Rica, devendo o Estado brasileiro proceder à revisão da Lei de Anistia e ao processamento e julgamento dos violadores.

Não obstante se possa alegar o caráter temporal do julgamento da ADPF 153 como mecanismo de impossibilidade de se observar as disposições da sentença do Caso Gomes Lund e outros, é de se constatar que a jurisprudência da CtIDH possui precedentes emblemáticos relacionados ao tema,²⁷ na medida em que leis de anistia de outros países latino-americanos foram declaradas incompatíveis com o Pacto de San José, tendo os Estados, e até mesmo o Poder Judiciário desses países, procedido à revisão das leis de anistia, compatibilizando-as à defesa e garantia dos Direitos Humanos (LOUREIRO; SILVA, 2011).

O simples “esquecimento” da jurisprudência da CtIDH por parte do STF já denota uma possibilidade conflitiva na resolução desse problema transconstitucional. É difícil de se imaginar o desconhecimento por parte do tribunal, que trouxe à tona um precedente de 1985 da CtIDH, de julgados mais recentes com ampla repercussão internacional que levaram em conta a análise de leis de anistia por parte da Corte Interamericana. É muito louvável a fertilização cruzada para o aprimoramento e para o estabelecimento de “pontes de transição” entre as questões transconstitucionais, contudo, ela deve ser realizada de maneira coerente, para que as soluções propostas não caiam em descrédito (NEVES, 2009, p. 248).

25 - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADPF 153 / DF, Rel. Min. EROS GRAU, J. 29/04/2010, Dje. 06/08/2010.

26 - CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso Gomes Lund e outros vc. Brasil (Guerrilha do Araguaia), sentença de 24/10/2010.

27 - CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso Barrios Altos vs. Peru, sentença de 13/03/ 2001; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentença de 26/09/2006.



A ação dos juízes e tribunais brasileiros, bem como de membros do Ministério Público, tem-se caracterizado pela postura crítica em relação à decisão do STF sobre o tema, notadamente em relação à discussão sobre imprescritibilidade de crimes de desaparecimento forçado. Inquéritos e processos judiciais têm sido iniciados sob o argumento de que tais crimes estariam inseridos no rol de crimes contra a humanidade e, portanto, não passíveis de prescrição. Nesse sentido, espera-se, em prazo não tão longo, que novas demandas questionando a Lei de Anistia cheguem à apreciação do STF²⁸ e que então haja o efetivo “diálogo das cortes”, e não um diálogo inócuo.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O transconstitucionalismo entre ordens jurídicas tem-se mostrado cada vez mais presente na contemporaneidade. O fenômeno da multiplicação de tribunais internacionais permitiu a ampliação do acesso dos sujeitos de Direito, sobretudo os indivíduos, a uma esfera de proteção suplementar e não antagônica à jurisdição dos Estados. A rejeição às concepções “ansiosas” de “proliferação” de tribunais internacionais se mostra coerente com a constatação de não ter havido conflitos insuperáveis ou mesmo sobreposição de jurisdições internacionais. Os desafios na intensificação e na consolidação da cooperação entre tribunais precisam ser reconhecidos e superados, com vistas à resolução de problemas transconstitucionais.

Em relação ao “diálogo” entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, reconhecem-se os avanços na intensificação da “cross-reference” como mecanismo de salvaguarda dos Direitos Humanos. Contudo, são perceptíveis os obstáculos à harmonização das decisões de ambos os tribunais ao paradigma da proteção internacional dos Direitos Humanos.

O tema, felizmente, não se esgota nos precedentes apresentados, tampouco entre as ordens jurídicas analisadas. Em julgado recente, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal inovou a forma de diálogo ao incorporar como instrumento persuasivo dominante o voto vencido de uma sentença da Corte Internacional de Justiça. Trata-se do julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo 954.858/RJ, que levou à fixação da tese de repercussão no Tema 944 e que se baseou, em grande medida, no voto dissidente do então Juiz Cançado Trindade no Caso Imunidades Jurisdicionais do Estado (Alemanha v. Itália, com intervenção da Grécia). A consequência prática desse julgado é a constatação de divergência entre a ordem jurídica nacional e a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça em relação à possibilidade de relativização da imunidade de jurisdição do Estado para atos de império violadores de direitos humanos.

Além disso, as conversações transconstitucionais entre ordens jurídicas não se dão apenas entre as instâncias no topo da hierarquia do Poder Judiciário. A ação de juízes e de tribunais nas instâncias inferiores, bem como de membros do Ministério Público brasileiro têm contribuído para a efetivação do diálogo na salvaguarda de direitos humanos. Exemplo recente é o julgamento, pela Quarta Turma do TRF da 1ª Região, do Recurso em Sentido Estrito 0005216083.2015.4.01.3901/

28 - É digno de nota a mudança de entendimento da Procuradoria Geral da República, no parecer da ADPF 320, em que reconhece a necessidade de revisão da Lei de Anistia, em crimes contra a humanidade, cf. <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=5102145&text=.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2022.

PA, que reconheceu a imprescritibilidade do crime de escravidão, no âmbito do cumprimento das obrigações internacionais de se buscar a persecução penal e o consequente julgamento dos réus no Caso José Pereira (FREITAS, 2022)

À luz dos argumentos expostos, entende-se que a cooperação entre as jurisdições constitucional e internacional na resolução de problemas transconstitucionais tende a reforçar a harmonização do sistema jurídico, garantindo previsibilidade às relações interestatais e conferindo uma gama ainda maior de proteção aos indivíduos, por meio da possibilidade de acesso a tribunais internacionais de Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **El Ejercicio de la función judicial internacional:** Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

_____. **Os Tribunais Internacionais Contemporâneos.** Brasília: FUNAG, 2013.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, **Caso Imunidades Jurisdicionais do Estado** (Alemanha v. Itália, com Intervenção da Grécia), julgamento em 03 de fevereiro de 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, **Opinião Consultiva n. 05/85** (“La celegiación obligatoria de periodistas”), decisão de 1985.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, **Caso Gomes Lund e outros vc. Brasil** (Guerrilha do Araguaia), sentença de 24/10/2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, **Caso Barrios Altos vs. Peru**, sentença de 13/03/ 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, **Caso Tribunal Constitucional v. Peru**, sentença de 31/01/2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, **Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile**, sentença de 26/09/2006.

FREITAS, Lucas Daniel Chaves de. A imprescritibilidade do crime de escravidão e o Caso José Pereira – avanços na difusão e efetivação do DIDH no Sistema de Justiça brasileiro. **International Law Association Brazil**, 2022. Disponível em: <http://ila-brasil.org.br/blog/a-imprescritibilidade-do-crime-de-escravidao-e-o-caso-jose-pereira-avancos-na-difusao-e-efetivacao-do-didh-no-sistema-de-justica-brasileiro/>. Acesso em: 29 ago. 2022.

GALINDO, G. R. B. A Reforma do judiciário como retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos: um estudo sobre o novo §3º do artigo 5º da Constituição Federal. **Cena Internacional**, ano 7, n. 1. Brasília: UnB/Funag, 2005.

KOSKENNIEMI, Martti; LEINO, Päivi. Fragmentation of international Law? Postmodern anxieties. **Leiden Journal of International Law**, v. 15, n. 03. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira ; SILVA, Jamilly Izabela De Brito. O Conflito Aparente entre as Decisões do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153 e da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Gomes Lund e Outros contra Brasil (Guerrilha do Araguaia): A Antígona Brasileira. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, v. 11, p. 211-230, 2011.

LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

MENEZES, Wagner. **Tribunais internacionais: jurisdição e competência**. São Paulo: Saraiva, 2013.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NEVES, Marcelo. A Força Simbólica dos Direitos Humanos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 04. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, out./dez. 2005.

PELLET, Alain. “As Novas Tendências do Direito Internacional: Aspectos ‘Macrojurídicos’”, In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coord), **O Brasil e os novos desafios do direito internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade Internacional por violação de Direitos Humanos**, Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RAMOS, André de Carvalho. O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **RE 466.343/SP**, Rel. Min Cezar Peluso, J. 03/12/2008, Dje. 05/06/2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **RE 511961 / SP**, Rel. Min. GILMAR MENDES, J. 17/06/2009, Dje. 13/11/2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **ADPF 153 / DF**, Rel. Min. EROS GRAU, J. 29/04/2010, Dje. 06/08/2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **ADPF 320 / DF**, Rel. Min. Luiz Fux. Processo em andamento.

VARELLA, Marcelo D (2012). **Internacionalização do Direito**: Direito Internacional, globalização e complexidade. (Tese de Livre-docência). São Paulo, 2012.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License





Data do recebimento: 24/08/2022

Data do aceite: 3/11/2022

O DIREITO À DIGNIDADE E O MÁXIMO EXISTENCIAL

THE RIGHT TO DIGNITY AND THE EXISTENCIAL MAXIMUM

Thiago Anton Alban¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. A Teoria dos Custos dos Direitos; 2. O Mínimo Existencial e a Reserva do Possível; 2. O Direito à Dignidade e o Máximo Existencial; 3. Conclusão; Referências.

1 - Universidade Salvador – UNIFACS, Bahia, Brasil. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, Brasil. Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil. Bacharel em Direito e em Comunicação Social – Jornalismo. Professor da UNIFACS. Procurador do Estado da Bahia. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/9662679315850364>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1500-3955>. E-mail: talban@gmail.com.



RESUMO: Este trabalho visa defender a ideia de que o desenvolvimento político, social e linguístico dos direitos, princípios e garantias previstos na Constituição Federal, por meio da atuação interpretativa e do incremento da práxis constitucional, resulta no desenvolvimento da própria sociedade. Será proposta uma releitura do direito ao mínimo existencial, pregado pela maioria doutrinária e jurisprudencial, para que, adequando-o ao Brasil, onde a demanda decorrente do déficit de políticas públicas adequadas e do não cumprimento das promessas da modernidade é incalculável, passe-se a falar em um direito ao máximo existencial. Para tanto, é necessário que o próprio povo, mediante um agir interessado, busque a efetivação da Carta Política, sob pena de, em virtude de sua inércia, observar o texto constitucional parar no tempo, impossibilitado de desenvolver-se política, social e linguisticamente, o que somente ocorre por meio de uma prática de Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Teoria dos Custos dos Direitos. Reserva do Possível. Mínimo Existencial. Máximo Existencial.

ABSTRACT: *This paper aims to defend the idea that the political, social and linguistic development of the rights, principles and guarantees provided for in the Brazilian Constitution, through interpretive action and the increase of constitutional praxis, results in the development of society itself. A reinterpretation of the right to the “existential minimum” preached by the doctrinal and jurisprudential majority will be proposed so that, adapting it to Brazil, where the demand arising from the deficit of adequate public policies and the failure to fulfill the promises of modernity is incalculable, make room to a right to a “existential maximum”. Therefore, it is necessary that the people themselves, through an interested action, seek the implementation of the Political Charter, under penalty of, due to their inertia, observe the constitutional text stop in time, unable to develop politically, socially and linguistically, which only occurs through a practice of Constitution.*

KEYWORDS: *Constitutional Law. Theory of Costs of Rights. Contingency Reserve. Existential Minimum. Existential Maximum.*

INTRODUÇÃO

Fala-se muito em um direito ao mínimo existencial. Com supedâneo no princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal, a doutrina e a jurisprudência majoritárias entendem que o Estado deve prover o mínimo necessário à fruição de uma vida digna por seus administrados, com o objetivo de conferir o substrato essencial para que possam perseguir os seus interesses – o chamado bem comum de que tratam Jean Dabin² e o Papa João XXIII.³

Apesar de existirem algumas opiniões que buscam legitimar uma eventual omissão ou recusa estatais na prestação de assistência à população, com base, principalmente, nas teorias da reserva do possível e dos custos dos direitos, ainda não se chegou a um consenso sobre até que ponto o Poder Público pode invocar tais argumentos em seu favor.

Diante da falha do Estado brasileiro de cumprir efetivamente as promessas da modernidade, a cada dia, surgem mais protestos em prol de uma maior eficácia do texto constitucional, os quais parecem ter encontrado na doutrina neoconstitucionalista uma forte aliada.

Nesse ínterim, a efetivação dos princípios, direitos e garantias previstos na Constituição promove o desenvolvimento da sociedade em um movimento de protagonismo⁴ político e linguístico que, em face da ineficiência do Poder Público em cumprir as promessas da modernidade, busca construir, dialeticamente, a saída necessária para alcançar esse desiderato.

Assim, este trabalho buscará defender a ideia de que, por meio da aplicação prática dos princípios, garantias e direitos constitucionais, em especial dos direitos fundamentais, desenvolva-se, consequentemente, a própria sociedade, seja social, política ou linguisticamente.

Será sugerida uma releitura do direito ao mínimo existencial, pregado pela maioria doutrinária e jurisprudencial, para que, adequando-o ao Brasil, onde a demanda decorrente do déficit de políticas públicas adequadas e do não cumprimento das promessas da modernidade é incalculável, passe-se a se falar em um direito ao máximo existencial, na esteira do quanto defendido por Miguel Calmon Dantas (2019).

A proposta, portanto, será fundamentar a existência não de um direito ao mínimo existencial, mas ao máximo existencial, tendo em vista que a luta pela persecução e efetivação dos princípios, direitos e garantias constitucionais resulta no desenvolvimento da própria sociedade,

2 - “Chegou um momento em que os homens sentiram o desejo, vago e indeterminado, de um bem que ultrapassa o seu bem particular e imediato e que ao mesmo tempo fosse capaz de garanti-lo e promovê-lo. Esse bem é o bem comum ou bem público e consiste num regime de ordem, de coordenação de esforços e intercooperação organizada. Por isso o homem se deu conta de que o meio de realizar tal regime era a reunião de todos em um grupo específico, tendo por finalidade o bem público. Assim, a causa primária da sociedade política reside na natureza humana, racional e perfectível. No entanto, a tendência deve tornar-se um ato; é a natureza que impele o homem a instituir a sociedade política, mas foi a vontade do homem que instituiu as diversas sociedades políticas de outrora e de hoje. O instinto natural não era suficiente, foi preciso a arte humana” (DABIN, 1939, p. 90) (tradução livre).

3 - “O bem comum consiste no conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana” (PAPA JOÃO XXIII, 1963).

4 - “[...] la afirmación de que el juez re-crea el sentido de los casos en el momento en que refiere la ley a ellos, y la afirmación más inesperada de que el juez conoce al comportarse en cuanto que este comportamiento se integraría con el pensamiento normativo de sí mismo, nos llevan a la Idea de que el conocimiento jurídico es un conocimiento de protagonista” (COSSIO, 2007, p.183). Vide, ainda, a lição de Marília Muricy Machado Pinto: “ao conhecer, o juiz reconhece-se como parte integrante do objeto; é protagonista e não espectador” (PINTO, 1998, p.81).

pois, sem aplicação concreta, o texto constitucional não passa de um mero pedaço de papel, como bem aduziu Ferdinand Lassale (2001, p. 37).

1. A TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS

Um dos fundamentos utilizados pela doutrina e pela jurisprudência para fundamentar e legitimar a escusa do Estado em efetivar princípios, direitos e garantias constitucionais decorre da chamada teoria dos custos dos direitos. Segundo essa teoria, todos os direitos possuem um custo econômico, razão pela qual, inexistindo disponibilidade orçamentária, é legítima a recusa estatal em efetivá-los, por uma impossibilidade material de cumprir com o quanto previsto na Constituição sem que tal atitude prejudique o erário.

A autoria da teoria dos custos dos direitos é atribuída a dois estudiosos: Stephen Holmes e Cass Sustein (1999), que, em sua obra *The Cost of Rights*, afastam a clássica divisão entre direitos negativos (decorrentes dos chamados direitos de 1ª dimensão, ou direitos individuais) e direitos positivos (decorrentes dos chamados direitos de 2ª dimensão, ou direitos sociais e coletivos) para afirmar que todos os direitos são positivos, ou seja, demandam uma atuação estatal, tornando-se insustentável a ideia de que existiriam direitos cuja concretização ocorreria mediante um não agir (omissão) do Estado, com base na noção liberal clássica de um Estado absenteísta, mínimo.

Para os professores supracitados, os direitos só existem quando há respaldo orçamentário. Assim, não há que se falar na não efetivação de direitos diante da ausência de recursos, mas, simplesmente, na inexistência dos direitos em questão. Existiria, em verdade, não um “direito não efetivado”, mas, simplesmente, um “não direito”, a exemplo do que Friedrich Müller (2009) preleciona em sua Teoria Estruturante quando afirma ser inadequado tratar de ponderação de direitos fundamentais, pois o que haveria é o “não direito” do jurisdicionado em virtude do não preenchimento da estrutura da norma por uma conduta que, *a priori*, estaria em choque com uma conduta baseada em outro direito, este sim protegido e integrante da estrutura da norma jurídica.

Na visão de Gustavo Amaral (2010, pp. 42-43), os direitos não são absolutos, mas relativos, devendo-se levar em conta os custos financeiros para sua efetivação. O julgador deve fazer uma escolha diante da escassez de recursos, de um lado, e da necessidade individual a uma determinada prestação estatal, de outro, escolha essa que reputa trágica, uma vez que jamais será facilmente tomada diante de um caso específico.

À luz desse pensamento, seria possível suspender a prestação de um serviço público, ainda que essencial, em face de um usuário inadimplente, uma vez que o custeio seria injustamente repassado aos demais usuários/contribuintes. Nas palavras do autor em análise:

O Brasil tem padrões de Primeiro Mundo em todas as mazelas que atingem igualmente ricos e pobres, como é o caso da poliomielite e da Aids; ou nos pontos que beneficiam apenas os ricos, como a qualidade industrial, os aeroportos. Mas mantém-se entre os piores do mundo naquilo que pode ser limitado aos pobres, como a desnutrição, a educação, a saúde. Se os recursos são escassos, como são, é necessário que se façam decisões locativas: quem atender? Quais os critérios de seleção? Prognósticos de cura? Fila de espera? Maximização de resultados (número de vidas salva por cada mil reais gasto, p. ex.)? *Quem consegue primeiro uma liminar?* Tratando-se de uma decisão, nos parece intuitiva a necessidade de *motivação* e controle dos critérios de escolha, uma prestação de contas à sociedade do *porquê* preferiu-se atender a uma situação e não à outra [...] a justiça do caso

concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de se quebrar a isonomia. Esta é a tensão entre micro e macrojustiça (AMARAL, 2010, p. 17-18).

Ao sugerir que “direitos não nascem em árvores”, Flávio Galdino parece compartilhar do entendimento retroesposado. Para ele, o Estado não pode ser condenado a fornecer medicamentos de êxito duvidoso ou a arcar com tratamentos experimentais de eficácia ainda não comprovada, que geralmente possuem um alto custo, sob o simples argumento de que o Poder Público deve assegurar aos cidadãos o direito à saúde de maneira ampla e irrestrita, sem atentar para a capacidade orçamentária.

O autor esclarece, contudo, que os custos não podem ser vistos como óbices à consecução dos direitos fundamentais. Assim, não é exatamente a exaustão da capacidade orçamentária que impede a realização de um determinado direito subjetivo fundamental:

Deveras, ao dizer-se que o orçamento público não pode suportar determinada despesa, *in casu*, destinada à efetivação de direitos fundamentais, e tendo como parâmetro a noção de custos como óbices, quer-se necessariamente designar *um* orçamento determinado. Isso porque os recursos públicos são captados em caráter permanente – a captação não cessa nunca, de forma que, a rigor, nunca são completamente esgotados. Assim sendo, nada obstará a que um outro orçamento posterior assumisse a despesa em questão. Sem embargo dessa possibilidade muitos autores argumentam que esse meio – a exaustão da capacidade orçamentária – constitui um meio de frustrar a proteção dos direitos fundamentais (GALDINO, 2005, p. 233-235).

Mais adiante em sua obra, Galdino analisa a suspensão da prestação de serviços públicos essenciais. A essencialidade estaria relacionada com a aptidão de um determinado produto ou serviço em atender às necessidades basilares do homem; relaciona-se, portanto, com a dignidade da pessoa humana. Entretanto, não se pode desconsiderar a base contratual da prestação de serviços, cuja regra é a contraprestação (GALDINO, 2005, pp. 289-291).

Nessa senda, o autor traça um comparativo entre a essencialidade e a continuidade dos serviços públicos, afirmando que também a continuidade cede em alguma medida, a exemplo da greve, concluindo que o direito à continuidade é da coletividade, e não de um consumidor específico, razão pela qual é legítimo o corte do serviço quando se vislumbra uma situação de inadimplemento:

[...] também a continuidade do serviço, embora sempre respeitada, cede em alguma medida [...]. Com base nesse parâmetro coletivo podemos concluir que, s.m.j., o princípio da continuidade do serviço público diz respeito ao interesse da coletividade nos serviços essenciais, e não ao interesse de um determinado consumidor em particular, não gerando, pois, direito a uma prestação determinada em favor de algum usuário inadimplente específico (GALDINO, 2005, p. 299-301).

Para o doutrinador (GALDINO, 2005, pp. 312-320), por mais que o serviço público seja considerado essencial, os seus gastos devem ser financiados, pois a economia estatal não é capaz de suprir toda a demanda da sociedade. Assim, não é possível falar em gratuidade quando se opta pela delegação de um serviço público, exigindo-se a contraprestação para mantê-lo funcionando em benefício de toda a coletividade. Não autorizar o corte no fornecimento implicaria, indiretamente,



a situação de alguns usuários suportarem o prejuízo ocasionado por um inadimplente, ou, ainda, a assunção do prejuízo pelo erário, o que afetaria outras políticas públicas igualmente importantes.

Existiria, ainda, o chamado efeito dominó, na medida em que uma decisão a favor de um consumidor inadimplente encorajaria outros a repetir a mesma atitude, notadamente em períodos recessivos.

Os exemplos elencados visam ilustrar a possibilidade de o Estado não efetivar direitos ante a insuficiência de recursos, seja em virtude do inadimplemento de alguns usuários, seja em razão de um déficit orçamentário do ente prestador. Para os adeptos da teoria em tela, a retórica que gravita em torno da gratuidade é, em regra, prejudicial, por ignorar ou desconsiderar os elevados custos subjacentes às prestações públicas necessárias à efetivação de direitos fundamentais.

2. O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

Além da teoria dos custos dos direitos, outro dos principais argumentos em favor da não efetivação de princípios, direitos e garantias constitucionais funda-se na chamada teoria da reserva do possível. Segundo essa teoria, o Estado somente pode oferecer à população o que seu orçamento permite, ou seja, aquilo que é possível, viável, de ser ofertado, sem que isso acarrete um rombo econômico.

Se não há condições orçamentárias para que um determinado município arque com o fornecimento gratuito de água a um grupo de consumidores inadimplentes, por exemplo, seria lícito efetuar o corte temporário no fornecimento do serviço, uma vez que a manutenção da atividade sem a devida contraprestação fugiria à sua capacidade econômica.

A teoria da reserva do possível foi desenvolvida com base em decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha a partir do caso conhecido como *numerus clausus*,⁵ no qual foi sustentado que limitações de ordem econômica podem comprometer a plena efetivação de direitos.

De acordo com a Corte alemã, os indivíduos somente podem exigir do Estado a execução de uma prestação ou a efetivação de um direito desde que se observe o limite da razoabilidade. Sobre o tema, confira-se a opinião de Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 370):

[...] colhe-se o ensejo de referir decisão da Corte Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou jurisprudência no sentido de que *a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável* (grifamos).

E conclui:

Sustenta-se, por exemplo, inclusive entre nós, que a efetivação destes direitos fundamentais encontra-se na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por

5 - Cujo foco não foi a questão orçamentária, mas a razoabilidade da permissão de acesso ao curso de medicina promovido pela universidade pública a todos que assim desejassem, apesar do número limitado de vagas, sob o argumento de que a Lei Fundamental garantiria a todos os alemães o direito de livremente escolher a sua profissão (art. 12, I).

parte do Estado, que, além disso, deve dispor do poder jurídico, isto é, da capacidade jurídica de dispor. Ressalta-se, outrossim, que constitui tarefa cometida precipuamente ao legislador ordinário a de decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, razão pela qual também se alega tratar-se de um problema de natureza eminentemente competencial. (SARLET, 2012, p. 389).

Dirley da Cunha Jr. (2004, p. 307-311) tece alguns comentários sobre a importação de teorias europeias sem a prévia observância do contexto social do país. Defende o autor que a teoria da reserva do possível (da forma como foi pensada) não atenta ao caso do Brasil, onde o povo carece de um padrão mínimo de prestações sociais, e conclui que os problemas de caixa não podem obstar a efetivação de direitos fundamentais, pois isso reduziria a sua eficácia a zero.

A propósito, já defendia Karl Larenz⁶ que não existe uma tabela predefinida de princípios e direitos que sempre sobressaíam em detrimento de outros, motivo pelo qual seria demasiado ingênuo concluir pela recusa à sua efetivação com base em uma insuficiência orçamentária, pura e simplesmente.

No entanto, quando medidas judiciais passam a afetar sobremaneira as finanças públicas, a efetivação de direitos sociais pode ser prejudicada pela escassez de recursos, sobretudo em época de crise sanitária/humanitária e na vigência de um estado de calamidade pública. Na lição de José Casalta Nabais Filho (2000, p. 19-21):

Os direitos, todos os direitos, porque não são dádiva divina nem frutos da natureza, porque não são auto-realizáveis nem podem ser realisticamente protegidos num estado falido ou incapacitado, implicam a cooperação social e a responsabilidade individual. Daí que a melhor abordagem para os direitos seja vê-los como liberdades privadas com custos públicos. Na verdade, todos os direitos têm custos comunitários, ou seja, custos financeiros públicos. Têm portanto custos públicos não só os modernos direitos sociais, aos quais toda a gente facilmente aponta esses custos, mas também custos públicos os clássicos direitos e liberdades, em relação aos quais, por via de regra, tais custos tendem a ficar na sombra ou mesmo no esquecimento. Por conseguinte, não há direitos de borla, apresentando-se todos eles como bens públicos em sentido estrito [...] Por isso, todos os direitos têm custos financeiros públicos, sejam custos indirectos nos clássicos direitos e liberdades, sejam custos directos nos direitos sociais. O que significa que todos os direitos têm custos financeiros públicos e sobretudo que os clássicos direitos e liberdades não têm apenas custos privados ou sociais, como uma visão menos atenta da realidade pretendeu fazer crer. **Todos os direitos têm, assim, por suporte meios financeiros públicos** ou, noutras palavras, atenta a natureza fiscal do estado contemporâneo, todos os direitos têm por suporte fundamentalmente a figura dos impostos (grifamos).

A teoria da reserva do possível constantemente colide com a teoria que prega a existência de um mínimo existencial de direitos fundamentais, segundo a qual existem direitos cuja aplicação não pode ser afastada ou minimizada, sob pena de violação do mínimo necessário à fruição de uma vida digna.

6 - "Que se recorra pois a uma ponderação de bens no caso concreto é na verdade, como se fez notar, precisamente consequência de que não existe uma ordem hierárquica de todos os bens e valores jurídicos em que possa ler-se o resultado como numa tabela" (LARENZ, 1997, p.575-576).

Manoel Jorge Silva Neto (2009, p. 144), por exemplo, defende o mínimo existencial, conceituando-o como um direito público subjetivo que depende de um caso específico para ser verificado, exigindo-se uma pronta resposta do Estado para satisfazer o mínimo necessário à existência humana.⁷

Ricardo Lobo Torres (2009, p. 25), por sua vez, aduz que “a teoria do mínimo existencial é um subsistema da teoria dos direitos fundamentais”, de cariz kantiana, a partir da qual se pode extrair o direito a situações existenciais dignas.

Inserem-se no conceito de mínimo existencial liberdades básicas do ser humano, a exemplo da livre manifestação do pensamento e da liberdade de consciência e de crença (art. 5º, IV e VI, da CF), além de direitos e garantias sociais necessários à manutenção de uma vida digna, como é o caso da assistência social, que, à luz do art. 1º da Lei nº 8.742/1993:

[...] é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Nas palavras do autor supracitado:

O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procurá-lo na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão. Só os direitos da pessoa humana, referidos a sua existência em condições dignas, compõem o mínimo existencial. Assim, ficam fora do âmbito do mínimo existencial os direitos das empresas ou das empresas ou das pessoas jurídicas, ao contrário do que acontece com os direitos fundamentais em geral [...]. A Corte Constitucional da Alemanha define o mínimo existencial como o que é “necessário à existência digna” (*ein menschenwürdiges Dasein notwendig sei*) (TORRES, 2009, p. 36-37).

Esclarece Ana Paula de Barcellos (2011, p. 247) que o mínimo existencial “corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna”, possuindo, em sua composição, três elementos materiais (educação básica, saúde básica e assistência aos desamparados) e um elemento instrumental (acesso à Justiça) (BARCELLOS, 2011, p. 302).

A título de ilustração, a autora cita alguns direitos e liberdades básicas, abaixo discriminados:

Embora não se tenha qualquer pretensão de exaustividade ou definitividade, há, independentemente de tudo que se expôs até aqui, um consenso lógico - metajurídico, por que não? - a respeito do assunto. Não há quem possa, com seriedade intelectual, afirmar, por exemplo, que uma pessoa tem sua dignidade respeitada se não tiver o que comer ou o que vestir, se não tiver oportunidade de ser alfabetizada, se não dispuser de alguma forma de abrigo. Como já se registrou, também fazem parte desse conteúdo mínimo da dignidade os chamados direitos da liberdade, e.g., liberdade de expressão, liberdade religiosa, liberdade de locomoção, direito de propriedade etc. (BARCELLOS, 2011, p. 297-299).

7 - Luís Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 22) explica que a proteção de um mínimo de direitos fundamentais é comum em países que passaram por regimes autoritários ou totalitários, a exemplo de Alemanha, Polónia, Portugal e Espanha (SILVA, 2005, p. 26).

Há de se destacar que o mínimo existencial não se limita à proteção de um número predefinido de direitos, pois, a partir dele, outros acabam sendo protegidos.

Ao se garantir a educação básica, por exemplo, garante-se, também, a igualdade equitativa de oportunidades de que fala John Rawls (1997, p. 162) e o livre exercício da atividade profissional (art. 5º, XIII, da CF), que não raramente depende de um mínimo de escolaridade para o seu bom desempenho, sobretudo em um cenário de livre concorrência (art. 170, IV, da CF).

Ademais, o acesso à educação básica é imprescindível para o exercício da cidadania⁸, eis que um cidadão bem instruído é capaz, *a priori*, de escolher os seus representantes com maior prudência (liberdade política), de receber mais ofertas de trabalho (liberdade econômica) e de conhecer melhor os seus direitos (liberdade intelectual), libertando-se da opressão, do desemprego, da desinformação e, *mutatis mutandis*, do que Louis Althusser (1970, p. 43-44) chamou de aparelhos ideológicos do Estado.

Cabe registrar, nesse ponto, a defesa de Amartya Sen (2010, p. 50) de cinco tipos de liberdades instrumentais essenciais ao exercício de uma vida digna, quais sejam, liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora, concretizando-se esta última por meio de “disposições institucionais fixas, como benefícios aos desempregados e suplementos de renda regulamentares para os indigentes” (SEN, 2010, p. 52).

Sobre o tema, cite-se a promulgação da Lei nº 10.835/2004, que instituiu a renda básica de cidadania, até hoje não implementada, em montante “suficiente para atender às despesas mínimas de cada pessoa com alimentação, educação e saúde, considerando para isso o grau de desenvolvimento do País e as possibilidades orçamentárias” (art. 1º, § 2º).

A ideia desenvolvida neste trabalho é de que o mínimo existencial não pode ser predefinido, porquanto somente é aferível caso a caso, levando-se em consideração os direitos envolvidos em um determinado litígio. Seria equivocado sustentar a recusa à efetivação de um direito constitucional com base na teoria da reserva do possível, ou na teoria do mínimo existencial, sem que se proceda a uma análise pormenorizada do caso, eis que somente por meio da atividade interpretativa será possível concluir por uma ou outra saída, tendo em vista a maleabilidade do que vem a ser o mínimo existencial e do que seria ou não possível ao Estado fornecer à população.

Assim, como não existe uma tabela predefinida de princípios, direitos e garantias que sempre sobressaíam em detrimento de outros, não se pode concluir, de antemão, pela sua não efetivação por motivo de insuficiência orçamentária. Optar por uma (trágica) decisão de tal porte seria fechar os olhos ao Direito como realidade, como expôs Miguel Reale (2010).

Em um movimento hermenêutico circular, o intérprete retorna constantemente aos pontos iniciais de sua abordagem, a fim de confirmar, ou não, o seu projeto inicial de compreensão.

8 - Até o vestuário (e, conseqüentemente, a condição econômica de adquiri-lo) possui uma relação direta com o exercício da cidadania, sobretudo quando se sabe que edifícios públicos são, em regra, bens públicos de uso especial (art. 99, II, do Código Civil), exigindo-se dos administrados, não raramente, que se apresentem com “decoro e asseio” para acessar e permanecer nas dependências de câmaras legislativas, assembleias e tribunais, a exemplo do que ocorreu com a publicação do Ato TST nº 353/2018 (já revogado).



Nas palavras de Hans-Georg Gadamer (2004, p. 75):

Quem quiser compreender um texto deverá sempre realizar um projeto. Ele projeta de antemão um sentido do todo, tão logo se mostre um primeiro sentido no texto. Esse primeiro sentido somente se mostra porque lemos o texto já sempre com certas expectativas, na perspectiva de um determinado sentido. A compreensão daquilo que está no texto consiste na elaboração desse projeto prévio, que sofre uma constante revisão à medida que aprofunda e amplia o sentido do texto.

A compreensão, portanto, está vinculada a um projeto de um todo – não pode ser realizada isoladamente, por partes, como ensina Eros Roberto Grau (2009, pp. 131-132) ao afirmar que o Direito não se interpreta em tiras, mas em conformidade com o ordenamento jurídico (e, sobretudo, com a Constituição).

Para que seja possível compreender, é necessário levar em consideração todas as circunstâncias do fenômeno a ser compreendido e interpretado, e não apenas características destacáveis de uma parte, o que geralmente é feito por conveniência do intérprete, quando, por exemplo, são omitidos parágrafos do acórdão colacionado na peça processual porque não se prestam ao que se pretende defender.

Nessa senda, não se pode deixar de efetivar uma garantia, um princípio ou um direito previsto na Constituição Federal, sobretudo quando se trata de um direito fundamental, invocando-se, simplesmente, e *aprioristicamente*, a insuficiência orçamentária como escusa. Se é caso de insuficiência de recursos, essa circunstância deve ser investigada casuisticamente, pois um Estado que elege inúmeros direitos, princípios e garantias em prol de seus administrados deve utilizar todos os meios possíveis para efetivá-los.

3. O DIREITO À DIGNIDADE E O MÁXIMO EXISTENCIAL

Foi visto que a escusa baseada na insuficiência de recursos é um dos principais argumentos utilizados para fundamentar a não efetivação de direitos, princípios e garantias constitucionais.

À luz de um pensamento que visa conferir uma maior efetividade às normas veiculadoras de direitos fundamentais, com suporte em um constitucionalismo garantista e dirigente (CANOTILHO, 1994), a teoria do mínimo existencial merece ser revista e ampliada.

Se um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro é promover o desenvolvimento nacional e o bem de todos (art. 3º da CF), a melhor maneira de fazê-lo é promover o desenvolvimento de seu instrumento legitimador: a Constituição. Para tanto, é necessário que o próprio povo, mediante um agir interessado, busque a efetivação da Carta Política, sob pena de, em virtude de sua inércia, observar o texto constitucional parar no tempo, impossibilitado de desenvolver-se política, social e linguisticamente. E essa efetivação fática dos preceitos constitucionais se realiza pelo concurso da vontade humana com a práxis constitucional, ou seja, de uma “prática de Constituição”, a exemplo do que Konrad Hesse (1991, p. 19) entende por “vontade de Constituição”.

Para tanto, o mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da CF), a ação popular (art. 5º, LXXIII, da CF), a iniciativa popular (art. 14, III, da CF) e as consultas populares (art. 14, §12, da CF) parecem ser exemplos de instrumentos democráticos que possibilitam à sociedade a adoção

de uma postura mais ativa, com a consequente provocação do Estado para que o Direito seja construído, intersubjetivamente, em prol da efetivação das promessas da Constituição Federal de 1988, que, já no preâmbulo, elege como valores supremos os “(...) direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”.

Nas palavras de Miguel Calmon Dantas (2011, p. 392):

Nesse sentido, o direito fundamental ao máximo existencial impõe, justamente, ao poder público que promova progressiva, contínua e processualmente, da forma explicitada, a ampliação dos níveis essenciais de prestação concernentes aos deveres positivos, a fim de alcançar o referencial da satisfação suficiente das necessidades existenciais e de autonomia para, assim, habilitar o ser humano ao pleno desenvolvimento de suas capacidades, assegurando-lhe a auto-realização (sic) e a autonomia.

Confira-se, também, a doutrina de Peter Häberle (1997, p. 23-24):

[...] a interpretação constitucional não é um ‘evento exclusivamente estatal’, seja do ponto de vista técnico, seja do ponto de vista prático. A esse processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política [...] Até pouco tempo imperava a ideia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos do processo. Tinha-se, pois, uma fixação da interpretação constitucional nos ‘órgãos oficiais’, naqueles órgãos que desempenham o complexo jogo jurídico-institucional das funções estatais. Isso não significa que se não reconheça a importância da atividade desenvolvida por esses entes. A interpretação constitucional é, todavia, uma ‘atividade’ que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo. A conformação da realidade da Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade.

A defesa do direito ao máximo existencial promove a releitura do direito ao mínimo existencial sob uma óptica contemporânea, que prima pelo desenvolvimento linguístico, político e, principalmente, social da Constituição Federal para garantir a sua constante e ininterrupta efetividade normativa, *à luz dos* avanços e conquistas da sociedade civil e em prol de um Estado mais garantidor e socialmente atuante.

É nesses moldes que Dirley da Cunha Jr. (2004) defende um direito fundamental à efetivação da Constituição, pois não basta haver previsões normativas em favor da sociedade; é necessário que a esta seja conferido o direito fundamental de vê-las cumpridas, aplicadas e efetivadas no dia a dia.

Ora, falar de dignidade mínima é falar de uma dignidade incompleta, insuficiente, atrofiada. A dignidade humana (e todos os direitos que dela decorrem) deve ser provida de maneira integral, maximizada, e não por meio de políticas públicas deficientes e insatisfatórias.

Assim como é inadequado dizer que “a Justiça tarda, mas não falha”, pois se a Justiça tarda é porque já falhou, também não se deve utilizar a expressão dignidade mínima, ou, até mesmo, dignidade máxima. Talvez, em um futuro não muito distante, possa-se falar em dignidade, pura e simplesmente, que necessariamente será interpretada de forma integral, ampliativa, maximizadora.



Na lição de Lenio Streck (2005, p. 25-27):

No Brasil, a modernidade é tardia e arcaica. O que houve (há) é um *simulacro de modernidade* [...] Ou seja, em nosso país as promessas da modernidade ainda não se realizaram. E, já que tais promessas não se realizaram, a solução que o *establishment* apresenta, por paradoxal que possa parecer, é o retorno ao Estado (neo)liberal. Daí que a pós-modernidade é vista como a visão neoliberal. *Só que existe um imenso déficit social em nosso país, e, por isso, temos que defender as instituições da modernidade contra esse neoliberalismo pós-moderno* [...] É evidente, pois, que em países como o Brasil, em que o Estado Social não existiu, o agente principal de toda política social deve ser o Estado. *As políticas neoliberais, que visam a minimizar o Estado, não apontarão para a realização de tarefas antitéticas a sua natureza.* Veja-se o exemplo ocorrido na França, onde, recentemente, após um avanço dos neoliberais, a pressão popular exigiu a volta das políticas típicas do Estado Providência. Já em nosso país, ao contrário disto, seguimos na contramão, é dizer, quando países de ponta rediscutem e questionam a eficácia (social) do neoliberalismo, caminhamos, cada vez mais, rumo ao 'Estado absenteísta', 'minimizado', 'enxuto' e 'desregulamentado' (sic) [...] É este, pois, o dilema: *quanto mais necessitamos de políticas públicas, em face da miséria que se avoluma, mais o Estado, único agente que poderia erradicar as desigualdades sociais, se encolhe!* (grifos no original).

Deve-se interpretar o direito ao mínimo existencial em correlação com o princípio da proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*), segundo o qual uma previsão normativa (sobretudo de índole constitucional) não pode ser aplicada de maneira ineficaz, mas elástica e ampliada às suas máximas dimensões, em obediência ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

Assim, com base na ideia de um direito ao máximo existencial, não é suficiente prover alimentação ao povo necessitado; é necessário prover uma alimentação balanceada e diversificada, com todos os nutrientes indispensáveis à reposição energética diária de que o corpo humano precisa. Não é suficiente oferecer uma educação básica, mas uma educação básica de qualidade ótima, de forma que os estudantes da rede pública possam competir em iguais condições com os estudantes oriundos da rede particular de ensino. Não é suficiente disponibilizar um serviço público de transporte, mas um serviço público de transporte eficiente e seguro, capaz de atender adequadamente às demandas da população.

Sabe-se que o Brasil – que mal consegue garantir o mínimo, que dirá o máximo – ainda está muito distante dessa realidade. Contudo, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 parece simpatizar com a ideia de Estado do bem-estar social, a julgar pelas previsões constantes de seu preâmbulo e do art. 3º, I, III e IV, é coerente constatar que limitações orçamentárias e problemas de escassez de recursos não podem servir de óbice à concretização de direitos fundamentais, como se buscou defender neste trabalho.

Como alternativa à majoração da carga tributária, uma forma de garantir mais verba para a concretização de direitos fundamentais talvez seja ampliar as exceções previstas no art. 167, IV, da CF, que permite a destinação da receita de impostos (que, em regra, são tributos de arrecadação não vinculada) para o custeio de ações e serviços públicos de saúde e para a manutenção e o desenvolvimento do ensino, de maneira a incluir outras políticas públicas igualmente relevantes, utilizando-se, como parâmetro, as necessidades vitais básicas individuais e familiares mencionadas no art. 7º, IV, também da CF.

Se foram excepcionadas a saúde e a educação no mencionado art. 167, IV, outros setores essenciais também podem (e devem) ser contemplados, sob pena de incoerência do ordenamento jurídico (BOBBIO, 2006, p. 203), que assim privilegiaria algumas políticas públicas em detrimento de outras, de forma não justificada.

Além disso, a margem de discricionariedade do gestor público para custear despesas secundárias (quando poderia empregar as verbas em setores essenciais) seria diminuída. Um exemplo ilustrativo seria a contratação em demasia de serviços de publicidade prestados por agências de propaganda (Lei nº 12.232/2010), que parecem perder força em época de florescimento de mídias digitais alternativas, independentes, gratuitas e de alta visibilidade.

4. CONCLUSÃO

Buscou-se, nesta obra, apresentar considerações em defesa da reformulação do direito ao mínimo existencial, de maneira a coadunar o seu significado e objetivo com um pensamento calcado em um novo paradigma, que preconiza uma maior atuação do Estado em prol do cumprimento das promessas sociais da modernidade. Pela análise empreendida, afigura-se incabível a hipótese do descumprimento de políticas públicas e da não efetivação de garantias, princípios e direitos constitucionais com base em argumentos extraídos da teoria da reserva do possível ou da teoria dos custos dos direitos, por exemplo.

Não se nega que o dinheiro do Estado não nasce em árvores e que problemas monetários fazem parte das realidades brasileira e mundial. Contudo, no momento em que são eleitos inúmeros princípios, direitos e garantias como elementos-chave de um Estado que pretende ser social e que elenca a dignidade da pessoa humana como fundamento estruturante, elege-se, por consequência, o “ser” em face do “ter”.

A solução, por óbvio, não é agir de forma descomprometida com o orçamento e imputar ao Estado um pesado ônus, exigindo-se o impossível do administrador público, que pode até mesmo ser enquadrado na prática de crime de responsabilidade.

Em um país onde (quase) todos estão acostumados com uma realidade sofrida, onde a abulia, a acracia e a apatia políticas, como expôs Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992), parecem tolher a flâmula de ânimo de protestar por dias melhores, muitos não se dão conta de que a Constituição ainda está muito aquém daquilo que promete alcançar.

Acostumar-se⁸ com uma dignidade “mínima” impede o ser humano de experimentar uma vida existencialmente⁹ máxima – e já disse David Hume que conhecer é experimentar (BITTAR; ALMEIDA, 2010, p. 307). Prega-se, portanto, o direito a uma vida digna, pura e simplesmente, uma vez que não existe algo minimamente digno; ou se é digno ou não. Afinal, nas palavras dos Titãs, “a gente não quer só comida, *a gente quer comida, diversão e arte* [...] a gente não quer só dinheiro, *a gente quer inteiro, e não pela metade...*”.

8 - Sobre o tema, confira-se SEN, 2000.

9 - Sobre os bastidores do existencialismo, recomenda-se a leitura de BAKWELL, 2017.



REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado**. São Paulo: Editorial Presença/Martins Fontes, 1970.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BAKEWELL, Sarah. **No café existencialista**: o retrato da época em que a filosofia, a sensualidade e a rebeldia andavam juntas. Rio de Janeiro: Objetiva, 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editores, 1994.

COSSIO, Carlos. **Teoría de la verdad jurídica**. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004.

DANTAS, Miguel Calmon. **Direito fundamental ao máximo existencial**. v.1. 436f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. Salvador: 2011.

_____. **Máximo Existencial como Direito Fundamental Internacional - Rejeitando a Tese do Mínimo Vital pelo Desenvolvimento de Referenciais mais Protetivos**. Curitiba: Juruá, 2019.

DABIN, Jean. **Doctrine générale de l'État**. Paris: Sirey, 1939.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.



HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen; Cass R. SUNSTEIN. **The Cost of Rights**. New York: W. W. Norton, 1999.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2001.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Direito da Participação Política**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

PAPA JOÃO XXIII. *Pacem in Terris*. Roma, 11 de abril de 1963. Disponível em: <https://www.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html>. Acesso em: 05 ago. 2022.

PINTO, Marília Muricy Machado. O pensamento filosófico de A. L. Machado Neto e a nova hermenêutica jurídica. **Revista da Faculdade de Direito-UFBA**, v. 37. Salvador: 1998.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 1, 2001, p. 18. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5307223/mod_resource/content/1/OS%20DIREITOS%20FUNDAMENTAIS%20SOCIAIS%20NA%20CONSTITUI%C3%87%C3%83O%20DE%201988%20-%20INGO%20WOLFGANG%20SARLET.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2022.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. 370 f. Tese (Concurso para o cargo de Professor Titular). Departamento de Direito do Estado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.



SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License



Data do recebimento: 18/11/2022

Data do Aceite: 20/12/2022

O IMPACTO DA DESCRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS NAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO BRASIL

THE IMPACT OF DRUG DECRIMINALIZATION ON CRIMINAL ORGANIZATIONS IN BRASIL

Heloisa Pereira da Cunha Medeiros¹

Victor Minervino Quintiere²

SUMÁRIO: Introdução; 1. Crime Organizado; 1.1 Lei n. 12.850/2013 – Lei Brasileira de Organizações Criminosas; 1.2 Portugal e Uruguai; 1.3 Principais Organizações Criminosas; 2. A Legislação de drogas e o Colapso do Sistema Prisional Brasileiro; 3. A Descriminalização do Uso de Entorpecentes em Portugal e no Uruguai: aplicabilidade no Brasil; 4. Considerações Finais; Referências.

1 - Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/8298225748044645>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4120-526X>. E-mail: heloisapcmedeiros@gmail.com.

2 - Doutor e Mestre em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, IDP. Research Fellow na Università degli studi Roma TRE - Itália. Professor do programa de pós-graduação em Direito Penal do Centro Universitário de Brasília-DF (Uniceub). Professor convidado do programa de pós-graduação da Escola Baiana de Direito em Direito Penal. Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas - FAJS do Centro Universitário de Brasília - Uniceub de Direito Penal e Processo Penal. Advogado Criminalista. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/7173801164187538>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4327-0268>. E-mail: victor_minervino@hotmail.com.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo discorrer sobre a atuação das principais organizações criminosas brasileiras e analisar em que medida as políticas de descriminalização das drogas implementadas por Portugal e Uruguai poderiam ser aplicadas no Brasil. Para isso, o primeiro capítulo define a estrutura, o funcionamento e o papel das drogas nas principais organizações criminosas do Brasil e apresenta o funcionamento do crime organizado em Portugal e no Uruguai; o segundo capítulo aborda a legislação das drogas vigente no Brasil e as consequências espelhadas no colapso do sistema prisional; o terceiro tópico investiga as políticas públicas de descriminalização das drogas em Portugal e no Uruguai e os resultados obtidos; e por fim, verifica-se a possibilidade de implementação de tais políticas no Brasil, questionando-se o impacto que teria em relação à estrutura e funcionamento do crime organizado. Fica demonstrado que as políticas apresentadas só seriam eficazes se atreladas a ações do Estado que efetivamente garantam os direitos sociais e que, ainda assim, tais ações não seriam a solução para o fim das organizações criminosas, que hoje atuam também em diversas outras atividades ilícitas.

PALAVRAS-CHAVE: Descriminalização das Drogas. Organizações Criminosas. Políticas Públicas. Sistema Prisional. Ordenamento Jurídico Brasileiro.

ABSTRACT: *This article aims to outline the performance of the main Brazilian criminal organizations and analyze to what extent the drug decriminalization policies implemented by Portugal and Uruguay could be applied in Brazil. For this, the first chapter defines the structure, functioning and role of drugs in the main criminal organizations in Brazil and presents the functioning of organized crime in Portugal and Uruguay; the second chapter addresses the current drug legislation in Brazil and the consequences mirrored in the collapse of the prison system; the third topic, in turn, investigates public policies for the decriminalization of drugs in Portugal and Uruguay and the results obtained; and finally, the possibility of implementing such policies in Brazil is verified, questioning the impact it would have on the structure and functioning of organized crime. It is demonstrated that the policies presented would only be effective if linked to State actions that effectively guarantee social rights and that, even so, this would not be the solution to the end of criminal organizations, which today also operate in several other illicit activities.*

KEYWORDS: *Drug Decriminalization. Criminal Organizations. Public Policies. Prisional System. Brazilian Legal System.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo responder às seguintes perguntas: como as políticas públicas implementadas em Portugal e no Uruguai poderiam ser integradas ao ordenamento jurídico brasileiro? Em que medida a descriminalização das drogas e o consequente desencarceramento afetariam a estrutura e o funcionamento das grandes organizações criminosas no Brasil?

O foco principal será as políticas públicas relacionadas aos usuários e traficantes de drogas, além da projeção do que aconteceria caso a legislação brasileira estabelecesse a sua descriminalização. Nesse sentido, será estudado o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, instituído pelas Leis n. 11.343/2006 e n. 13.840/2019; a atuação de grandes organizações criminosas no tráfico, à luz da Lei n. 12.850/2013, e de que forma a regulamentação aplicada em outros países poderia ser implementada no Brasil.

Os países escolhidos para análise foram Portugal e Uruguai. Portugal, além da influência histórica e cultural deixada pela colonização, ainda foi um dos primeiros países da União Europeia a descriminalizar o uso da maconha, tornando-se referência no cenário mundial. O Uruguai, por sua vez, considerado o país da América Latina com maior qualidade de vida e desenvolvimento humano, legalizou a venda, o cultivo e a distribuição de maconha em 2013, implementando diversas medidas alternativas.

Como argumentações secundárias, pretende-se estabelecer uma linha temporal com as normas referentes ao tráfico e uso de drogas, além dos critérios subjetivos aplicados atualmente. Nesse sentido, o sistema carcerário é apontado como elemento discriminatório da sociedade e continuidade da segregação racial refletida na seletividade do sistema penal, amparado pelo pacto entre as elites, com a falsa sensação de segurança. Ademais, será abordado o grande encarceramento e medidas cautelares que são aplicadas, pelo viés do *labeling approach*, também conhecido como teoria do etiquetamento, por meio de grandes autores da criminologia crítica, como Howard Becker e Alessandro Baratta, e das análises de Eugenio Raúl Zaffaroni e Michel Foucault acerca da aplicação da pena de prisão desde o século XVIII.

A Lei de Drogas, nesse sentido, insere cada vez mais integrantes nas organizações, na medida em que não há parâmetros objetivos de classificação de uso, porte e tráfico dessas substâncias. O alto índice de presos provisórios em um local em que o Estado não consegue penetrar e onde o crime se estabelece com a ação de facções faz com que, à medida que existam mais presos, existirão mais membros de organizações, como o PCC, e maiores serão os índices de criminalidade. O tema se mostra relevante, na medida em que as taxas de criminalidade aumentam de maneira alarmante e o sistema prisional entra em colapso com a superlotação dos presídios, que ainda se encontram em condições subumanas.

De acordo com dados fornecidos pelo estudo “Sistema Prisional em Números”, comandado por comissão do Ministério Público, em agosto de 2019, o Brasil possuía uma taxa de superlotação carcerária de 166%. A pesquisa mostrou ainda que a situação mais crítica era na Região Norte, onde a superlotação atingiu a taxa de 200%. Ainda em 2019, o INFOPEN, sistema de informações estatísticas do Depen (Departamento Penitenciário Nacional), apresentou dados indicando que o Brasil ocupava o 3º lugar no ranking de países com o maior número de pessoas presas no mundo (DEPEN, 2019).

A pesquisa acerca do tema é relevante para a compreensão do debate sobre a descriminalização das drogas no Brasil, uma vez que parte da análise das políticas públicas de outros países, incluindo sua legislação e as formas de implementação, além da investigação dos resultados nas taxas de criminalidade e encarceramento, valendo-se do método comparativo. Ainda, cabe analisar a importância do tráfico de drogas para a manutenção e o funcionamento das grandes organizações criminosas no Brasil e projetar o impacto da sua descriminalização para o crime organizado.

1. CRIME ORGANIZADO

1.1 Lei n. 12.850/2013 – Lei Brasileira de Organizações Criminosas

Após cinco anos da Lei n. 12.850/2013, a 4ª edição da obra “Organização Criminosa”, do doutrinador Guilherme Nucci, traz um viés atualizado sobre os benefícios e as lacunas geradas pela aplicação da referida lei. O conceito de organizações criminosas consiste em uma associação de agentes com a finalidade de praticar infrações penais. Tais organizações são extremamente estruturadas e assemelham-se a empresas, uma vez que existe uma divisão de tarefas em que cada integrante assume uma função, todos com o objetivo de obter vantagem ilícita a ser compartilhada (NUCCI, 2019). Pelo conceito do art. 1º, §1º, da Lei n. 12.850/2013, para ser considerado uma organização, o grupo ainda deve possuir quatro ou mais integrantes e os crimes praticados devem ter penas máximas superiores a quatro anos (BRASIL, 2013).

Nucci afirma que o legislador optou por manter os moldes da antiga redação do art. 288 do Código Penal no que tange ao número de participantes, uma vez que a infração de quadrilha ou bando deveria ser constituída por mais de três pessoas. Nesse sentido, afirma ainda que esse parâmetro numérico pode ser alterado de acordo com o caso (NUCCI, 2019). Ainda, no art. 35 da Lei de Drogas, é estipulada a associação entre duas ou mais pessoas para a configuração do tráfico (BRASIL, 2006). Diante desse cenário, podemos observar a falta de uniformidade entre as leis, o que pode gerar fragilidades e insegurança jurídica ao ordenamento normativo.

Quanto às diferenciações entre a antiga redação do art. 288 do CP e o art. 1º, §1º, c/c com o art. 2º da Lei n. 12.850/2013, cabe ressaltar que a infração do Código Penal previa a participação de três ou mais pessoas; dispensava estrutura ordenada e divisão de tarefas; independia de estabilidade e permanência, bem como do *quantum* da pena da infração; possuía pena de reclusão entre um e três anos e, por isso, admitia a aplicação da suspensão condicional do processo, nos moldes do art. 89 da Lei n. 9.099/1995. Já a nova lei manteve a participação de quatro ou mais pessoas, mas tem como requisitos a estabilidade e a permanência; a estrutura ordenada e a divisão de tarefas, sendo esta formal ou informal; a finalidade de agir e obtenção de vantagem de qualquer natureza; e exige pena de reclusão de três a oito anos, não admitindo a aplicação de qualquer benefício ao acusado (BRASIL, 2013; BRASIL, 1940).

Outro fator discutido pelo autor refere-se ao integrante menor de 18 anos. Nucci defende que ele pode ser considerado integrante da organização, desde que tenha noção da hierarquia e das finalidades do grupo. Diante dessa posição, a participação da criança ou adolescente não resulta em responsabilização criminal. Os autores Roberto Bittencourt e Paulo César Busato divergem de tal entendimento e afirmam que “a participação de menores não é suficiente para perfazer o mínimo constitutivo exigido por lei (quatro ou mais integrantes), porque são inimputáveis



e a eles, consequentemente, não pode ser atribuída a prática de crime de nenhuma natureza” (BITENCOURT; BUSATO, 2014).

A obtenção de vantagem é outro aspecto a ser discutido. Como prevê o art. 1º, esta pode ser de qualquer natureza, não apenas financeira, mas sendo o ganho, lucro ou proveito, na maioria das vezes, de cunho econômico. Afirmo o autor que há lacuna na lei pela ausência de especificação da ilicitude da vantagem, pois seria ilógico o crime organizado buscar um fim lícito. Afinal, o meio para alcançar a referida vantagem consiste na prática de infração penal, o que demonstra a ilicitude do proveito auferido (NUCCI, 2019).

Quanto ao requisito das infrações penais com penas máximas superiores a quatro anos, o autor se mostra contra a escolha do legislador, considerando que o termo “infrações penais” abrange tanto os crimes quanto as contravenções. Entretanto, o marco temporal das penas limita-se à gravidade abstrata dos delitos. Do mesmo modo, eliminam-se os crimes com penas iguais ou inferiores a quatro anos, a exemplo dos furtos simples (SILVA, 2009).

Por fim, o último requisito analisado é a característica transnacional da prática delitiva, isto é, o crime pode ser imputado, ainda que a infração tenha origem no exterior, ou origine-se no Brasil e para lá se estenda. Pela interpretação extensiva do artigo, há autores que defendem ser possível a formação de organização criminosa com a prática de infrações que tenham pena máxima inferior a quatro anos, desde que possuam caráter transnacional, ou seja, ultrapassem as fronteiras nacionais:

Em nosso entendimento, as leis penais e processuais ainda estão dissociadas de uma política criminal clara, definida, objetiva e eficiente. No Brasil, legisla-se às cegas, conforme o crime de mídia do momento, ora elevando penas quando seria desnecessário, ora reduzindo quando também não haveria demanda para tanto. (NUCCI, 2019)

O autor faz uma crítica extremamente assertiva à crescente influência da mídia em relação à luta contra o crime organizado. Segundo o autor, embora se envolva cada vez mais, a mídia desconhece fatores essenciais sobre o crime e seu desenvolvimento. Nessa esfera, os colegiados superiores também estão mobilizados pela batalha da moralização (NUCCI, 2019).

Assim, são definidos os elementos do tipo penal, sendo o elemento pessoal a participação de quatro ou mais pessoas, incluindo na contagem os inimputáveis e pessoas não identificadas; o elemento estrutural, que é a estrutura ordenada e divisão de tarefas com hierarquia delimitada; e o elemento teleológico ou finalístico, que consiste na obtenção de vantagem, direta ou indireta, de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais. Ademais, o crime de organização criminosa pode ser definido como crime comum, isto é, cometido por qualquer indivíduo; e formal, que se consuma independentemente do resultado.

A doutrina ainda faz uma diferenciação entre crime organizado por natureza e por extensão, sendo o primeiro tipo penal aquele em que fica demonstrada a prática de uma das ações previstas no art. 2º da Lei n. 12.850/2013: “promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa”. Já a segunda modalidade refere-se às infrações penais praticadas pelas organizações criminosas.

O Ministério Público Federal alegou que o crime de associação para o tráfico seria

equiparado ao de organização criminosa, não incidindo a Lei 12.850/2013, mas a Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), em razão do princípio da especialidade. Em seu voto, o relator, ministro Reynaldo Soares da Fonseca, destacou que os crimes de organização criminosa e de associação para o tráfico têm definições legais diferentes, devendo-se respeitar o princípio da taxatividade, não podendo haver interpretação extensiva em prejuízo do réu (*in malam partem*).

O ministro ainda reconheceu que o STJ tem precedentes na linha defendida pelo MPF, mas essas decisões não têm sido confirmadas pelo STF. Inclusive, a Suprema Corte declarou recentemente, no HC 200.630, que o crime de organização criminosa tem definição autônoma e limites próprios, não sendo intercambiável com a associação para o tráfico nem com a associação criminosa descrita no art. 288 do Código Penal – confirmando a tese da interpretação não ampliativa do termo “organização criminosa” (BRASIL, 2021).

1.2 Portugal e Uruguai

A Lei portuguesa nº 5/2002, de 11 de janeiro, estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e econômico-financeira, contudo, não define o que vem a ser criminalidade organizada, traçando apenas um regime especial de recolhimento de prova, quebra do segredo profissional e perda de bens em favor do Estado relativamente a vários crimes, listados no art. 1º, entre os quais o tráfico de drogas, as associações criminosas e as organizações terroristas (PORTUGAL, Lei n. 5/2002).

Logo, cabe à doutrina e aos julgadores definirem o crime organizado, a organização ou associação criminosa. A Organização das Nações Unidas, no documento *Results of a pilot survey of forty selected organized criminal groups in sixteen countries*, elaborado em setembro de 2002 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2002), afirma que alguns autores, como Robin Thomas Naylor, têm diferenciado o crime organizado dos outros grupos criminosos pela sua especialização, estrutura hierárquica durável, envolvimento em uma multiplicidade de atividades criminosas, emprego de violência e corrupção sistêmicas (NAYLOR, 1997).

Outros autores definem que um grupo criminoso organizado é formado por três ou mais pessoas agindo, há um período de tempo, com o objetivo de cometer um ou mais crimes ou delitos graves, visando obter, direta ou indiretamente, um benefício financeiro ou material. Nesse sentido, “crime grave” compreende as condutas que constituam infrações penais puníveis com uma pena máxima de privação de liberdade igual ou superior a quatro anos (REUTER, 1985).

Para Godinho (2001), não se pode definir concretamente o que é a criminalidade organizada, mas podem ser destacadas algumas características, tais como: ação de caráter permanente ou com relevante duração; estrutura bem definida hierarquicamente; busca por elevados lucros monetários de forma ilegal ou por um grande poder econômico; e a existência de um grupo composto por três ou mais pessoas.

Para o Grupo Multidisciplinar da Criminalidade Organizada da União Europeia, os aspectos mais importantes são: a) colaboração entre mais de duas pessoas, ou seja, esse tipo de crime, por norma, é realizado em grupos e respeita uma hierarquia; b) as atividades criminosas devem ter um longo período, seja possível ou não determinar esse tempo, pois não se pode considerar crime organizado aquele cometido apenas uma vez; c) suspeitos de cometerem infrações

penais graves, em geral os membros de organizações criminosas, são pessoas com cadastro, que já demonstraram que são de confiança para essas organizações; d) objetivo de lucro e/ou o poder (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2007).

De acordo com os dados fornecidos pelo Serviço de Informações de Segurança de Portugal, as principais áreas de atuação das organizações criminosas são: o tráfico de armas e drogas, o tráfico de pessoas, a imigração ilegal, fraudes, corrupção e terrorismo. Os seus principais alvos e, consequentemente, as estruturas mais afetadas são a sociedade, a política, o direito, a economia e o Estado (MATEUS, 2016).

A Plataforma Multidisciplinar Europeia contra as Ameaças Criminosas (EMPACT), iniciativa emblemática da União Europeia na luta contra a criminalidade organizada, apresentou resultados significativos entre 2018 e 2021, entre eles, mais de 171 toneladas de drogas apreendidas (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2022). Na mesma pesquisa, aponta-se que:

De todas as atividades criminosas na UE, 38% estão ligadas ao tráfico de droga. Na verdade, o mercado das drogas ilícitas é uma das principais fontes de rendimento dos grupos de criminalidade organizada na União Europeia e representa um valor anual de venda a retalho estimado em, pelo menos, 30 mil milhões de euros. O principal objetivo da UE neste domínio é identificar e combater as redes criminosas envolvidas no tráfico de droga, incluindo o tráfico e a distribuição de cannabis, cocaína, heroína, drogas sintéticas e novas substâncias psicoativas. (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2022).

O Uruguai, por sua vez, passou por diversos problemas econômicos, que, em meados de 2004, foram ofuscados por problemas de segurança pública decorrentes do crime organizado crescente no país. As atividades do narcotráfico e a criminalidade associada às drogas eram as principais causas da precariedade da segurança pública, gerando a necessidade de uma ação política relacionada à regulação e à política de drogas (FÉLIX, 2019). Nesse sentido, a cooperação internacional aparece como a alternativa mais viável para conter a ascensão do crime organizado transnacional, que gerava novas ameaças à paz e à segurança humana.

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional contou com a adesão de 147 países, entre eles o Uruguai, que aprovou o texto por meio da Lei n.º 17.861/2004. Ainda, buscando alcançar a cooperação internacional relacionada às tarefas da polícia nas zonas fronteiriças, Brasil e Uruguai, também em 2004, firmaram o Acordo sobre Cooperação Policial em Matéria de Investigação, Prevenção e Controle de Fatos Delituosos, que entrou em vigor apenas em 2008 (FABEIRO; VELOSO; KALB, 2021).

Já em 30 de maio de 2011, Brasil e Uruguai firmaram mais um acordo, o Acordo-Quadro para Intercâmbio de Informações de Cooperação em Segurança Pública, com o objetivo de modernizar e capacitar as instituições policiais para controle de fronteiras e combate aos crimes transnacionais, que entrou em vigor em 2017 (FABEIRO; VELOSO; KALB, 2021).

De acordo com o pesquisador Gabriel Tenenbaum Ewig, por não ser originariamente um país produtor de drogas e não contar com uma demanda considerável de usuários de drogas, nunca foi dada tanta importância ao mercado uruguaio de drogas (TENENBAUM, 2018). Contudo, o Uruguai sempre teve o papel de um país de trânsito, devido à sua posição geográfica e à facilidade de lavagem de dinheiro (DREYFUS, 2002).

Ainda que crescente a criminalidade uruguaia relacionada ao tráfico de drogas, a diretora do *Observatório de Tráficos Ilícitos y Redes Criminales del Real Instituto Elcano*, Sonia Alda Mejías, defende que, em um país onde há um maior nível de desenvolvimento da democracia e dos mecanismos de controle e de transparência governamental, a propagação do crime organizado é menor, o que ocorre no Uruguai, em comparação aos países vizinhos. (MEJÍAS, 2015).

1.3 Principais Organizações Criminosas

As principais organizações criminosas do tráfico de drogas no Rio de Janeiro surgiram dentro do sistema penitenciário durante a ditadura militar. Nesse período, os presos organizaram-se dentro das penitenciárias do Rio de Janeiro para reivindicar alguns direitos que lhes estavam sendo negados (MISSE, 2011). No fim dos anos 1970, no Instituto Penal Cândido Mendes, em Angra dos Reis/RJ, surgiu o primeiro grupo criminoso organizado no Brasil urbano, denominado Comando Vermelho, também conhecido como CV. Seu lema era “Paz, Justiça e Liberdade”.

O grupo uniu presos comuns com presos políticos no período do regime militar e iniciou sua estruturação interna a partir da organização de caixa comum, arrecadando dinheiro proveniente das ações do grupo. O dinheiro arrecadado era utilizado para financiar fugas, melhorar as condições na penitenciária, além de assistência aos familiares. A organização do CV passou a impor respeito aos demais encarcerados e, com o passar do tempo, foi conquistando cada vez mais membros dentro e fora dos presídios em todo o estado do Rio de Janeiro (CAMPOS, 2020).

A facção passou a distribuir drogas onde, no início, pequenos e microtraficantes tiveram relativa liberdade para acionar fontes atacadistas e abrir pontos de venda em seus bairros. Criaram assim uma rede de distribuição varejista a partir de uma estrutura vertical e hierarquizada em que grupos pequenos ou mesmo indivíduos competiam numa sangrenta luta por poder e mercado, sendo mortos pelos rivais, pela polícia, por grupos de extermínio ou mesmo em desavenças banais. Com isso, surgiram disputas cinematográficas por mercado, em roteiros que envolviam armamento de guerra, invasões de morros, balas perdidas e muitas mortes (MANSO; DIAS, 2018).

Entre 1982 e 1985, consolidou-se um modelo de organização interligando em uma rede as quadrilhas atuantes no varejo, com base na proteção oferecida pelo CV dentro do sistema penitenciário. O grupo não possui único líder com poder absoluto, mas sim, líderes espalhados por diversos territórios e que se unem no comando da organização. O primeiro empresário do Comando Vermelho capaz de aproveitar o potencial dessa rede foi Fernandinho Beira-Mar. Em cada território dominado pelo tráfico, organizou-se uma divisão de trabalho e uma hierarquia de poder que ainda se mantém quase 30 anos depois do início do CV (MISSE, 2011).

Na década de 90, o CV ultrapassou as fronteiras do Rio de Janeiro, chegando às penitenciárias do estado de São Paulo e estabelecendo ligações em todo o país por meio do tráfico de drogas e do jogo do bicho. No final dos anos 90, o CV chegou a controlar boa parte da chamada “Rota Solimões”, um dos maiores corredores de drogas que chegam ao Brasil pela tríplice fronteira com Colômbia e Peru, principais países produtores de cocaína do mundo (SIQUEIRA; PAIVA, 2019).

Com o passar do tempo, as diversas lideranças do Comando Vermelho começaram a divergir quanto ao comando do grupo, enfraquecendo o poder da organização e abrindo margem para a criação de novas organizações independentes por alguns dos líderes filiados ao CV.

Desse modo, em 2006, surgiu a facção Família do Norte (FDN), que rapidamente passou a ter a hegemonia e o controle do mercado ilegal das drogas nas periferias urbanas e unidades prisionais do norte do país (SIQUEIRA; PAIVA, 2019).

Devido à sua fronteira com países produtores de cocaína, como Colômbia e Peru, Manaus possui uma localização estratégica, o que permitiu o uso da rota do Rio Solimões para o transporte de toneladas de drogas e facilitou a distribuição de drogas para o mercado interno e externo. O estado do Amazonas, além de ser um grande centro consumidor, tornou-se território de interesse das grandes facções, alvo de múltiplos esquemas de produção, distribuição e comercialização de drogas, principalmente de cocaína (SIQUEIRA; PAIVA, 2019).

O Primeiro Comando da Capital, por sua vez, surgiu em 31 de agosto de 1993, no anexo da Casa de Custódia de Taubaté, chamado de Piranhão, considerado na época o presídio com as regras mais duras do estado de São Paulo. O fortalecimento do PCC deu-se paralelamente à transformação do sistema penitenciário, depois da criação da Secretaria de Administração Penitenciária, em 1993. Um ano antes, São Paulo havia testemunhado a maior chacina de sua história, o Massacre do Carandiru, ocasião em que 111 presos foram mortos por policiais militares chamados para acabar com uma rebelião no Pavilhão 9 da Casa de Detenção (MANSO; DIAS, 2018).

O Estatuto de fundação do PCC apontava o Massacre do Carandiru como fonte de inspiração para conter o abuso das autoridades contra os presos. A facção trazia um discurso inovador, em que diziam que os inimigos eram os policiais e que a união dos presos era necessária para impedir a prática carcerária desumana, cheia de injustiça, opressão, tortura e novos massacres nas prisões. Seus crimes eram praticados em nome dos “oprimidos pelo sistema” e não em defesa dos próprios interesses. Assim o PCC nasceu, cresceu e se fortaleceu como a melhor solução para se articular contra a opressão do Estado e como alternativa para sobreviver (DUARTE, 2020).

Além disso, a tragédia do Carandiru, por outro lado, serviu também para pressionar o governo paulista a reformar o sistema penitenciário. Lourival Gomes, Secretário de Administração Penitenciária de São Paulo, era visto como o grande conhecedor do sistema, aquele que sabia movimentar as peças, tornando-se assim o encarregado da coordenação dos presídios, trabalhando arduamente para manter o cotidiano das prisões distante dos debates e do conhecimento público (DUARTE, 2020).

Nesse momento, com a crescente expansão do PCC, o sistema passou a testemunhar um grande aumento de rebeliões, em um ritmo nunca visto até então. Enquanto isso, os burocratas dos presídios seguiram negando a existência da facção, mesmo quando o grupo já tremulava bandeiras, cortava cabeças e escrevia seus lemas em rebeliões constantes. Para Gomes, falar sobre a organização criminosa ajudava a torná-la mais forte – o PCC era “aquilo que não devia ser nomeado nem discutido”. Nunca uma facção prisional havia estabelecido um poder tão estável como no período de sua gestão. A instabilidade no sistema penitenciário seguia preocupante, visto que, além das rebeliões, as fugas eram excessivas (MANSO; DIAS, 2018).

A rota que liga o Paraguai a São Paulo e ao Rio de Janeiro, a partir do início da década de 90, passou também a ser usada pelo PCC para o tráfico de armas de guerra, como fuzis automáticos, granadas, bazucas e armas antiaéreas, disputadas ferozmente pelas facções. Seu

objetivo era abastecer as disputas pelos pontos de venda entre quadrilhas e facções nos morros e nos confrontos com a polícia (MISSE, 2011).

Marcos Willians Herbas Camacho, conhecido como Marcola, ascendeu sozinho ao topo em janeiro de 2007, comandando a nova gestão do Primeiro Comando da Capital. Marcola agia de forma estratégica, moderada e política, negociando vantagens com as autoridades e associando o futuro da facção ao grande potencial de lucro do mercado de drogas. Com o passar dos anos, Marcola fez com que o Brasil se tornasse o país responsável pela rota internacional da cocaína, saindo da Bolívia, do Peru e da Colômbia com destino à Europa e aos Estados Unidos (MISSE, 2011).

A lacuna deixada pelo Estado permitiu que os oito membros fundadores do PCC se transformassem em mais de 35 mil membros, abrindo a rota do tráfico internacional de cocaína, passando por São Paulo e Rio de Janeiro e indo para a Europa, com mais de 300 toneladas. A estruturação e o financiamento da facção permitiram que a expansão até países como França, Suíça, Espanha, Nova Zelândia, Austrália e Inglaterra ocorresse fora do alcance da Interpol (DUARTE, 2022).

Atualmente, as organizações atuam dentro e fora dos presídios, articuladas com integrantes do próprio sistema penitenciário, com o apoio de milícias e com o domínio de diversas favelas, tanto no Rio de Janeiro quanto em São Paulo. Além disso, ocupam os presídios de todo o país e movimentam o mercado ilícito nacional e internacional, aproveitando a livre circulação financeira entre países e a inexistência de uma regulamentação que controle a movimentação especulativa de capitais e a lavagem de dinheiro nas atividades ilegais (MISSE, 2011).

Enquanto o Comando Vermelho tinha o melhor caminho para trazer a cocaína da Colômbia e do Peru, sua maior preocupação era a oposição contra a força policial, sem que houvesse estruturação do grupo, diversamente do Primeiro Comando da Capital, que, além de possuir hierarquias, preocupou-se desde o início com expansão de territórios e ganho de renda. O PCC, atualmente, funciona como o próprio estado dentro das comunidades, cumprindo uma função social de financiar a segurança aonde o Estado não chega e até regular suas próprias normas e julgamentos por meio de seu Estatuto, que determina o pagamento das mensalidades, o cálculo da receita e o caixa central (DUARTE, 2022).

Além disso, o Primeiro Comando da Capital também está presente nas fronteiras de Chuy, Artigas e Rio Branco, municípios do Uruguai, ao passo que, na divisa entre Rivera e Livramento, este último município do estado do Rio Grande do Sul, operam gangues locais. No Uruguai, a gangue dos irmãos, conhecida como “Los Ricarditos”, possui aproximadamente 100 integrantes que atuam, principalmente, em ataques aos pontos de drogas e na violenta eliminação dos adversários. A facção levou o Uruguai à “guerra entre facções”, como acontece no Brasil entre o CV e o PCC (ORTEGA, 2021).

“El Ricardito” é um dos líderes da organização criminosa “Los Ricarditos”, que opera no oeste de Montevideu. É considerado por alguns autores como o maior traficante uruguaio e, apesar de preso, continua à frente da organização criminosa montada por ele. Consideram que sua carreira seguiu o mesmo caminho do Marcola do PCC, que, na década de 90, se dedicava a assaltos a bancos e que, aproveitando o conhecimento de dentro da prisão, entrou para o negócio do narcotráfico (RODRÍGUEZ, 2017).

A apreensão de grandes carregamentos de drogas oriundos do Uruguai em diversos portos pelo mundo demonstra que há uma rota alternativa de tráfico para suprir o mercado europeu, evitando-se o território brasileiro. Além disso, em novembro de 2021, Polícia Federal e Receita Federal promoveram a Operação Shawarma, que tinha como objetivo desarticular a organização criminosa estabelecida na fronteira com o Uruguai (RODRÍGUEZ, 2017).

O esquema descoberto nas investigações consistia em organizações dedicadas à prática de crimes financeiros, como lavagem de dinheiro e evasão de divisas, que ocorriam por meio do recebimento de valores suspeitos, com a dissimulação do real beneficiário das quantias, praticando lavagem de dinheiro, e a remessa clandestina de parte dos valores ao Uruguai (RODRÍGUEZ, 2017).

Enquanto isso, o mercado da droga continua em ascensão também nas organizações europeias, sendo o tráfico o crime praticado por cerca de um terço dos grupos criminosos na União Europeia. O diretor da Europol, Rob Wainwright, considera que os grupos criminosos são capazes de operar em vários países e em diferentes áreas de crime, não sendo definidos pela sua nacionalidade ou especialização em um determinado crime, mas sim pela capacidade de operar numa base internacional, com uma atitude semelhante à do mundo dos negócios, de maximizar lucro e minimizar riscos (MARCELINO, 2013).

Nesse sentido, Portugal permaneceu como “um território de interesse para a perseguição de diversas atividades criminosas” e tornou-se um ponto estratégico de acesso e distribuição ao mercado europeu (UNIDADE NACIONAL DE COMBATE AO TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES, 2011). De acordo com o Relatório Anual de Segurança Interna de Portugal, a extensão das fronteiras marítima e terrestre em todo o país confere a Portugal privilegiado acesso aos continentes americano e africano. No âmbito nacional, o país consegue abastecer o mercado de consumo e, no âmbito internacional, constitui-se como ponto estratégico de entrada e fluxo de entorpecentes para toda a Europa (SISTEMA DE SEGURANÇA INTERNA, 2010).

No ano seguinte, o mesmo relatório afirma que, em 2011, foram detidos cerca de 4.661 indivíduos por tráfico de entorpecentes, sendo os suspeitos majoritariamente portugueses (cerca de 82,9%) ou originários de países com os quais Portugal mantém profundas relações históricas (SISTEMA DE SEGURANÇA INTERNA, 2011).

2. A LEGISLAÇÃO DE DROGAS E O COLAPSO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

O uso e tráfico de entorpecentes são assuntos introduzidos no cenário global há muitos anos. Nesse sentido, a Organização das Nações Unidas foi responsável pelas três principais convenções sobre o controle de drogas que regem a política global de combate às drogas até os dias atuais (ALMEIDA, 2017).

A Convenção Única sobre Entorpecentes da ONU, ocorrida em 1961, tinha como objetivo a intervenção e o controle das drogas por meio da limitação da posse, do uso, da troca, da distribuição, da importação, da exportação, da manufatura e da produção de drogas exclusivas para uso médico e científico, além do combate ao tráfico por meio da cooperação internacional (UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, 1961).

Em 1971, a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas estabeleceu um sistema de

controle internacional para substâncias psicotrópicas, diante da expansão e diversificação do abuso de drogas. Também instituiu formas de controle sobre diversas drogas sintéticas, com base no seu potencial de criar dependência e poder terapêutico (UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, 1971).

Já em 1988, a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas forneceu medidas abrangentes contra o tráfico de drogas, inclusive métodos contra a lavagem de dinheiro e para o fortalecimento do controle de substâncias químicas. Ainda, foi fundamental no fornecimento de informações para cooperação internacional por meio da extradição de traficantes de drogas, seu transporte e procedimentos de transferência (UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, 1988).

No ordenamento jurídico brasileiro, as Leis n. 5.726/71, n. 6.016/73 e n. 6.368/76 dispunham sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinassem dependência física ou psíquica, vindo a ser alteradas posteriormente (BRASIL, 1971, 1973, 1976).

Em 2006, a Lei n. 11.343, também conhecida como Lei de Drogas, instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreveu medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabeleceu normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de entorpecentes; e definiu os crimes relacionados, vigentes atualmente (BRASIL, 2006).

O art. 1º, parágrafo único, da Lei de Drogas estabelece que são consideradas como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União. Essas listas estão determinadas pela Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998, e são de responsabilidade da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, que deve indicar todas as substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial, condicionando a atuação do Estado às suas determinações (BRASIL, 1998).

A Portaria nº 344/1998 apresenta alguns conceitos importantes. Segundo o normativo, droga é definida como substância ou matéria-prima que tenha finalidade medicamentosa ou sanitária; e entorpecente como substâncias que podem determinar dependência física ou psíquica e que estejam relacionadas nas listas aprovadas pela Convenção Única sobre Entorpecentes. O art. 4º da portaria prevê a proibição da produção, fabricação, importação, exportação, comércio e uso de substâncias e medicamentos proscritos.

A Lei 13.840/2019 foi integrada ao ordenamento jurídico brasileiro com o propósito de alterar a Lei de Drogas. A nova norma definiu as condições de atenção aos usuários ou dependentes de drogas, bem como o financiamento das políticas sobre drogas e outras providências. Entretanto, a referida lei não é clara quanto à distinção entre a tipificação do uso e do tráfico, apresentando critérios vagos e subjetivos e abrindo espaço para discricionariedade dos juízes, o que gera a aplicação de uma lei punitiva e desproporcional (BOITEUX, 2009).

A indeterminação da lei e a alta pena mínima prevista fazem com que juízes e demais operadores jurídicos fiquem reféns das provas apresentadas pelo inquérito policial, sendo a pena

de prisão e a prisão preventiva aplicadas de forma automática. O uso abusivo dessa modalidade faz com que este ciclo se torne vicioso e contribui significativamente para a superlotação das prisões, com o grande aumento do número de presos devido ao comércio ilegal de drogas (JESUS; OI; DA ROCHA; LAGATTA, 2011).

O pacote anticrime, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro em 2020 pela Lei n. 13.964/2019, alterou os requisitos da prisão preventiva nos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal. A nova redação exige a demonstração do perigo gerado pelo estado de liberdade do acusado para a decretação da prisão preventiva e inadmite sua decretação com a finalidade de antecipação de cumprimento da pena, devendo partir de uma decisão devidamente fundamentada acerca de sua adequação e seu caráter de *ultima ratio*, isto é, aplicada apenas em última medida, quando não for possível a incidência de medidas alternativas.

A aplicação das medidas cautelares diversas depende da presença do requisito *fumus commissi delicti* e do fundamento *periculum libertatis*. Quanto ao primeiro, significa dizer que somente poderão ser aplicadas quando existir a prática de um fato típico, ilícito e culpável e houver indícios suficientes de autoria. Já em relação ao segundo, é imprescindível que a medida guarde uma finalidade clara: garantir a ordem pública e econômica, por conveniência da instrução criminal ou ainda para assegurar a aplicação da lei penal (VARGAS, 2017).

Por ser uma medida excepcional, essa modalidade de prisão apresenta características de instrumentalidade, preventividade e provisoriedade, devendo ser observada sua necessidade e adequação ao fato, além da aplicação do princípio da presunção de não culpabilidade (JESUS; OI; DA ROCHA; LAGATTA, 2011).

Ressalte-se ainda a tensão criada entre os princípios constitucionais: de um lado, tem-se o princípio da presunção de inocência e o direito à liberdade do acusado e, em contrapartida, a necessidade da prisão para que sejam atendidos os fins a que ela se propõe: garantir a ordem pública e a econômica; a aplicação da lei penal e a instrução criminal (THOMPSON, 2002). Trata-se de efetiva, e indevida, antecipação da pena privativa de liberdade, em total inobservância à garantia de presunção de inocência, entre outras (BOITEUX, 2009).

O art. 5º, XLIII, da CF determina que serão considerados crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. O art. 44 da Lei 11.343/2006, por sua vez, prevê a impossibilidade de concessão de fiança e de liberdade provisória para o crime de tráfico de drogas (BRASIL, 2006).

Já o art. 2º da Lei 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), no mesmo sentido da Constituição Federal, define tráfico de drogas como equiparado a hediondo e, em seu §4º, dispôs o prazo de 30 (trinta) dias para a prisão temporária, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade; assim, admitiu a concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados (BRASIL, 1990).

Diante da insegurança jurídica entre a aplicação da Lei n. 11.343/2006 em oposição com a Lei 8.072/1990, em maio de 2014, em julgamento do *Habeas Corpus* 104.339/SP, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a expressão “liberdade provisória”, constante

no art. 44 da Lei n. 11.343/2006, é inconstitucional, bem como permitiu o pedido de liberdade provisória sem fiança nos crimes de tráfico de drogas, mantendo a impossibilidade de fiança, sursis, graça, indulto e anistia.

Quanto à impossibilidade da conversão de suas penas em restritivas de direitos, o julgamento do HC 97.256/RS em 2010 pelo STF admitiu a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos – embora originalmente vedada pelo art. 44 e §4º do art. 33, ambos da Lei n. 11.343/2006, desde que o Juízo da Execução Penal realize a análise das condições objetivas e subjetivas do caso concreto, determinando o cabimento ou não da conversão (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010). Posteriormente, a decisão do STF no referido HC foi pacificada pela Resolução 05/2012 do Senado Federal (BRASIL, 2012).

A vedação da liberdade provisória, nesse sentido, torna-se inconstitucional, pois parte de um juízo hipotético em que o juiz já antecipa o cumprimento da pena antes de o indivíduo ser condenado ou não. E ainda precisa imaginar a pena que o indivíduo vai ter para definir se deve ficar preso preventivamente ou não (THOMPSON, 2002).

O uso abusivo da prisão preventiva no mundo das drogas gera graves violações aos direitos humanos e questiona a atuação negligente do Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e o respeito aos direitos fundamentais do cidadão (JESUS; OI; DA ROCHA; LAGATTA, 2011). Assim, a imposição do princípio da presunção de inocência não configura apenas uma garantia individual, mas expressa o valor essencial do Estado de Direito, na medida em que está vinculado também com o devido processo legal (THOMPSON, 2002).

A legislação atual é fruto de recentes mudanças que não conseguiram enfrentar problemas como o da superlotação, pois ano a ano as prisões por tráfico de drogas só aumentam. Tendo isso em vista, cabe a consideração que apenas mudanças legislativas não são suficientes; é necessário explorar mais profundamente condições contingentes à sua aplicação (JESUS; OI; DA ROCHA; LAGATTA, 2011).

O crime de tráfico de entorpecentes está diretamente relacionado ao aumento da população carcerária na última década, assim como ocorreu com os Estados Unidos na década de 1980. A política americana de guerra às drogas, por meio da implantação de sentenças mais duras como resposta à onda crescente de criminalidade, gerou uma explosão em massa das populações carcerárias (ALMEIDA, 2017).

Em 2009, um estudo com base em pesquisa de decisões judiciais proferidas no período de outubro de 2006 a maio de 2008 apontou que mais de 90% dos indiciados por tráfico de drogas estavam na prisão enquanto seus casos eram julgados pelo Superior Tribunal de Justiça. O estudo concluiu que a nova legislação não era eficaz para acessar os grandes traficantes de drogas, já que a seletividade do sistema de justiça criminal recaía apenas sobre os pequenos traficantes. Ou seja, a mudança legislativa não impactou de forma significativa o combate ao grande tráfico de drogas, permanecendo focado nos segmentos mais vulneráveis do comércio de drogas ilícitas (JESUS; OI; DA ROCHA; LAGATTA, 2011).

Dados apresentados pelo INFOPEN e pelo SISDEPEN, sistema de informações estatísticas do Depen (Departamento Penitenciário Nacional), mostram que a população carcerária



em dezembro de 2021 era de 670.714 presos, enquanto 196.830 deles eram presos provisórios, o que corresponde a 29,35% do número total. Em 2014, a porcentagem de presos provisórios em relação à população carcerária brasileira chegou a 40,13%, alcançando seu maior número entre os anos de 2006 e 2021. Ainda, as informações divulgadas pelo Departamento Penitenciário Nacional demonstram que a média de custo por preso em dezembro de 2021 correspondia a R\$2.430,89.

O SISDEPEN informa, ainda, que, no período de julho a dezembro de 2021, o número de incidências por crimes relacionados a drogas, enquadrados nas Leis n. 6.368/1976 e n. 11.343/2006, alcançou 203.625 infrações, correspondentes a 29,41% do total de delitos, sendo o segundo maior, atrás apenas de crimes contra o patrimônio.

De acordo com dados fornecidos pelo estudo “Sistema Prisional em Números”, comandado por comissão do Ministério Público, em agosto de 2019, o Brasil possuía uma taxa de superlotação carcerária de 166%. A pesquisa mostrou ainda que a situação mais crítica era na Região Norte, onde a superlotação atingiu a taxa de 200%. Ainda em 2019, o INFOPEN apresentou dados indicando que o Brasil ocupava o 3º lugar no ranking de países com o maior número de pessoas presas no mundo.

Tudo isso como reflexo do sistema punitivo estatal, movido pela crença popular de que a sua existência está atrelada à defesa social. De acordo com os estudos do teórico social Michel Foucault, diversas transformações ocorreram durante o período monárquico europeu que foram relevantes para a chamada “Reforma Penal” no século XVIII. A punição era utilizada como meio de castigo físico e controle dos corpos perante a sociedade, transformada em um grande espetáculo teatral como forma de demonstrar o poder do soberano (TORRES; PEREIRA, 2019).

A brutalidade das penas, por muitos anos, foi justificada pela necessidade de manutenção da ordem social. Apenas no século XIX, com influência do Iluminismo, uma nova legislação criminal foi implementada com características de “humanização da pena”. Para Foucault, a reconfiguração do sistema punitivo ainda significava uma modificação no jogo das pressões econômicas, além de uma vigilância penal mais atenta do corpo social, o que resultava em um “refinamento das técnicas punitivas” (TORRES; PEREIRA, 2019).

A “humanização” aplicada pelos juristas, entretanto, era concentrada apenas nos homens livres, brancos e de elevada classe social. Assim, o controle dos corpos permitia que as punições fossem realizadas em público, para que os demais observassem e aprendessem sobre a importância de se colaborar com o procedimento de investigação e com o interrogatório, servindo como verdadeiros exemplos (QUINTIERE, 2021).

Contudo, a introdução do caráter humanista foi fundamental para que a intervenção estatal se tornasse legítima no Estado Democrático de Direito, atuando com base no respeito e submissão do Estado aos princípios e garantias fundamentais e individuais. Nesse sentido, a violação se dá quando tais direitos elencados na Constituição Federal são relativizados pelo uso indiscriminado/discrecional do poder punitivo, fazendo com que a sociedade retroaja para o uso da prisão como controle dos corpos e demonstração de poder.

De acordo com o jurista Eugenio Raúl Zaffaroni (2011), a comunicação de massas e grande parte dos operadores das agências do sistema penal projetam o exercício do poder

punitivo como uma guerra à criminalidade e aos criminosos, na maioria das vezes, exibido como representação de eficácia preventiva, promovendo uma falsa sensação de segurança. A sociedade se encontra desequilibrada pelos crimes cometidos por parte de seus membros, estes considerados pelo Estado como o mal, ou o inimigo a ser combatido; assim, o poder punitivo sai em busca de culpados (BARATTA, 2002).

Nesse mesmo sentido, Howard Becker (2008) defende que a existência de regras sociais decorre de grupos sociais específicos. As regras e as formas como elas devem ser aplicadas são altamente diferenciadas de acordo com classe social, etnia, ocupação e aspectos culturais. Diante disso, é inquietante a ideia de que um grupo social impõe sobre outros as regras de conduta que julgam ser moralmente corretas. Esses grupos mais vulneráveis, ou menos influentes, ao transgredirem as regras a que foram submetidos, são então rotulados desviantes, nomeados por Becker como “outsiders”.

Assim, podemos concluir que os desviantes são aqueles que se enquadram na parcela da população selecionada a se submeter à coação estatal, o que demonstra que o excesso de punição acentua as desigualdades, não previne crimes, não restitui bens jurídicos violados e, ainda, não reinsere nenhum indivíduo ao convívio social. Na visão de Quintiere (2021): “a sociedade brasileira, encontra-se cada dia mais sufocada pelo crescente número de leis, crescimento esse quantitativo que, não raro, não simboliza avanços qualitativos em termos de legislação”.

3. A DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO DE ENTORPECENTES EM PORTUGAL E NO URUGUAI: APLICABILIDADE NO BRASIL

Diante do colapso dos presídios, visando a diminuição das consequências sanitárias e o desafogamento do sistema carcerário e judiciário, a descriminalização do consumo de drogas passou a ser vista como uma forma eficaz de redistribuir recursos para a rede de reabilitação dos usuários, investindo nas políticas de saúde pública e no tratamento baseado na redução de danos.

Entre as décadas de 80 e 90, houve uma elevação expressiva do consumo de drogas em Portugal, o que desencadeou o aumento do número de overdoses, de infecções pelo vírus HIV/AIDS e de outras doenças transmissíveis através de seringas, utilizadas pelos consumidores de drogas injetáveis (AGUIAR, 2020). Além disso, os mercados de drogas e o uso em espaços públicos cresceram de forma alarmante, bem como o número de presos por crimes relacionados às drogas, que triplicou entre os anos de 1990 e 1999. Todos esses fatores levaram à superlotação do sistema prisional, gerando colapso na ordem judicial portuguesa (ALMEIDA, 2017).

Ao final da década de 90, Portugal possuía uma taxa de toxicodependência substancialmente superior aos demais países da União Europeia. Visando o combate das elevadas taxas de criminalidade, de doenças e consumo, o governo português recorreu à descriminalização do consumo de drogas em 2001 (AGUIAR, 2020). Até julho de 2001, o uso de drogas em Portugal era considerado crime punível com até três meses de prisão ou multa pecuniária se ingeridas mais de três doses diárias. Acima dessa quantidade, a pena de prisão podia chegar até 1 (um) ano. Além disso, a posse de drogas era sempre considerada crime, punível de diferentes formas, conforme fosse considerada para uso pessoal ou tráfico (MENDES, 2019).

As alterações na legislação portuguesa vieram a partir da aprovação da Lei n.º 30/2000 e, posteriormente, no Decreto-Lei n.º 130-A/2001. A nova Lei mantinha o caráter de ilegalidade das drogas, mas a punição do seu uso e posse foi modificada. Os parâmetros estabelecidos para o uso e a posse de drogas sem qualquer tipo de punição passaram a equivaler a dez vezes o consumo diário (MENDES, 2019).

Assim, o consumo de substâncias psicoativas passou a ser descriminalizado, mas não despenalizado, isto é, a posse e o consumo destas substâncias deixaram de ser considerados crime. Contudo, quando ultrapassados os parâmetros legais de uso e posse, o indivíduo passou a ser encaminhado para as Comissões para a Dissuasão da Toxicodependência (CDT), nas quais era ouvido, possibilitando compreender se era dependente ou usuário recreativo e, assim, receber a medida mais adequada (AGUIAR, 2020).

O objetivo principal das CDTs é incentivar os consumidores a procurar tratamento de forma voluntária. Dessa forma, as medidas aplicadas consistem em sanções alternativas, como trabalho para a comunidade, pagamentos de multas, participação em apoios especializados, entre outros (SERVIÇO DE INTERVENÇÃO NOS COMPORTAMENTOS ADITIVOS E NAS DEPENDÊNCIAS, 2019).

De acordo com pesquisa realizada pelo Observatório Europeu da Droga e da Toxicodependência (EMCDDA) em 2018, os resultados obtidos após a implementação da medida foram consideráveis, entre eles a diminuição do número de infecções por HIV, associadas ao consumo injetado, de 500 para 30, entre os anos de 2006 e 2016. Já em 2017, a taxa de infecção pelo vírus da hepatite B em consumidores de substâncias intravenosas variou entre os 0% e 5% (AGUIAR, 2020).

Além disso, as taxas de pequena criminalidade também baixaram, e os resultados da descriminalização do consumo foram percebidos como positivos por parte das forças de segurança, na medida em que desviaram o foco da procura dos consumidores para a apreensão de grandes quantidades e desmantelamento de redes de tráfico (DOMOSLAWSKI, 2011).

Mais de uma década após as alterações legislativas, é possível destacar seu impacto positivo na mitigação das consequências sanitárias relacionadas com o abuso de drogas, como o aumento do número de usuários em tratamento; a redução do consumo por jovens, contrariando a tendência europeia; a diminuição da carga sobre o sistema judicial; o aumento das apreensões de droga e da confiança na polícia; e a redução do uso problemático, ilustrado pela diminuição de novas infecções por HIV em usuários de drogas e do número de consumidores de drogas injetáveis (MENDES, 2019).

Após o considerável sucesso da medida adotada por Portugal, em 2013, o Uruguai tornou-se o primeiro país do mundo a legalizar o comércio e o consumo de maconha para fins recreativos, com produção, distribuição e venda sobre rígido controle estatal (ALMEIDA, 2017), com o objetivo de frear o aumento da insegurança pública e desencorajar a violência associada ao narcotráfico (OVIEDO, 2015).

A Lei n. 17.016, de 22 de outubro de 1998 – política de drogas vigente no Uruguai até 2012 –, tipificava a produção de substâncias ou matérias-primas com capacidade de gerar dependência

com 20 meses a 10 anos de prisão, mas não tipificava a conduta de posse de substâncias para consumo próprio, variando de acordo com a quantidade, a critério do juiz. Assim, a lei permitia o consumo, mas vedava o comércio e a produção (FABEIRO; VELOSO; KALB, 2021).

No mesmo ano, o governo uruguaio criou a Junta Nacional de Drogas (JND), como estratégia de redução de danos e riscos relacionados ao uso de drogas, principalmente cocaína. Contudo, os indivíduos não conseguiam consumir a substância, já que o comércio não era permitido, logo, utilizavam-se de meios ilícitos para a prática de uma atividade lícita, que era o uso (ALMEIDA; SUGANO; SILVA; MACÊDO, 2016).

Visando resolver essa contradição, em 2012, a Lei n. 19.172, conhecida como “Política da maconha” no Uruguai, vigente atualmente, teve como objetivo regular a produção, o comércio e o consumo dessa substância, estabelecendo três opções para os consumidores: a primeira delas é o autocultivo, que permite que o indivíduo cultive até 6 plantas, com consumo anual de até 480 gramas, desde que os cultivadores estejam devidamente registrados no Instituto de Controle e Regulação da Maconha (IRCCA), não podendo cadastrar mais de um domicílio para o cultivo (KESTLER, 2021).

A segunda consiste no Clube de Cannabis, que permite de 15 a 45 membros de uma associação civil devidamente registrada para o cultivo de até 99 plantas de maconha em locais específicos, podendo vender até 480 gramas por ano a qualquer indivíduo. Já a última, e mais controversa, medida é a venda por farmácias, destinando as atividades de produção e comércio da maconha ao Estado, para que os usuários possam comprar de forma regular em estabelecimentos autorizados pelo governo, registrados no IRCCA e no Ministério da Saúde Pública, com limite de 40 gramas por mês por indivíduo (KESTLER, 2021).

O Estado uruguaio visou não somente reprimir o narcotráfico buscando o seu combate por meios tradicionais de repressão, mas também a regulamentação, tentando conciliar o cuidado com a saúde da população uruguaia e o combate do tráfico de drogas. O governo almejava controlar o mercado da maconha, retirando esse poder das organizações criminosas e minimizando, a longo prazo, os efeitos nocivos para a saúde individual e coletiva. Para isso, a lei regula o uso da maconha, isto é, o uso não é proibido, mas é controlado pelo governo, diferentemente do que acontece com o álcool e o tabaco, que são vendidos e consumidos livremente (ALMEIDA; SUGANO; SILVA; MACÊDO, 2016).

Diante da política de legalização da maconha adotada pelo Uruguai, o Secretário Nacional de Drogas daquele país, Julio Heriberto Calzada, ressalta que o principal efeito percebido foi a redução a zero do número de mortes relacionadas ao uso e venda do entorpecente. As intenções do governo foram alcançadas com êxito, já que as mortes relacionadas à guerra às drogas eram um grave problema para o país. Contudo, o Secretário ressalta que essas mortes já apresentavam números baixos quando comparados a diversos países da América do Sul, como o Brasil, que possuem um alto número de mortes relacionadas ao tráfico (OVIDO, 2015).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei n. 12.850, integrada ao ordenamento jurídico brasileiro em 2013, trouxe a definição de organização criminosa como um grupo composto por quatro ou mais integrantes,

com estrutura ordenada a partir da divisão de tarefas, unidos com o propósito de obtenção de vantagem. Tais grupos têm caráter de estabilidade e permanência, e juntos cometem infrações penais com penas máximas superiores a quatro anos.

Em Portugal, a Lei nº 5 de 2002 estabeleceu diversas medidas de combate à criminalidade organizada, bem como seu procedimento de instrução e julgamento. Contudo, a referida lei não conceituou o termo “organização criminosa”, cabendo aos aplicadores da lei e aos doutrinadores defini-lo. Por sua vez, a Organização das Nações Unidas elaborou, no mesmo ano, um documento internacional contendo a visão de diversos autores sobre o tema, apresentando definições, modos de combate e prevenção por meio de políticas públicas.

O documento *Results of a pilot survey of forty selected organized criminal groups in sixteen countries* conceituou crime organizado como um grupo composto por três ou mais pessoas, com hierarquia definida, que cometem delitos graves, puníveis com penas maiores de quatro anos, em prol de benefícios financeiros ou materiais, além da busca constante por poder, semelhante ao estabelecido pela Lei n. 12.850/2013 anos depois no Brasil.

No Uruguai, o narcotráfico e a criminalidade, associados aos problemas de segurança pública, foram solucionados com a implementação de políticas públicas com cooperação internacional. Nesse sentido, diversos tratados entre os países integrantes do Mercosul foram assinados, bem como colaborações entre o Uruguai e o Brasil, visando conter a ascensão do crime organizado transnacional.

Assim como Portugal, o Uruguai também era considerado um país de trânsito, muito utilizado para a lavagem de dinheiro proveniente das atividades ilícitas das organizações criminosas, dada sua posição geográfica. Contudo, seu mercado consumidor não era tão forte, assim como os níveis de criminalidade e violência no país, quando comparado aos países vizinhos.

Os maiores exemplos de organizações criminosas no Brasil são o Comando Vermelho e o Primeiro Comando da Capital, que iniciaram as ligações dentro dos estabelecimentos penitenciários em busca de melhores condições no sistema carcerário e expandiram suas ações para o narcotráfico. Os trabalhos se iniciaram com o comércio varejista de drogas; posteriormente, com as grandes lideranças, foram conquistando poder e articulando-se até alcançarem as fronteiras, protagonizando o transporte internacional de drogas.

As fronteiras do estado do Rio Grande do Sul com o Uruguai foram imprescindíveis não apenas para o narcotráfico, como também para a lavagem de dinheiro proveniente das demais atividades ilícitas das organizações. Nesse sentido, as atividades da facção uruguaia “*Los Ricarditos*” são comumente comparadas com a liderança do PCC, na figura do traficante Marcola, que se utilizava de diversas estratégias para liderar o grupo, ainda que estivesse preso. Apesar de possuir cerca de 100 integrantes, a facção uruguaia gera grande impacto no país, envolvendo-se em diversos confrontos em busca de domínio de mercado. Portugal, por sua vez, estabeleceu-se como ponto estratégico das organizações em relação à distribuição de entorpecentes para os demais países da União Europeia, além de ser um grande consumidor.

No segundo capítulo, foi apresentado um panorama geral da legislação de drogas no Brasil, iniciando-se com a influência da Organização das Nações Unidas, por meio da política

global de combate às drogas, implementada durante convenções nos anos de 1961, 1971 e 1988. Tais eventos foram inspiração para a introdução das drogas no Código Penal de 1969; suas ideias estiveram presentes, posteriormente, nas leis complementares em 1971, 1973 e 1976.

Ainda, em 2006, o ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Lei n. 11.343/2006, criou o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, que, além das medidas de repressão e prevenção, integrou medidas de saúde, tratamentos médicos e de internação aos dependentes de substâncias psicoativas. Ademais, estabeleceu diferenças quanto aos procedimentos relativos aos crimes de uso e tráfico, aplicando medidas alternativas para os consumidores, a exemplo de: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Em paralelo, aqueles que atuam no tráfico tem pena de reclusão de 5 a 15 anos e pagamento de 500 a 1.500 dias-multa.

Contudo, apesar das diferenças de procedimento adotado em relação a cada infração penal, a lei não estabelece parâmetros objetivos de quantidade de droga que configura uso ou tráfico, ficando a critério do juiz, com base nas provas apresentadas no inquérito policial. Esse cenário aumenta a aplicação automática das prisões preventivas durante a instrução criminal, desviando esse instituto das suas características de instrumentalidade, preventividade e provisoriedade, a partir da necessidade e adequação ao fato.

Nesse sentido, o princípio da presunção de inocência e o direito à liberdade do acusado entram em conflito com a necessidade da prisão preventiva, de maneira que seja garantida a ordem pública e econômica e se faça a aplicação eficaz da lei penal e da instrução criminal. Para isso, o juiz já antecipa o cumprimento da pena, sem saber se o indivíduo vai ser condenado ao final ou não.

As alterações trazidas ao sistema jurídico brasileiro refletiram diretamente no funcionamento do sistema carcerário, introduzindo cada vez mais indivíduos. Uma legislação mais rígida faz com que os problemas da superlotação e da falta de infraestrutura prisional se agravem cada vez mais. Os dados apresentados pelo SISDEPEN e pelo INFOPEN também demonstram que, ao tempo em que as prisões por crimes relacionados ao tráfico de drogas foram aumentando exponencialmente, houve também uma explosão em massa nas populações carcerárias.

O teórico social Michel Foucault afirma que o Estado vislumbra no controle dos corpos uma demonstração de poder e, por isso, utiliza as prisões como uma forma de demonstrar a eficácia das leis penais. O resultado disso, como prevê o jurista Eugenio Raúl Zaffaroni, é uma falsa sensação de segurança, uma vez que o Estado vive em constante guerra com a criminalidade e com os infratores.

Quanto maior a quantidade de leis penais e quanto mais rigorosas são a punição e a perseguição do Estado, também são crescentes a população carcerária e os índices de violência e criminalidade. De acordo com Howard Becker, a figura dos infratores como inimigos do Estado apenas reitera que o excesso de punição não atinge o seu real objetivo de diminuir a criminalidade, prevenir crimes ou ainda cumprir o devido propósito da pena, que é a reinserção do desviante ao convívio social.

A solução encontrada por Portugal para o desafogamento do sistema prisional, além do colapso da área da saúde causado pelo número de overdoses e infecções pelo vírus HIV/AIDS

oriundas de drogas injetáveis, foi a descriminalização do uso das drogas. O Estado passou a voltar sua atenção para o tratamento dos consumidores e dependentes por meio das Comissões para a Dissuasão da Toxicodependência (CDT), aplicando medidas sancionatórias alternativas, diversas da prisão.

O Uruguai, por sua vez, visando reduzir os danos e riscos relacionados ao uso de drogas, principalmente cocaína, criou a Junta Nacional de Drogas (JND), órgão responsável pela regulação e controle do mercado da maconha, assumindo o poder antes atribuído às organizações criminosas.

É possível concluir que os resultados obtidos em ambos os países foram positivos. Enquanto em Portugal as taxas de pequena criminalidade baixaram, o Uruguai zerou o número de mortes relacionadas ao uso e venda de entorpecentes. Nesse sentido, foi demonstrado que a proibição de drogas, além de afetar o preço, a qualidade e a quantidade, aumenta potencialmente os crimes violentos e não violentos.

Por isso, a simples legalização ou mesmo a descriminalização das drogas devem sempre estar atreladas a políticas públicas do Estado que efetivamente garantam os direitos sociais, a assistência básica à saúde e o devido acesso à educação e segurança de qualidade. Descriminalizar as drogas em um país em que tudo está devidamente estruturado, com uma sociedade desenvolvida e organizada, é o ideal para a manutenção dos baixos índices de violência e criminalidade.

Contudo, no atual cenário brasileiro, aplicar as diretrizes desses países sem que o Estado realize seu papel de garantidor dos direitos fundamentais e, ainda, de fiscal da eficácia das políticas públicas, torna-se praticamente inviável. Além de que, as grandes organizações criminosas brasileiras hoje atuam não somente no narcotráfico, mas também no comércio ilegal de armas, lavagem de dinheiro, grilagem e desapropriação de terras.

Desse modo, além da falta de estrutura do Brasil para aplicar uma política de descriminalização das drogas, este também não é o melhor caminho para desestruturar facções criminosas como o Primeiro Comando da Capital e o Comando Vermelho. É melhor prevenir os crimes do que os punir. O meio mais seguro, mas ao mesmo tempo mais difícil de tornar os homens menos inclinados a praticar o mal, é aperfeiçoar a educação (BECCARIA, 2001).

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ana Catarina Cerejo. **Uso não-problemático de drogas em Portugal: a lei e as experiências dos utilizadores**. 2020. Tese (Mestrado em Psicologia) - Universidade Católica Portuguesa, Porto. 2020. Disponível em: <[https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/30044/1/DISSERTA%
c3%87%c3%83O%20FINAL%20ANA%20AGUIAR.pdf](https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/30044/1/DISSERTA%c3%87%c3%83O%20FINAL%20ANA%20AGUIAR.pdf)>. Acesso em: 23 jul. 2022.

ALMEIDA, Leticia Núñez; SUGANO, Carine; SILVA, Jennifer Pereira da; MACÊDO, Nathan Bueno. Fronteiras e políticas de drogas: pesquisando as experiências do Brasil e do Uruguai. Paraná: **Revista Tempo da Ciência**, v. 23, n. 46, p. 80–101, 2016. Disponível em: <<https://e-revista.unioeste.br/index.php/tempodaciencia/article/view/16130>>. Acesso em: 24 ago. 2022.

ALMEIDA, Walter Aparecido Santos de. **Análise Econômica das mudanças das Políticas das Drogas:** Canadá, Portugal, Uruguai e o Estado do Colorado (EUA). 2017. Tese (Graduação em Ciências Econômicas) - Universidade Federal da Grande Dourados, Dourados. 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufgd.edu.br/jspui/bitstream/prefix/3144/1/WalterAparecidoSantosAlmeida.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2022.

ANES, José Manuel. **Organizações Criminais:** uma introdução ao crime organizado. Lisboa: Universidade Lusíada Editora. 2010.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** São Paulo: Ridendo Castigat Mores, 2001.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders:** estudo de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa Lei n. 12.850/2013.** São Paulo: Saraiva, 2014.

BOITEUX, Luciana. Relatório de Pesquisa “Tráfico de Drogas e Constituição”. Rio de Janeiro/Brasília: **Série Pensando o Direito**, v.1, n. 1, p. 86 e 107/108. 2009.

BRASIL. Departamento Penitenciário. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN).** Disponível em: <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

BRASIL. Departamento Penitenciário. **Sistema de Informação do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN).** Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

BRASIL. **Lei 5.726/1971.** Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5726-29-outubro-1971-358075-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 23 maio 2022.

BRASIL. **Lei 6.016/1973.** Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6016-31-dezembro-1973-357598-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 17 jun. 2022.

BRASIL. **Lei 6.368/1976.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16368.htm>. Acesso em: 30 jul. 2022.

BRASIL. **Lei 8.072/1990.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm>. Acesso em: 23 mar. 2022.



BRASIL. **Lei 11.343/2006**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 14 mar. 2022.

BRASIL. **Lei 12.850/2013**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 15 jan. 2022.

BRASIL. **Portaria nº 344/1998**. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html>. Acesso em: 09 maio 2022.

BRASIL. **SENADO FEDERAL**. Resolução n. 5. 2012. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/congresso/rsf-05-2012.htm>. Acesso em: 11 jul. 2022.

BRASIL. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. AgRg no HC n. 679.715/MG, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 26/10/2021, Diário da Justiça Eletrônico de 3/11/2021. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/16112021-Associacao-para-o-traffic-nao-impede-progressao-mais-benefica-para-maes--decide-Quinta-Turma.aspx#:~:text=Segundo%20o%20artigo%201%C2%BA%2C%20par%C3%A1grafo,infr%C3%A7%C3%B5es%20penais%20cuja%20penas%20m%C3%A1ximas>>. Acesso em: 23 jul. 2022.

BRASIL. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. 2010. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865731803/habeas-corpus-hc-97256-rs-rio-grande-do-sul-0008076-0320080010000>>. Acesso em: 23 jul. 2022.

CAMPOS, Tales de Paula Roberto de. **O projeto transfronteiriço do Primeiro Comando da Capital – PCC (2006-2016)**. Tese (Mestre em Relações Internacionais). São Paulo: UNESP/UNICAMP/PUC-SP. 2020. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/202175/campos_tpr_me_mar.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 16 de ago. 2022.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Grupo Multidisciplinar da Criminalidade Organizada da União Europeia**. 2007. Disponível em: <<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10554-2007-INIT/en/pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2022.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Plataforma Multidisciplinar Europeia contra as Ameaças Criminosas**. 2022. Disponível em: <<https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/eu-fight-against-crime/>>. Acesso em: 23 abr. 2022.

DOMOSLAWSKI, Artur. Política da Droga em Portugal: Os Benefícios da Descriminalização do Consumo de Drogas. Lisboa: **Open Society Foundations**, 2011. Disponível em: <https://www.sicad.pt/BK/20anosENLCD/Documents/droga_p.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2022.

DREYFUS, Pablo Gabriel. **Border Spillover**: drug trafficking and national security in south

america. 2002. Tese (Doutorado em Relações Internacionais) - Universidade de Genebra, Genebra. 2002. Disponível em: <<https://doc.rero.ch/record/2861/files/DreyfusP-these.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2022.

DUARTE, Thais Lemos. Uma questão de força? Debates sobre prisões federais e expansão do Primeiro Comando da Capital. Brasil: **Revista Direito GV [online]**, v. 18, n. 1, p. 1-26. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/MvDbrnpLd7TwDwZ5gS3fkRw/?lang=pt&format=pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2022.

DUARTE, Thais Lemos. Vácuo no poder? Reflexões sobre a difusão do Primeiro Comando da Capital pelo Brasil. Coimbra: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, v. 1, n. 122, p. 77-96. 2020. Disponível em: <http://scielo.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2182-74352020000200004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 23 ago. 2022.

FABEIRO, Valentina; VELOSO, Paulo Potiara de Alcântara; KALB, Christiane. Segurança regional no Mercosul: tratados e mecanismos de cooperação para o combate à criminalidade transnacional. Montevideo: **Revista de la Facultad de Derecho**, v. 119, n. 50, p. 1-35. 2021.

FÉLIX, Julian Mokwa. **Análise da política de combate ao narcotráfico no Uruguai e na Argentina (2015-2018)**. 2019. Tese (Graduação em Relações Internacionais) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2019. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/224824/001127762.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 23 jul. 2022.

FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). **Crime organizado: aspectos processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. **Do crime de “branqueamento” de capitais: introdução e tipicidade**. Coimbra: Almedina, 2001.

JESUS, Maria Gorete Marques de; OI, Amanda Hildebrand; DA ROCHA, Thiago Thadeu; LAGATTA, Pedro. Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. Argentina: **Revista Pensamiento Penal**, 2012.

KESTLER, Thomas. A legalização da cannabis no Uruguai – uma mudança paradigmática na política de drogas? Porto Alegre, **Revista Debates**, v. 15, n. 1, p. 275-298. 2021.

MANSO, Bruno Paes; DIAS, Camila Caldeira Nunes. **A Guerra: a ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil**. São Paulo: Todavia, 2018.

MARCELINO, Valentina. Criminosos de 60 países nas gangues que atuam em Portugal. Portugal: **Associação Sindical dos Magistrados Judiciais Portugueses**. 2013. Disponível em: <<http://www.asjp.pt/2013/03/20/criminosos-de-60-paises-nos-gangues-que-atuam-em-portugal/>>. Acesso em: 15 fev. 2022.



MATEUS, Carla Sofia Dias. **Criminalidade Organizada em Portugal** – nos inícios do século XXI. 2016. Tese (Mestrado em História Militar) - Universidade de Lisboa, Lisboa. 2016. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/27259/1/ulfl228116_tm.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2022.

MEJÍAS, Sonia Alda. La debilidad del imperio de la ley en América Latina: un factor para entender la implantación del crimen organizado. Madri: **Revista Española de Ciencia Política**, v. 2, n. 37, p. 63–88. 2015.

MENDES, Rafael de Oliveira et al. Revisão da literatura sobre implicações para assistência de usuários de drogas da descriminalização em Portugal e Brasil. Rio de Janeiro: **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 24, n. 9, p. 3395–3406. 2019. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1413-81232018249.27472017>>. Acesso em: 07 ago. 2022.

MIRON, Jeffrey A. Violence and the U.S. Prohibitions of Drugs and Alcohol. United Status of America: **National Bureau of Economic Research**, v. 1, p. 78–114. 1999.

MISSE, Michel. Crime organizado e crime comum no Rio de Janeiro: diferenças e afinidades. Curitiba: **Revista de Sociologia e Política**, v. 19, n. 40, p. 5–8; 13–25. 2011.

NAYLOR, Robin Thomas. “*Mafias, Myths and Markets: On the Theory and Practice of Enterprise Crime - Transnational Organized Crime*”. Philadelphia: **Crime, Law & Social Change**, v. 3, n. 37, p. 357–378. 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas**. 1988. Disponível em: <https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convention on Psychotropic Substances**. 1971. Disponível em: <https://www.unodc.org/pdf/convention_1971_en.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório Mundial sobre Drogas**. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/tags/relatorio-mundial-sobre-drogas>>. Acesso em: 8 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Results of a pilot survey of forty selected organized criminal groups in sixteen countries**. 2002. Disponível em: <https://www.unodc.org/pdf/crime/publications/Pilot_survey.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Single Convention on Narcotic Drugs**. 1961. Disponível em: <https://www.unodc.org/pdf/convention_1961_en.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2022.

ORTEGA, Simon Lopez. “*La ‘feudalización’ criminal en el Cerro de Montevideo*”. **La mañana**. Revista online. 2021. Disponível em: <<https://www.xn--lamaana-7za.uy/actualidad/la-feudalizacion-criminal-en-el-cerro-de-montevideo/>>. Acesso em: 15 ago. 2022.

OVIEDO, Guilherme Kanning. **Legalização da maconha: o caso do Uruguai e seus impactos socioeconômicos no país**. 2015. Tese (graduação em Ciências Econômicas) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2015. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/45079>>. Acesso em: 18 jul. 2022.

PORTUGAL. **Lei nº 5/2002**. Disponível em: <https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=147&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&sso_miolo=S>. Acesso em: 28 abr. 2022.

PORTUGAL. **Relatório Anual de Combate ao Tráfico de Entorpecentes em Portugal**. 2011. Disponível em: <<https://www.policiajudiciaria.pt/wp-content/uploads/2016/12/p612-1-2011.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2022.

PORTUGAL. **Relatório Anual de Segurança Interna**. 2010. Disponível em: <https://www.otsh.mai.gov.pt/wp-content/uploads/REC-RASI_2010.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2022.

PORTUGAL. **Relatório Anual de Segurança Interna**. 2011. Disponível em: <https://www.otsh.mai.gov.pt/wp-content/uploads/REC-RASI_2011.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2022.

PORTUGAL. SERVIÇO DE INTERVENÇÃO NOS COMPORTAMENTOS ADITIVOS E NAS DEPENDÊNCIAS. **Relatório Anual 2018: A Situação do País em Matéria de Drogas e Toxicodependências**. 2019. Disponível em: <<https://doi.org/10.2810/3792>>. Acesso em: 09 jun. 2022.

QUINTIERE, Victor Minervino. **A persecução penal nas sociedades pós-industriais: Análise da expansão do Direito Penal à luz do Dataveillance e seu impacto na interpretação do direito ao silêncio (nemo tenetur se detegere) e da privacidade digital**. Tese (Doutorado) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa. 2021.

REUTER, Peter. **Disorganized Crime: Illegal Markets and the Mafia**. Cambridge: MIT Press. 1985.

RODRÍGUEZ, Gastón Amen. Los informativos televisivos uruguayos y la crisis carcelaria del 2012: un abordaje desde la teoría del caso mediático conmocionante. Uruguay: **Revista de la Universidad de la República**, v. 9, n. 17, p. 57 a 82. 2017. Disponível em: <https://scholar.google.es/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=Luiz+Alberto+betito+suarez+&btnG=#d=gs_qabs&t=1661944203302&u=%23p%3DX1D-7mlwWB8J>. Acesso em: 24 jun. 2022.

SILVA, Eduardo Araújo. **Crime Organizado: Procedimento Probatório**. São Paulo: Atlas, 2009.



SIQUEIRA, Ítalo Barbosa Lima; PAIVA, Luiz Fábio S. No Norte, tem Comando: as maneiras de fazer o crime, a guerra e o domínio das prisões do Amazonas. Brasil: **Revista Brasileira de Sociologia**, v. 7, n. 17, p. 125-154. 2019.

TENENBAUM, G. El mercado de las drogas ilegales en Uruguay. Ciudad de México: **Revista Mexicana de Sociología**, v. 80, n. 4, p. 855-880. 2018.

THOMPSON, Augusto. **A Questão Penitenciária**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TORRES, Eli Narciso da Silva; PEREIRA, Dirlene de Jesus. Punição, sujeito e poder: uma analítica foucaultiana. Rio de Janeiro: **Revista Brasileira de História e Ciências Sociais**, v. 11, n. 21, p. 72-88. 2019.

VARGAS, Robson de. Prisão Provisória e as Cautelares Diversas (Alternativas) nos Crimes de Tráfico de Drogas Uma Abordagem a Partir das Decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Brasília: **Revista Direito Público**, v. 72, n. 101, p. 1-17. 2016.

VAZ, André. Uma revisão de Punição e Estrutura Social e Cárcere e Fábrica à luz da teoria crítica do valor. Rio de Janeiro: **Rev. Direito e Práxis**, v. 12, n. 2, p. 779-802, 2021.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License



Data do recebimento: 31/08/2022

Data do aceite: 18/11/2022

O IMPACTO DA PANDEMIA DA COVID-19 NO PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO NO BRASIL: ESTUDO DE CASO SOBRE AS ALTERAÇÕES DA LEI ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL (LOAS)

*THE IMPACT OF THE COVID-19 PANDEMIC ON COALITION
PRESIDENTIALISM IN BRAZIL: CASE STUDY ON CHANGES TO
THE ORGANIC LAW OF SOCIAL ASSISTANCE (LOAS)*

André Lisboa Coelho Lisboa¹

Maiana Alves Pessoa²

SUMÁRIO: Introdução; 1. A Evolução da Teoria da Separação dos Poderes e sua Adequação ao Presidencialismo Brasileiro; 1.1. Breve Histórico; 1.2. Visão Contemporânea da Teoria da Separação dos Poderes aplicada ao Presidencialismo Brasileiro; 2. Presidencialismo de Coalizão; 3. Estudo de Caso sobre as Alterações da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS); 4. Conclusão; Referências.

1 - Fundação Getúlio Vargas, FGV, Brasília, Brasil. Mestrando em Administração Pública e Governo pela Fundação Getúlio Vargas, FGV. Pós-graduado em Direito Previdenciário pela Universidade Anhanguera – UNIDERP, e em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina, UNISUL. Procurador Federal. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/0872603230797673>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4245-927X>. E-mail: andre.lisboa@agu.gov.br.

2 - Fundação Getúlio Vargas, FGV, Brasília, Brasil. Mestranda em Administração Pública pela FGV. Especialista em Direito Público Pela FVC/BA e em Direito Civil pela UFBA. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/1226392371782399>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8758-6427>. E-mail: maianapessoa@agu.gov.br.

RESUMO: Este artigo aborda os impasses do sistema de governo brasileiro ocorridos durante a pandemia COVID-19. Como objetivo primário, por meio de estudo de caso, analisou-se a eficácia da implementação da política pública referente ao benefício assistencial de prestação continuada (BPC/LOAS) diante das inúmeras alterações normativas promovidas no ano de 2020. Como objetivo secundário, foi realizada uma correlação entre o princípio da separação de poderes e o presidencialismo de coalizão, analisando-os frente à realidade brasileira. Nesse viés, utilizou-se o método dedutivo com fulcro em literatura correlata, legislação nacional e aparato jurisprudencial. Concluiu-se, então, que o colapso sanitário intensificou fortemente a crise política no país, expondo a inaptidão do governo em introduzir, de modo eficaz, políticas sociais ágeis em harmonia com os demais Poderes da República.

PALAVRAS-CHAVE: BPC/LOAS. Crise Política. Coalizão. COVID-19. Políticas Sociais.

ABSTRACT: *This article addresses the impasses of the Brazilian government system that occurred during the COVID-19 pandemic. As a primary objective, through a case study, we analyzed the effectiveness of the implementation of public policy regarding the assistance benefit of continued provision (BPC/LOAS) in the face of the numerous normative changes carried out in the year 2020. As a secondary objective, a correlation was made between the principle of separation of powers and presidentialism coalition, analyzing facing the Brazilian reality. In this bias, the deductive method was used based on related literature, national legislation and jurisprudential apparatus. It was concluded, then, that the sanitary collapse strongly intensified the political crisis in the country, exposing the government's inability to introduce, in an effective way, agile social policies in harmony with the other powers of the republic.*

KEYWORDS: BPC/LOAS. Political Crisis. Coalition. COVID-19. Social Politics.



INTRODUÇÃO

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) elevou a contaminação pela COVID-19 à condição de pandemia mundial, ou seja, uma doença que foi disseminada por todo o globo, classificada como “desastre biológico natural” segundo melhor doutrina (REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2020), sem que houvesse imunização pela maior parte da população naquele recorte temporal.

Este trabalho tem como objetivo geral tecer considerações sobre o presidencialismo de coalizão no Brasil no auge da maior crise sanitária mundial do século XXI, de modo a verificar, via estudo de caso, de que forma a política pública ligada à Lei Orgânica de Assistência Social foi conduzida e quais passos foram dados rumo a sua efetivação. Sob esse pano de fundo, pretende-se analisar e identificar os problemas enfrentados pela atual versão do presidencialismo de coalizão brasileiro.

O entendimento histórico acerca da separação de poderes e do presidencialismo de coalizão mostra-se de suma importância para a contextualização do presente estudo. Nesse prumo, foi realizada uma correlação desses institutos frente à realidade brasileira durante a pandemia da COVID-19, momento que demandou atuações urgentes e imediatas do poder público. Desse modo, entende-se que a relevância deste trabalho se dá justamente pela necessidade de se observar a atuação do governo no período pandêmico.

Dentro desse cenário, delimitou-se o seguinte problema de pesquisa: o diálogo e a harmonia entre os Poderes estariam preservados diante da necessidade de tomada de decisões urgentes e relevantes? Pretende-se responder a essa questão a partir da verificação de possíveis variações do presidencialismo de coalizão no Brasil por ocasião da crise pandêmica. Em caso de resposta positiva para o problema de pesquisa proposto, poder-se-á futuramente estabelecer, com maior robustez e precisão, suas premissas, características, objetivos e reflexos no sistema democrático brasileiro.

Para o desenvolvimento deste trabalho, foram utilizados aparatos doutrinários, legais e jurisprudenciais relacionados ao tema, razão pela qual a pesquisa se caracteriza como histórica-documental. Possui também caráter exploratório, visto que foi realizado estudo de caso contemplando importantes questões políticas envoltas nesse cenário de crise sanitária mundial.

Além disso, utilizou-se o método dedutivo, em que foram analisados conceitos e premissas gerais para se chegar a ideias mais pormenorizadas.

O artigo está organizado da seguinte forma: primeiramente, uma exposição de concisa evolução histórica acerca do princípio da separação de poderes e sua relação com o sistema presidencialista de governo; em seguida, são abordados os fundamentos do presidencialismo de coalizão; em capítulo final, propõe-se um estudo de caso correlacionando essas estruturas políticas tradicionais aos novos desafios trazidos pela pandemia de COVID-19.

1. A EVOLUÇÃO DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E SUA ADEQUAÇÃO AO PRESIDENCIALISMO BRASILEIRO

1.1 Breve Histórico

A Teoria da Separação de Poderes é o fundamento maior de um Estado que busca o governo de todos ou de muitos. Diferentemente da monarquia (o governo de um só) e da aristocracia (governo de vários ou de alguns), é na democracia que os poderes encontram o equilíbrio necessário para exercerem suas funções precípua, com harmonia e independência.

Essa concepção originou-se desde a Grécia Antiga. Em todo governo, existem três poderes essenciais, os quais o legislador prudente deve acomodar de maneira mais conveniente. Quando essas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e são das diferenças entre essas partes que provêm as suas. (ARISTÓTELES, 1998)

Aquele que deliberaria sobre os negócios do Estado seria o Legislativo, tendo a sua assembleia competência para declarar guerra e paz, realizar alianças ou rompê-las, fazer as leis ou suprimi-las, decretar pena de morte, banimento ou confisco. Já o Poder Executivo seria exercido por “magistrados governamentais”, responsáveis pelo abastecimento da população, administração de edifícios públicos e privados, construção de ruas e limites de propriedade, rendas públicas, executor de sentenças e guarda de prisões, entre outras atribuições administrativas de interesse público. Por fim, quanto ao Poder Judiciário, estão elencadas oito espécies de tribunais e juizes, divididos por competências jurisdicionais próprias, com nomeação por eleição ou sorteio (PELICIOI, 2006).

Cruzando-se o Canal da Mancha, o filósofo John Locke (1632 - 1704) foi o expoente iluminista do século XVII. Na sua obra “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, trouxe mecanismos que tentam evitar o retorno do antigo regime absolutista. Para isso, destaca dois Poderes em especial: o Legislativo, que teria a tarefa de definir o modo com que se deverá utilizar a força da comunidade para a preservação dela própria e de seus membros, e o Executivo, que teria o encargo de assegurar internamente a execução das leis positivas. Ao lado desses dois, haveria o Poder Federativo (muito próximo ao Executivo), cuja atribuição passaria notadamente pela gestão das relações exteriores com outras sociedades politicamente organizadas, em especial quanto à questão da decretação da guerra ou da celebração da paz e do estabelecimento de acordos ou alianças (GUEDES, 2015).

Assim, em tese, não existiria uma tríplice separação de poderes, tendo em vista que as atribuições do Poder Federativo são diminutas se comparadas às dos Poderes Executivo e Legislativo. De igual modo, não houve uma citação expressa à função jurisdicional como a conhecemos hoje, considerando-a como parte do Poder Executivo da época (LOCKE, 2019).

Trinta e quatro anos após a morte do filósofo francês Charles de Secondat Montesquieu (1689 - 1755), sua obra “O Espírito das Leis” alicerçou os ideais de igualdade, liberdade e fraternidade da Revolução Francesa (1789- 1799), trazendo importantes contribuições para a implementação de um Estado democrático de direito em outras nações ocidentais espalhadas pelo globo.

A França do final do século XVIII vivenciava uma monarquia absolutista. Nela, o rei era, ao mesmo tempo, o próprio Estado e os três Poderes concentrados, utilizando-se de justificativas religiosas como salvaguarda de suas intenções pessoais, apoiado incondicionalmente pelo clero,



o “Primeiro Estado”. O chamado “Segundo Estado” era composto pela nobreza, cujo poder intermediário, subordinado e dependente, dava fluidez ao poder político e civil do rei. Muito embora o “Terceiro Estado” seja composto pela maioria da população francesa (trabalhadores, camponeses e comerciantes), ele estava à margem das decisões políticas, sofrendo a maior parte de suas consequências.

Foi nesse contexto de caos social que o “Princípio da Separação dos Poderes” passou a influenciar os ideais revolucionários dos integrantes do “Terceiro Estado”, sendo caracterizado pela distribuição de competências do poder monárquico entre os três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), com natureza e funções distintas, como forma de evitar o retorno da tirania absolutista.

De se notar que, diferentemente dos postulados de Locke, para Montesquieu, os poderes estão em harmonia e horizontalmente posicionados, não havendo qualquer posição diferenciada ou hierarquizada entre eles.

Com a queda do antigo regime, o poder de edição de normas gerais e abstratas foi taxativamente recusado a qualquer outro poder que não fosse um órgão colegiado legislativo (TEIXEIRA, 2012). Nesse contexto, o rei exerceria o Poder Executivo, continuando a aplicar as leis no dia a dia da população e na administração da coisa pública, enquanto os magistrados atuavam de forma independente no Poder Judiciário, em caso de conflito de interesses.

Quando o Poder Legislativo está ligado ao Poder Executivo, não existe liberdade, pois se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las ao seu modo e tempo. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se estivesse agregado ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse contido no Poder Executivo, o magistrado poderia ter a força de um opressor (MONTESQUIEU, 1996).

Como forma de evitar um retrocesso social, foram criados mecanismos políticos para o controle dos abusos que, eventualmente, viessem a existir entre membros de um Poder sobre os dos outros, vindo a ferir sua independência e harmonia. Nesse sentir, quando um deles se mostrava autoritário ou extrapolava suas designações legais, emergia o direito dos demais em intervir em sentido contrário, freando gradativamente esse abuso, de modo a garantir o retorno ao estado de equilíbrio entre eles, caracterizando-se assim o que se convencionou chamar de sistema de freios e contrapesos (“check and balance system”).

Esse sistema surgiu da necessidade percebida pelos constitucionalistas norte-americanos de resguardar e restringir o Poder Legislativo, que representa o povo, de abusos nas decisões de cunho constitucional, que são as mais relevantes (OLIVEIRA; PEREIRA, 2019). Sua ideia central gira em torno de que um determinado Poder, autônomo e independente, não pode agir sozinho e invadir a circunscrição de outro Poder, cabendo a todos eles o dever de fiscalização mútua em prol da liberdade e da harmonia de todo o sistema político. A título exemplificativo, o Judiciário, ao declarar a inconstitucionalidade de algum dispositivo legal, funciona como um “freio” à atitude abusiva do Legislativo, sendo que o “contrapeso” é a estrutura e a função, distintas e independentes, que cada um deles possui, impedindo que um sobressaia sobre o outro.

1.2 Visão Contemporânea da Teoria da Separação dos Poderes aplicada ao Presidencialismo Brasileiro

No mundo contemporâneo, a influência do Princípio da Separação dos Poderes foi decisiva para a formação dos Estados democráticos ocidentais, não sendo diferente em terras tupiniquins.

O art. 2º de nossa Carta Magna positivou esse postulado de Montesquieu, destacando textualmente a harmonia e a independência entre eles, algo que fora corroborado em diversas passagens de julgamentos proferidos por nossa Suprema Corte, sob diferentes prismas, a seguir pontuados.

a) Em relação ao Poder Executivo:

As restrições impostas ao exercício das competências constitucionais conferidas ao Poder Executivo, incluída a definição de políticas públicas, importam em contrariedade ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes (STF, 2006).

Conforme entendimento consolidado pelo Pretório Excelso, os requisitos constitucionais legitimadores da edição de medidas provisórias, vertidos nos conceitos jurídicos indeterminados de “relevância” e “urgência” (art. 62 da CF), apenas em caráter excepcional se submetem ao crivo do Poder Judiciário, por força da regra da separação de poderes (art. 2º da CF). (STF, 2007).

b) Em relação ao Poder Legislativo:

Em respeito ao Princípio da Separação dos Poderes previsto no art. 2º da Constituição Federal, quando não caracterizado o desrespeito às normas constitucionais pertinentes ao processo legislativo, é defeso ao Poder Judiciário exercer o controle jurisdicional em relação à interpretação do sentido e do alcance de normas meramente regimentais das Casas Legislativas, por se tratar de matéria “interna corporis” (STF, 2021).

Quanto aos sistemas de governo, o presidencialismo é aquele em que o Princípio da Separação de Poderes aparece de maneira mais nítida. Diferentemente do parlamentarismo, em que o Poder Executivo surge dentro do próprio parlamento, no presidencialismo, os membros de cada Poder são independentemente eleitos, e a sobrevivência de um deles não decorre da aquiescência do outro. (CINTRA et al, s.d.)

Desse modo, no presidencialismo, o Poder Legislativo não se preocupa em sustentar o governo do presidente, nem em governar, pois é um Poder destacado dele, sem que isso, necessariamente, configure um antagonismo perene. Muito pelo contrário: há necessidade de se estabelecer diálogo constante entre os Poderes, sob pena de paralisação das políticas públicas em andamento e consequentemente do próprio Poder Executivo, como se verá a seguir.

2. PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO

O chamado presidencialismo de coalizão ocorre quando o Presidente da República, líder maior do país, necessita de negociação e apoio político de diferentes partidos para que seus projetos e iniciativas tenham êxito. A formação do presidencialismo de coalizão se justifica na medida em que o presidente não se importa somente com o fato de estar no ofício por quatro anos, mas também com as políticas a serem emplantadas durante esse período. A esse respeito, pouco importa se o presidente realmente possui interesses quanto às suas políticas preferidas, ou se ele apenas deseja usá-las como plataforma eleitoral (LIVRAMENTO, COUTO e SOARES, 2021).



Na verdade, não existe um consenso na literatura sobre a definição do que seja uma coalizão de governo nos sistemas presidencialistas. Para Abranches (1988), a mera presença de ministros partidários seria condição suficiente para a existência de um gabinete de coalizão. Por outro lado, Amorim Neto (2000) ressalva que um ministro, mesmo com vínculo partidário diferente, pode estar no gabinete simplesmente pela sua relação pessoal com o chefe do Executivo, assim, a presença de um ministro de partido diferente não indicaria, por si só, a existência de um acordo entre o partido presidencial e o partido do ministro.

O pluripartidarismo do Brasil torna a governabilidade do presidencialismo de coalizão complexa e, nessa medida, as coalizões se tornam frutos de acordos entre diferentes partidos para a coordenação do governo, formando-se pactos interpartidários. Assim, as coalizões aqui são caracterizadas pelo conjunto de partidos que decidem seguir metas comuns mediante a troca de recursos para cumpri-las, com a consequente distribuição das recompensas pela sua conquista (LIVRAMENTO, COUTO e SOARES, 2021).

Existem três grandes dificuldades do presidencialismo de coalizão no Brasil: a dependência que o chefe do Executivo possui da constituição de coalizões para governar, a dificuldade para dirimir conflitos que decorrem das coalizões e a alta fragmentação partidária. Vale registrar que a atuação parlamentar possui um projeto político com interesses legislativos para os quais foram eleitos e estão alijados no processo de alocação de recursos (ABRANCHES, 2018).

Faz-se necessário ressaltar que as chances de conflito entre Legislativo e Executivo guardam estreita relação com a distribuição de cadeiras estratégicas no sistema do Legislativo pelos diferentes partidos e com a possibilidade de os presidentes serem sustentados por coalizões partidárias. No Legislativo brasileiro, o princípio adotado para distribuição de direitos parlamentares é o partidário, comandado por líderes que representam suas bancadas. Os regimentos internos de ambas as casas, Câmara e Senado, reconhecem aos líderes partidários o direito de representação de bancada e o controle do curso dos trabalhos legislativos (LIMONGI e FIGUEIREDO, 1998).

As coalizões no atual sistema brasileiro são estruturadas em torno dos partidos políticos, sendo que o Presidente da República se encontra em posição estratégica favorável para negociação com as diferentes bancadas. Além do mais, os líderes partidários dispõem de mecanismos que lhes permitem neutralizar o impacto de estratégias individualistas dos parlamentares. Dessa forma, o papel desempenhado pelos líderes é de justamente representar os interesses do partido junto ao Executivo e o inverso (LIMONGI e FIGUEIREDO, 1998).

É preciso considerar que nem todos os presidentes têm incentivos para formar governos de coalizão, *stricto sensu*. Em geral, presidentes filiados a partidos com pequena representação parlamentar têm preferido governar unilateralmente a ceder às demandas dos partidos majoritários no Congresso. Entretanto, o Executivo necessitará sempre de maioria parlamentar para exercer seu poder dentro da atual conjuntura do presidencialismo de coalizão (AMORIM NETO e TAFNER, 2002).

O orçamento é um assunto muito importante na coalizão política de um país e interfere, tanto prejudicando quanto colaborando, no exercício do governo. Como ele é controlado por corporações e lobbies de deputados e senadores, acaba impossibilitando a distribuição equânime dos recursos (ABRANCHES, 2018).

O Executivo pode distribuir parcelas do orçamento entre diferentes partidos dispostos a entrar para a coalizão que o apoiará, o que propiciará ao Presidente da República uma enorme vantagem política, pois, com o monopólio dos recursos públicos, poderá tirar vantagens estratégicas, realizando assim as coalizões necessárias para viabilizar seu plano de governo (AMORIM NETO e TAFNER, 2002).

Assim, a disponibilização de recursos do orçamento aos parlamentares funciona como uma garantia de apoio em um Legislativo tão fragmentado, servindo como ferramenta à disposição do Presidente da República que o torna capaz de fazer com que as pautas do Executivo sejam aprovadas pelo Legislativo. Mesmo com a formação de um gabinete de coalizão, o sucesso legislativo do Executivo está sujeito ao jogo político diário (LIVRAMENTO, COUTO e SOARES, 2021).

Além de questões financeiras, o controle exercido pelo Presidente da República e pelos líderes partidários sobre a agenda dos trabalhos parlamentares e sobre o processo decisório no interior do Congresso tem efeitos significativos sobre o desempenho da coalizão de apoio ao chefe do Executivo e a sua capacidade de manter-se unida ao longo do tempo (LIMONGI e FIGUEIREDO, 1998).

Entretanto, Limongi e Figueiredo (1998) ponderam que o poder de agenda, por si só, não garante que aqueles que o controlam imponham suas preferências frente à oposição da maioria. As vantagens estratégicas decorrentes do controle sobre a agenda protegem a maioria contra as tentações de seus membros de agir como “free riders”. Eles também ressaltam que as Medidas Provisórias (“MP’s”) têm consequências mais significativas do que o controle das agendas, pois afetam a estrutura de preferências dos parlamentares, induzindo-os a cooperar. Dado o custo de rejeição de uma Medida Provisória, a sua aprovação pode passar a ser preferida pelos parlamentares, tendo em vista os efeitos já produzidos em sua vigência.

Nosso atual sistema político é dotado de um dos desenhos institucionais mais ineficazes no que concerne à implementação de políticas públicas. A partir da leitura desses desenhos, constata-se existir, de um lado, uma presidência hipertrofiada em seus poderes constitucionais; de outro, um Poder Legislativo extremamente fragmentado, operado por partidos (AMORIM NETO e TAFNER, 2002).

3. ESTUDO DE CASO SOBRE AS ALTERAÇÕES DA LEI ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL (LOAS)

O Benefício de Prestação Continuada (BPC/LOAS) está previsto no art. 203, V, da Constituição Federal de 1988, sendo regulamentado pela Lei n. 8.742/93 – Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS). O LOAS é devido aos idosos acima de 65 anos e aos deficientes que comprovem não possuir meios de prover a sua própria subsistência, nem de tê-la provida por sua família, desde que a renda mensal per capita do grupo familiar seja inferior a $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo vigente.

Com o advento da pandemia de COVID-19, o Decreto Legislativo nº 06, de 20 de março de 2020, reconheceu o estado de calamidade pública no Brasil, em face da situação de emergência em saúde pública de importância internacional, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Diante disso, tornaram-



se necessárias medidas urgentes e excepcionais para o enfrentamento dessa crise, repercutindo sobremaneira no agravamento do cenário de instabilidade política, econômica e social que o país vinha enfrentando. Nesse contexto, as políticas sociais de benefícios assistenciais no Brasil foram emergencialmente modificadas (ALEXANDRE, ROSA e LIMA, 2020).

O Legislativo propôs a Lei n. 13.982, de 02 de abril de 2020, criando o auxílio emergencial e alterando o critério de renda per capita familiar para configurar a situação de vulnerabilidade social. Inicialmente, previu-se, em seu art. 1º, que o §3º do art. 20 da Lei n. 8.742/93 passaria a vigorar da seguinte forma:

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja:

Igual ou inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo, até 31 de dezembro de 2020;

Igual ou inferior a 1/2 (meio) salário-mínimo, a partir de 1º de janeiro de 2021.

Contudo, essa segunda possibilidade foi vetada pelo Presidente da República. O veto baseou-se em parecer do Ministério da Economia apontando que a norma viria a criar despesas obrigatórias ao governo sem ter indicado a respectiva fonte de custeio. Posteriormente, o Congresso Nacional derrubou o veto por 2/3 dos seus membros, em cada casa.

O processo legislativo no Brasil é longo e demorado justamente pela necessidade de se buscar coalizões entre as bancadas do Legislativo e de se construir bases sólidas para a promulgação de uma lei. Entretanto, com a gravidade da pandemia e a necessidade de adoção de medidas sociais urgentes, a Lei n. 13.982/2020 foi elaborada de forma célere e sem tempo de negociações sobre questões orçamentárias, gerando atrito entre Legislativo e Executivo.

O assunto foi levado ao Judiciário pela Advocacia-Geral da União (AGU) por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 662. Defendeu-se que a deliberação do Congresso Nacional não satisfaz os conteúdos mínimos do devido processo legal para a elaboração de uma norma, pois aprovou aumento de despesa obrigatória de caráter continuado sem qualquer análise dos custos envolvidos. De acordo com estimativa oriunda da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, a mudança causaria aumento de despesas de mais de R\$ 200 bilhões nos próximos dez anos (AGU, 2020).

No bojo dessa ação, o ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal (STF), entendeu que o dispositivo violou o art. 195, §5º, da Constituição Federal, por ter aumentado despesa sem indicação da respectiva fonte de custeio. Apontou, ainda, que a medida omitiu os impactos orçamentários e financeiros da ampliação do benefício, desrespeitando o art. 113 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Segundo o ministro, a ampliação do BPC, nos termos propostos na lei instituidora, não seria uma medida emergencial e temporária voltada ao enfrentamento da pandemia da COVID-19. Os parlamentares tentaram a expansão definitiva do benefício, que sequer está condicionada ao período de crise (STF, 2020).

A liminar deferida pelo relator suspendeu a eficácia do art. 20, §3º, da LOAS (Lei n. 8.742/1993), na redação dada pela Lei n. 13.981/2020, enquanto não indicada a respectiva

fonte de custeio. O processo terá uma nova autuação, haja vista que o ministro relator recebeu a ADPF como se Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) fosse, ficando a liminar submetida ao referendo do plenário da Suprema Corte. Conclui-se, portanto, que a Lei n. 13.981/2020 não produziu seus regulares efeitos (STF, 2020).

Diante disso, o Presidente editou a Medida Provisória nº 1.023, de 31 de dezembro de 2020, com vigência a partir de 1º de janeiro de 2021, mantendo a redação original do critério de renda da Lei n. 8.742/93. Este ato deixou de ter vigência com a Lei n. 14.276, de 22 de junho de 2021, estabelecendo que a renda per capita familiar continua sendo igual ou inferior a 1/4 do salário-mínimo para concessão do LOAS, pondo fim à disputa entre Legislativo e Executivo nesse assunto.

4. CONCLUSÃO

O presente estudo buscou analisar, inicialmente, o preceito da repartição de poderes desde a sua concepção original, evoluindo para a sua aplicação no atual sistema político nacional e desaguando no estudo do presidencialismo de coalizão. Este último se caracteriza pela necessidade constante de se estabelecer um complexo processo de negociações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo na busca de coalizões pela maioria parlamentar, visando a aprovação de leis que permitam a governabilidade do Executivo.

É sabido que o Brasil, antes mesmo da pandemia de COVID-19, já estava vivenciando uma crise política entre os poderes da República. Essa desarmonia surgiu, de um lado, por um presidente minoritário, com dificuldades em alcançar coalizões para governar, e, de outro, por um Legislativo em busca de protagonismo político. Para agravar essa situação, a pandemia prejudicou ainda mais esse diálogo republicano entre os poderes. Entre tantos exemplos possíveis, o estudo de caso trouxe o caso da judicialização, perante o Supremo Tribunal Federal, da norma que alterou os requisitos do benefício assistencial de prestação continuada (BPC/LOAS), fruto da clara ausência de manejo do presidencialismo de coalizão originalmente pensado para o Estado brasileiro, em franco prejuízo aos seus destinatários que dependem do benefício.

Por fim, ressalte-se a importância da produção de futuros estudos que deem continuidade e aprofundem a temática, visando fortalecer o olhar sobre a imprescindibilidade do fortalecimento das coalizões no pluripartidarismo brasileiro. Com isso, o intuito é alcançar, empiricamente, a real obediência à harmonia entre os poderes, sem que isso dependa de qualquer recorte temporal. E para alcançar esse objetivo, é necessário um pacto republicano, sem ameaças à democracia e sem graves consequências político-institucionais.

REFERÊNCIAS

A. C., PELICIONI. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. **Revista de Informação Legislativa**, v. 43, n. 169, jan./mar. 2006. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/169/ril_v43_n169_p21.pdf/at_download/file>. Acesso em: 15 fev. 2022.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Advocacia-Geral pede ao Supremo suspensão de alterações nas regras do BPC**. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/agu/ptbr/comunicacao/noticias/advocacia-geral-pede-ao-supremo-suspensao-de-alteracoesnasregras-do-bpc--905636>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

ALEXANDRE, Maria Regina; ROSA, Imarcia; LIMA, Jausilene. Benefício de Prestação Continuada: Dilemas do Procedimento Administrativo e as Alterações Normativas com a pandemia da COVID-19. **Humanidades & Inovação**, Palmas, v. 7. 33/48 p, 15 dezembro 2020. Disponível em: <<https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/3830>>. Acesso em: 12 fev. 2022.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 14 fev. 2022.

_____. **Decreto n. 6, de 19 de março de 2020**. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em: 14 fev. 2022.

_____. **Lei n. 13.982, de 01 de abril de 2020**. Diário Oficial da União, Brasília, 02 de abril de 2020, ano 2020, p. 1. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20192022/2020/Lei/L13982.htm>. Acesso em: 12 fev. 2022.

_____. **Lei n. 8.742, de 06 de dezembro de 1993**. Diário Oficial da União, Brasília, 08 de dezembro de 1993, ano 1993. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm>. Acesso em: 12 fev. 2022.

_____. **Medida Provisória n. 1,023, de 30 de dezembro de 2020**. Diário Oficial da União, 31 de dezembro de 2020, ano 2020. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv1023.htm>. Acesso em: 12 fev. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 662**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 03 de abril de 2020. Corte ou Tribunal. Brasília. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&documento=&s1=662&numProcesso=662>>. Acesso em: 12 fev. 2022.

CINTRA, Antônio Octávio et al; AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Org.). **O Poder legislativo na Nova república**: a visão da Ciência Política: Sistema Político Brasileiro: uma introdução. s.n, v. 3, p. 81-124.

COUTO, Lucas; SOARES, Andeliton; LIVRAMENTO, Bernardo. **Presidencialismo de coalizão**: conceito e aplicação. Scielo, Brasil. 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0103-3352.2021.34.241841>>. Acesso em: 12 fev. 2022.

J. L. B. DE, OLIVEIRA; F. M. C, PEREIRA. A teoria do “check and balance” e a desarmonia entre os poderes com um olhar especial para o protagonismo atual do poder judiciário. **Episteme**

Transversalis, v. 10, n. 3, 12 12 2019. Disponível em: <<http://revista.ugb.edu.br/ojs302/index.php/episteme/article/view/1688>>. Acesso em: 15 fev. 2022.

LIMONGI, Fernando; ARGELINA, Figueiredo. **Bases institucionais do presidencialismo de coalizão**. Scielo Brasil. 2010. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S010264451998000200005>>. Acesso em: 12 fev. 2022.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Editora Vozes, v. 3, f. 196, 2019. p. 392.

M. P, GUEDES. A Separação de Poderes e a Função Judiciária em John Locke, Montesquieu e Hamilton, Madison e Jay. **Revista de Teorias e Filosofias do Estado**, v. 1, n. 1, 6 12 2015. Disponível em: <<https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/25259652/2015.v1i1.669>>. Acesso em: 15 fev. 2022.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, baron de. **O Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NETO, Octavio Amorim; SANTOS, Fabiano. O Rio de Janeiro e o Estado Nacional. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro: **Revista Dados**, v. 56, 2013, p. 467 a 496.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. **A Natureza Jurídica da Pandemia COVID-19 como um Desastre Biológico**: um ponto de partida necessário para o direito. Revista dos Tribunais Online. 2020. Disponível em: <<https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/openweb/documents/pdf/Brazil/revistasespecializadas/rt-1017-a-natureza-juridica-da-pandemia-covid-19-2.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2022.

V. E. C, TEIXEIRA. Revolução Francesa: disputa ideológica entre Legislativo e Executivo. **Jus Navigandi**, 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23190/a-disputaideologica-sobre-a-relacao-entre-os-poderes-legislativo-e-executivo-na-revolucao-francesa>>. Acesso em: 15 fev. 2022.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License





Data do recebimento: 28/08/2022

Data do Aceite: 26/12/2022

O PROBLEMA DO ATIVISMO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA VISÃO JUSNATURALISTA DE JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUSA

*THE PROBLEM OF THE ACTIVISM OF THE SUPREME
FEDERAL COURT IN THE JUSNATURALIST VIEW OF
JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUSA*

Francisca Cecília de Carvalho Moura Fé¹

Wilson Franck Junior²

Lília de Sousa Nogueira³

SUMÁRIO: Introdução; 1 Direitos Fundamentais e Democracia; 2 Garantias Fundamentais em José Pedro Galvão de Sousa; 3 O Supremo Tribunal Federal e as possíveis violações às garantias fundamentais; 4 Conclusão; Referências.

1 - Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí. Especialista de Direito Civil e Processo Civil pela UNINOVAFAPI. Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela UNINOVAFAPI. Advogada. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/8822423275712919>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7230-7093>. E-mail: ceciliamourafe@gmail.com.

2 - Mestre e Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor da Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/3034081265409577>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7492-9634>. E-mail: wilsonfranckinior@gmail.com.

3 - Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Pós-Graduada Lato Sensu em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Damásio. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/4113956933777124>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2099-6661>. E-mail: liliadesousa@hotmail.com.



RESUMO: O presente artigo pretende refletir sobre o impacto das decisões do Supremo Tribunal Federal – STF, na sua atuação ativista, para a segurança jurídica e enfraquecimento do Estado Democrático de Direito. Para tanto, recorre-se ao pensamento e às lições do filósofo e jurista José Pedro Galvão de Sousa na tentativa de encontrar um fundamento sólido para a reconstrução da ordem jurídica em um Estado Democrático. A metodologia utilizada é a dedutiva; a pesquisa é essencialmente bibliográfica, com uso de livros, artigos científicos, pesquisas, monografias e teses, além de análise de jurisprudências do próprio STF. O objetivo principal é averiguar a corrente jusnaturalista de Galvão de Sousa como suporte para cercear o ativismo jurídico e seus impactos negativos aos direitos e garantias fundamentais. Quando o Judiciário assume a qualidade de “tribunal político”, o que ele faz é desconsiderar a representação democrática e camuflar seu autoritarismo. Para Galvão de Sousa, a democracia depende da execução de um Estado de Direito que impõe submissão do Estado à ordem jurídica, a fim de fortalecer garantias a todos contra o arbítrio do poder. Segundo o jusfilósofo, se o princípio representativo naufragar, muito difícil será evitar os regimes de arbítrio, e o caminho estará franqueado ao Estado totalitário.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais. Supremo Tribunal Federal. Ativismo Jurídico. Jusnaturalismo.

ABSTRACT: *The present article intends to reflect on the impact of the decisions of the STF, in its activist action, for the legal security and weakening of the Democratic State of Law. In order to do so, we resort to the thought and lessons of the philosopher and jurist José Pedro Galvão de Sousa in an attempt to find a solid foundation for the reconstruction of the legal order in a Democratic State. The methodology used is deductive; The research is essentially bibliographic, using books, scientific articles, research, monographs and theses, and the jurisprudence of the Federal Supreme Court itself. The main objective is to investigate Galvão de Sousa's natural law current as a support to curtail legal activism and its negative impacts on fundamental rights and guarantees. When the Judiciary assumes the quality of a "political court", what it does is to disregard democratic representation and to camouflage its authoritarianism. For Galvão de Sousa, democracy depends on the implementation of a rule of law that imposes the submission of the State to the legal order in order to strengthen guarantees to all against the abuse of power. According to the philosopher of law, if the representative principle fails, it will be very difficult to avoid arbitrary regimes, and the way will be open to the totalitarian State.*

KEYWORDS: *Fundamental Rights. Federal Supreme Court. Legal Activism. Jusnaturalism.*

INTRODUÇÃO

Quando Montesquieu desenvolveu a teoria da separação dos poderes na forma de freios e contrapesos, visava propiciar liberdade política aos cidadãos por meio da segurança jurídico-institucional. Por isso, cada um dos três poderes deveria ter uma função, além de fiscalizadora dos demais, limitadas às suas atribuições, para assim não invadir o âmbito de atuação dos demais poderes. É imperativo lembrar que, na visão de Montesquieu quanto ao Poder Judiciário, há nulidade e inviabilidade, porque o poder de julgar não está ligado nem a certo Estado, nem a certa profissão (MONTESQUIEU, 2000, p. 169). Para o autor:

(...) dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de alguma forma, nulo. Só sobram dois; e, como precisam de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo que é composta por nobres é muito adequada para produzir esse efeito” (MONTESQUIEU, 2000, p. 172).

Não é necessário muito esforço para entender que a história, cíclica como é, não deixaria de reinvocar antigos pactos por anseios conhecidos pela humanidade: o combate ao crescimento de um poder tirânico. Revisitar o passado por meio de estudos faz parecer que a trágica ascensão de poderes totalitários é quase uma lenda, principalmente quando se olha para a história da perspectiva do jovem estudante que, por toda sua vida, esteve sob o véu da democracia, e por isso se crê imunizado contra discursos ideológicos antidemocráticos. Ocorre que, geralmente, os partidos que instauraram regimes totalitários ascenderam ao poder com discursos sedutores de defesa das vítimas, sejam quais forem, a exemplo das vítimas da fome, da desigualdade social, da guerra, da elite financeira judaica, do capitalismo, do comunismo, etc. A defesa das vítimas, nas democracias ocidentais do pós-guerra, tornou-se novo imperativo categórico. Tudo é possível fazer em nome delas. Por isso, discursos paracléticos são um dos principais expedientes utilizados para favorecer o crescimento de poder de grupos políticos autoritários, pois legitimam suas ações ilegais e angariam a simpatia de terceiros que aderem à sedutora ideologia de lutar pelos vulneráveis e menos favorecidos.

Nas últimas décadas, o brasileiro tem voltado sua atenção ao Supremo Tribunal Federal, cuja atuação tem se mostrado, sob o olhar de parcela considerável da população e da classe jurídica, cada vez mais dissonante da Constituição da República, a qual os ministros daquela Corte, como guardiões da Lei Maior, deveriam proteger e obedecer. Tal atuação, que muitos juristas acusam de “ativismo judicial”, reveste-se de um discurso nobre de proteção da “democracia” e dos “direitos humanos”, palavras que, atualmente, evocam a ideia paraclética de proteção de minorias, vulneráveis e hipossuficientes. Isso significa que o STF tem uma vocação autoritária latente? Não necessariamente.

Porém, é fato que algumas atitudes, decisões e declarações dos ministros têm motivado não apenas insatisfação ou desconfiança, mas gerado um estado de completa insegurança e angústia, favorecendo que se fale, aqui e ali, em ruptura institucional e interferência entre os poderes. Na rede social *Twitter*, as *Hashtags* #STFVergonhaNacional e #STFRompeuADemocracia já alcançaram, em algumas ocasiões, os *trending topics* da plataforma, o que significa que estiveram no topo dos assuntos mais comentados e discutidos.

Diante das alegadas críticas ao ativismo judicial do STF, muito em voga atualmente, o presente artigo pretende promover uma reflexão sobre o papel e a importância do Poder



Judiciário para a salvaguarda dos direitos fundamentais em um regime democrático, valendo-se, para isso, das ideias do filósofo e jurista brasileiro José Pedro Galvão de Sousa. O objetivo principal é averiguar a corrente jusnaturalista de Galvão de Sousa como suporte para cercear o ativismo do judiciário e seus impactos negativos contra os direitos e garantias fundamentais. Por isso, para fins metodológicos, cabe explicar que, embora ainda pouco conhecidas e debatidas na academia, as ideias jusfilosóficas de José Pedro Galvão de Sousa, ora tomadas como objeto formal da pesquisa, são tradicionais. Porém, o ativismo judicial, que é o objeto material da pesquisa, é um tema recente e, como tal, precisa ser explorado e examinado de vários pontos de vista, mesmo daqueles considerados mais tradicionais ou antigos, como é o caso das ideias jusnaturalistas de José Pedro Galvão de Sousa.

Mais estudada na Europa do que no Brasil, principalmente na Espanha, a obra desse notável jurista ajuda a pensar o modelo de estrutura do Estado e da política a partir da filosofia clássica aristotélico-tomista (ALENCAR, 2009). Mas, antes de adentrarmos propriamente no assunto, cumpre primeiro apresentar um pouco sobre a vida e a obra do autor.

Galvão de Sousa era bacharel, em 1934, pela Faculdade de Direito de São Paulo. Graduou-se também em Filosofia, em 1936, pela Faculdade de Filosofia e Letras de São Paulo – também conhecida por Faculdade de São Bento, por referência ao mosteiro beneditino em que foi fundada (ALENCAR, 2009). Era profundamente conhecedor do tomismo e dominava o direito natural de forma a nunca ser contestado, tamanha sua rigorosa fundamentação e domínio na área (SCANTIMBURGO, 1992). Pelo seu mérito intelectual e legado, tornou-se um dos maiores jusnaturalistas do Brasil e ofereceu teses capazes de consolidar a democracia e a liberdade humana a partir da perspectiva tradicional.

Quanto ao aspecto procedimental, a presente investigação se vale, essencialmente, do método lógico-dedutivo e hermenêutico-crítico, tendo como metodologia principal a revisão bibliográfica. A finalidade da investigação é precipuamente exploratória, pois pretende contribuir para o debate apresentando o tema a partir de uma nova perspectiva, ainda não explorada. A revisão bibliográfica foi realizada por meio do acesso às seguintes bases de dados e materiais disponíveis e de livre acesso: Scielo, Periódicos Capes, Lexml, Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, Livros, Doutrinas, Leis e Códigos. Foram estabelecidos os seguintes critérios de inclusão: texto completo disponível em línguas portuguesa e inglesa sem delimitação de ano para as literaturas encontradas acerca do assunto.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA

O Estado Democrático de Direito apresenta-se como uma ordem jurídica hierarquizada cuja efetivação depende, em parte, da supremacia da Constituição, na qual se inserem direitos fundamentais que limitam a atuação do Estado. Dessa maneira, a Constituição vincula o Estado à efetivação dos direitos fundamentais, surgindo deste vínculo uma situação jurídica (ALEXANDRINO, 2007).

Partindo-se desse postulado, o significado clássico de direitos fundamentais “repousa no fato de que eles asseguram determinado acervo de bens jurídicos e de ações das pessoas, contra violações estatais”. Ou seja, “a ideia nuclear originária é que o Estado deve deixar o cidadão em paz” (DUQUE, 2014, p. 50).

Quando ocorre lesão aos direitos fundamentais, decorrente do Poder Público ou de particulares, irrompe, para o titular dos direitos lesados, uma pretensão jurídica a ser exercida por meio do direito de ação.

Segundo Lafer (1995, p. 239), os direitos fundamentais encontram-se divididos:

Enquanto dos direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

Muito já se tem falado de uma pretensa “superação histórica do jusnaturalismo” e de um alegado “fracasso político do positivismo”. O principal problema encontrado na corrente positivista é como se determina uma ordem justa para as relações humanas, pois a percepção de justiça primordialmente determina que uma ação justa não necessitaria de uma definição prévia de valores morais ou éticos (XAVIER; SANTOS; BONIN, 2020).

Em meio a esse cenário aparentemente crítico da “pós-modernidade”, abriu-se o caminho “para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação.” Deu-se o nome de “pós-positivismo” para designar, provisória e genericamente, um novo ideário de valores difusos que se estabelece no ocaso do jusnaturalismo e do positivismo, e que incluem, via de regra, teses sobre a definição “das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais” (BARROSO, 2002).

2. GARANTIAS FUNDAMENTAIS EM JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUSA

Conforme preleciona José Pedro Galvão de Sousa (SOUSA; CARVALHO; GARCIA, 1998, p.169) em seu Dicionário de Política, o objeto da justiça é o direito, e justiça trata de dar a cada um o que é seu, ou seja, a justa proporção nas relações entre os homens, ordenadas para um bem comum. Essa justiça, entretanto, não advém de uma arbitrariedade humana, mas de uma norma objetiva que deve ser respeitada e não cede aos desejos e caprichos humanos. Para ele, visto que as leis humanas constituem a ordem jurídica positiva, estas só serão verdadeiras a partir de um critério superior e objetivo; o conceito de direito natural surge como uma norma objetiva que fundamenta o agir humano.

Galvão de Sousa (SOUSA; CARVALHO; GARCIA, 1998, p.170) distingue, no direito natural, duas ordens de direito: o direito objetivo, que designa o objeto da lei, e o direito subjetivo, que compete ao indivíduo particular. Esse direito (ou lei) natural não seria um mero arquétipo ideal que deve ser apenas contemplado, como se nunca fosse possível alcançá-lo. Antes o contrário. O direito natural está objetivamente ligado à natureza do ser e versa sobre o agir deste ser; ele é a lei que rege a liberdade (SOUSA; CARVALHO; GARCIA, 1998).

Para o filósofo jusnaturalista, os direitos fundamentais, quando objeto das garantias constitucionais, têm sido geralmente entendidos como direitos naturais. Como decorrem da



natureza humana, os direitos fundamentais possuem distintas modalidades: como substância, tendem à conservação da própria vida; como organismo vivo, constituição e organização familiar; pela capacidade de razão, o homem aspira ao conhecimento da verdade, assim, cabe a liberdade de pensamento, de expressão, de religião, direitos intelectuais; dada a sociabilidade, o direito de associação ou de representação política junto ao poder (SOUSA; CARVALHO; GARCIA, 1998).

Nesse sentido, Branco (2017, p. 128) afirma que a função do Estado é servir aos cidadãos, garantindo-lhes os direitos básicos:

A defesa de que certo número de direitos preexistem ao próprio Estado, por resultarem da natureza humana, desvenda característica crucial do Estado, que lhe empresta legitimação — o Estado serve aos cidadãos, é instituição concatenada para lhes garantir os direitos básicos (2017, p. 128).

Esse rol de direitos fundamentais refletiriam os ensinamentos do Cristianismo. Dignificadores da pessoa humana, tais ensinamentos se constituíram corolários do direito natural e do direito divino (SOUSA, 1998). Porém, para a efetivação e continuidade desses direitos, é necessária uma sociedade politicamente organizada. Sobre o assunto, vale recordar as próprias palavras de Galvão de Sousa (1971, p. 17):

Toda sociedade politicamente organizada é representada pelo poder. Este lhe proporciona unidade, paz e segurança. União moral e estável de vários indivíduos em vista de um fim, a sociedade requer uma autoridade, para tornar efetiva a cooperação de todos segundo o objetivo comum a atingir. O poder ou a autoridade — duas expressões, acentuando a primeira a força ou a eficácia diretiva, e a segunda, o direito ou a superioridade moral — é um princípio de unidade social, coordenando a atividade dos particulares para a consecução do bem comum.

Compreende-se que pode haver perfeita consonância entre os detentores do poder e os demais membros do corpo político, ou inexistir esse acordo, porém, pode haver o consentimento popular à autoridade. O consenso popular pode ser obtido à força ou por métodos de propaganda, como é o caso, em geral, dos governos tirânicos, que também optam por técnicas de sugestão e, não raras vezes, de intimidação, meios característicos das modernas técnicas de dominação política. Assim, o ideal de democracia representativa nas democracias modernas é justamente fazer imperar a vontade do povo no governo que o representa (SOUSA, 1971).

A democracia dependeria da execução de um Estado de Direito, que, por sua vez, depende das seguintes condições: a) submissão do Estado à ordem jurídica, que se impõe, por regras de caráter geral, igualmente a governantes e governados; b) garantias a todos contra o arbítrio do poder, impondo-se a submissão do Estado ao direito por processos aptos a proporcionar à sociedade os meios de tornar efetiva a referida submissão, podendo os governantes ser responsabilizados perante a justiça por atos de transgressão da ordem jurídica; c) independência do Direito, que é superior ao Estado e não uma criação do próprio Estado, reconhecendo-se assim um critério objetivo de justiça, do qual depende o direito positivo, cujas normas, por isso mesmo, não são disposições providas exclusivamente da vontade do legislador; d) respeito por parte do Estado, quando da elaboração de suas leis, ao direito histórico constituído na sociedade política e aos ordenamentos jurídicos dos grupos aí existentes, sem lhes suprimir a justa autonomia (1971, p.18).

Para corroborar a importância da democracia representativa e das atribuições de cada poder, o filósofo é categórico (1971, p.33):

A crise do Poder Legislativo e da representação política — à qual, nos governos representativos modernos, foi confiada a tarefa própria daquele poder, isto é, a função de elaborar normas de direito — é matéria de sociologia política da maior relevância. Se o princípio representativo naufragar, muito difícil será evitar os regimes de arbítrio, e o caminho estará franqueado ao Estado totalitário.

Galvão de Souza entendia a representação política autêntica como uma tribuna da comunidade nacional, um retrato dos grupos que a compõem. Dessa forma, o Governo, na supervisão desse conjunto expresso pela representação política, é responsável por desenvolver uma unidade social por intermédio de uma legislação sábia e prudente (NASCIMENTO, 2015).

Ademais, de acordo com o autor, um dos requisitos para a condição de legitimidade do poder é que a sua atuação não esteja direcionada a satisfazer a totalidade dos fins humanos, como ocorre em regimes totalitários. Deve-se apenas assegurar as condições necessárias e não realizáveis pelos agrupamentos intermediários para o desenvolvimento do corpo social. Dessa forma, o poder é legitimado quando respeita a esfera de ação dos grupos a ele submetidos, isto é, quando é limitado “pelo fim que constitui a sua razão de ser”, ou seja, “assegurar a ordem, manter a paz e contribuir para a prosperidade pública.” (SOUSA, 1976, p. 96).

3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL

Um ano após a Proclamação da República, em 1890, o Decreto nº 510, de 22 de junho, regula a competência e a atuação do Supremo Tribunal Federal, que, inicialmente, passa a ser composto por 15 Ministros. Já o Decreto-Lei nº 848, de 11 de outubro, lança as bases da organização judiciária da União, estabelecendo uma estrutura de dupla jurisdição.

No momento de criação do STF, o jurista Rui Barbosa assente que, na qualidade de fundador da constituição, a liberdade individual não deve ser diminuída pela força, nem mesmo pela lei. Para o jurista, esse tribunal seria o sacrário da Constituição, capaz de guardar sua hermenêutica numa espécie de veto permanente aos sofismas opressores da razão de Estado, tal como ocorria nos Estados Unidos, naquela época (MAYER, 1988). Enfaticamente, seguiu como alerta de Rui Barbosa a declaração de que se a Suprema Corte se coagular morta, no texto, como sangue de um cadáver, a Constituição de 1891 estaria perdida.

Mesmo com a promulgação da Constituição de 1988, as atribuições do Supremo Tribunal Federal manifestam-se conforme o que idealizou Rui Barbosa: a Suprema Corte é a guardiã e órgão último de interpretação constitucional da República.

Nas últimas décadas, o STF vem alargando cada vez mais sua autoridade, sofrendo críticas por seu ativismo; e essa abrangência de poder decorre, de um lado, da crise do Poder Legislativo e, de outro, de certa legitimação dada ao Poder Judiciário pelo povo, que anseia pela moralização social e vê na atividade jurisdicional um meio para se alcançar esse fim.

Em um sistema de controle concentrado de constitucionalidade, a preocupação maior é com a nítida separação dos poderes, com vistas a se evitar algum autoritarismo que pudesse ressurgir com a supremacia de algum poder sobre outro. Para isso, transfere-se o controle

da normatividade para uma Corte Constitucional, cuja atuação nesse sentido é própria, uma vez que somente a ela caberia tal poder, excluindo-se os demais órgãos jurisdicionais (CAPPELLETTI, 1992).

Para Cappelletti (1992, p. 82), o Tribunal Constitucional deveria se ater à interpretação da lei, delimitar sua validade perante os princípios e regramentos da Constituição e determinar sua eficácia *erga omnes*, de maneira geral, jamais ampliando essa interpretação para além das margens definidas na Constituição. Desse modo, a fundamentação das decisões sempre giraria em torno da normatividade existente, afastando-se a amplitude da vinculação aos precedentes.

Conforme aludem Costa e Zolo (2006, p.25), o Poder Judiciário, tanto nas declarações dos direitos como nos textos constitucionais da França revolucionária, havia sido objeto de prescrições exclusivamente negativas. Dessa forma, os juízes não deviam intervir no exercício do Poder Legislativo, bem como não tinham nenhum poder de suspender a execução das leis. Essa desconfiança, que era a consequência do papel desempenhado pelos magistrados no antigo regime, fazia do equilíbrio constitucional francês algo profundamente diferente da Inglaterra e dos Estados Unidos (COSTA; ZOLO, 2006).

Em se tratando da atuação do Poder Judiciário, denominou-se de “ativismo judicial” a invasão desse poder sobre as demais esferas de poder. Tal expressão foi cunhada nos Estados Unidos e empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969 (BARROSO, 2003). Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais.

Entretanto, a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes (BARROSO, 2003).

Seguindo essa influência, a Constituição Federal brasileira de 1988 foi responsável pela estruturação de um Judiciário dotado de total autonomia institucional, algo que tem sido objeto de destaque até mesmo no âmbito do direito comparado e era inexistente em nosso ordenamento. Essa “autonomia” vem garantida pela competência de regulamentar-se administrativa e financeiramente (MENDES; BRANCO, 2013).

O modelo axiológico de Constituição apresenta os fenômenos sociais como geradores de normas na esfera jurídica (SCHMITT, 2007). Assim, se a Constituição “só contém” essa determinação política, nitidamente atribui valor especial a essa decisão, pelo que se justifica o seu enquadramento no modelo axiológico, tratando essa decisão política fundamental como um resultado que antecede e dá origem a qualquer produção normativa (SCHMITT, 2007).

Vale ressaltar que o Poder Judiciário é uma forma de manifestação da soberania estatal, sendo dado ao povo, na pessoa do magistrado escolhido pelos pretores, o poder de julgar as causas cíveis, sendo que as causas criminais ainda eram julgadas pelos reis e pelos cônsules que os sucederam. Inclusive, atribui-se a Montesquieu a Teoria dos Freios e Contrapesos, afinal, estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo,

exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares (MONTESQUIEU, 1973).

Segundo Ran Hirschl (2006, p.723), questões de megapolítica ou política pura não possuem diretrizes constitucionais, visto que os juízes constitucionais teriam de basear as suas decisões naquilo que seria melhor para a sociedade ou para a nação e, nesse campo da opção política, não haveria nada que indicasse que a sua decisão seria qualitativamente superior à do Executivo e à do Legislativo.

A atuação cada vez mais ativista do intérprete da lei pode fragilizar princípios constitucionais, especialmente a segurança jurídica, entendida como mecanismo de previsibilidade e estabilidade da atuação do Estado. Por encontrar-se na dimensão social, o tema da segurança jurídica passou a ter um papel mais significativo a partir do pós-guerra, no século XX, devido à crescente importância dos direitos humanos, garantias e liberdades individuais. Dessa maneira, sua violação provoca a instabilidade do Estado Democrático de Direito.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por meio do inciso XXXVI do seu art. 5º, delibera acerca da segurança jurídica que se encontra enucleada com a força de um princípio-síntese, quando afirma que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Conforme preceitua Sarlet (2007 p.3), o princípio da segurança opera como um tipo de “cláusula geral” que o legislador constituinte conecta a outros princípios de igual natureza discriminados no art. 5º, a exemplo do princípio da legalidade (inc. II), da anterioridade e irretroatividade da lei penal (incs. XXXIX e XL) e o da personalidade da pena (inc. XLV), entre outros.

Dworkin (2000, p.250) também faz uma importante reflexão sobre a relação entre o intérprete da lei e o legislador, afirmando que:

Quando um juiz indaga o que os legisladores devem ter pretendido realizar, ele quer perguntar que políticas ou princípios ajustam-se mais naturalmente à lei que aprovaram. Quando indaga o que teriam feito se lhes exigissem que respondessem à pergunta que têm diante de si, quer perguntar que respostas decorrem das políticas ou princípios que se ajustam mais naturalmente à lei que aprovaram. Nenhuma questão é realmente psicológica ou histórica; todas colocam a mesma pergunta básica numa roupagem psicológica ou histórica.

De todo modo, apesar da importância jurídica dos princípios, observa-se certo abuso no uso da teoria dos princípios por parte do Poder Judiciário. Não raras vezes os juízes valem-se de argumentos retóricos sob a roupagem da defesa de certos princípios. Sobre o tema, Ricardo Marcondes Martins (2018, p.40) tece as seguintes críticas:

Ao invés de buscar os argumentos corretos para uma decisão, invoca-se um princípio – v.g., da dignidade da pessoa humana – como uma “expressão mágica”. Não há que examinar os textos normativos, basta invocar a expressão mágica para fundamentar uma sentença. Tanto a utilização “esperta” como a utilização “preguiçosa” dos princípios importam no fim do Estado de Direito.

O problema principal ocorre por parte do intérprete da lei. Amparado pelo

neoconstitucionalismo, o magistrado pode exercer o poder mediante a aplicação de suas convicções pessoais sob a forma da defesa principiológica de certos valores pretensamente democráticos e constitucionais. Esse *modus operandi* estaria na contramão do positivismo jurídico (que aplica solenemente a letra da lei), e assim colocaria em risco a ordem constitucional caso a comunidade jurídica aceite, de forma incontestada, a discricionariedade sem dúvida bem-intencionada, mas extremamente preocupante, do juiz.

Nessa senda de representar a vontade e os valores do “povo”, percebe-se claramente uma postura defensora do ativismo judicial no voto do Ministro Ayres Brito na ADI 3510:

O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos amici curiae, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas. (...) Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie a mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

Ressalte-se que, em vários casos julgados pelo STF, o sobreprincípio do Estado de Direito relaciona-se diretamente ao princípio da segurança jurídica. Assim, as decisões do STF que fazem referência direta ao sobreprincípio do Estado de Direito podem ser sistematizadas com a concreção dos seguintes princípios (ou subprincípios) constitucionais: (a) legalidade ou juridicidade, segundo o qual o Estado se encontra submisso à ordem jurídica que lhe é inerente; (b) submissão do Estado a mecanismos de controle e de responsabilização; (c) separação das funções estatais; (d) submissão do Estado aos direitos e garantias fundamentais; (e) segurança jurídica (CARVALHO, 2009).

Mesmo diante da suposta preocupação do STF em salvaguardar a segurança jurídica, algumas atuações mais “ativistas” têm tomado proporções questionáveis do ponto de vista da estabilidade e previsibilidade das relações jurídicas e da atuação do Estado. Nesse sentido, algumas objeções podem ser opostas à judicialização e, sobretudo, ao ativismo judicial no Brasil, que se resumem em três pontos críticos: os riscos para a legitimidade democrática, a politização indevida da justiça e os limites da capacidade institucional do Judiciário.

Vale salientar que “o magistrado deve ser leniente em relação à lei, mas não se pode julgar apenas de forma literal” (WIVIURKA, 2020). Ademais, o jusnaturalismo não defende uma simples exegese de determinado conjunto de normas que seja substancialmente justo, pois há espaços para que, por meio de uma interpretação, o juiz de fato concretize o bem-comum em uma demanda judicial (WIVIURKA, 2020).

Esse protagonismo do Judiciário, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, diz respeito ao ativismo judicial, que apresenta características próprias relativamente aos fatores de impulsão, como o enfraquecimento da representação política - que propicia a criação do espaço político, avidamente ocupado pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro - e a disseminação do neoconstitucionalismo nos meios acadêmico e judicial (RAMOS, 2020). Ademais, a difusão do neoconstitucionalismo fornece amparo ideológico à empreitada ativista, sempre sob o argumento falacioso de que a concretização dos direitos fundamentais, constitucionalmente consagrados, é incompatível com um Judiciário complacente com as omissões dos Poderes Legislativo e Executivo (RAMOS, 2020).

Muitas vezes, o Judiciário é acionado pela população em razão da omissão do Poder Executivo, o que faz com que magistrados adentrem noutra esfera de poder. A exemplo, um caso que gerou repercussão em torno do ativismo judicial foi o julgamento da ADPF 347, em 2017. O julgado em questão era de um caso de violações de Direitos Humanos em estabelecimentos prisionais brasileiros; e o Supremo Tribunal Federal interveio na alocação de recursos para garantir condições adequadas à população carcerária (WIVIURKA, 2020). A seguinte situação também é discutida pelo Estado de Coisas Inconstitucionais, pois se o Executivo tivesse feito sua parte, a demanda judicial nunca teria existido. Porém, diante da ineficácia administrativa, o Judiciário foi acionado e respondeu da forma que julgou ser a que mais assegurava os direitos fundamentais (WIVIURKA, 2020).

Além disso, decisões arbitrárias, baseadas em interesses pessoais ou de consciência, podem estremecer as garantias fundamentais já conquistadas, causando instabilidade na segurança jurídica.

4. CONCLUSÃO

Por sua própria natureza, o Poder Judiciário deve ter atuação jurídica, senão de forma absoluta, ao menos essencialmente. E isso porque, para o Estado Democrático de Direito, o núcleo essencial do princípio da separação de poderes exige, para a função jurisdicional, uma atuação dentro de seus limites constitucionais, razão pela qual o controle exercido por este órgão constitui-se como contrapoder da função legislativa como instrumento político.

Em certa medida, é inevitável uma tensão entre os poderes. Para usar uma metáfora musical, a tensão entre os poderes equivale à tensão entre notas musicais dentro de um mesmo campo harmônico. Ocorre que o ativismo judicial, por romper com o positivismo, representa uma ruptura com a própria harmonia dos poderes, pois transforma o magistrado em um agente promotor da expansão de sentidos dos princípios, o que implica, em última instância e numa contingência maior, a capacidade de criar normas jurídicas. Logo, a postura impositiva de um Judiciário ativista é, em grande medida, decorrência da margem de discricionariedade deixada ao julgador pelo legislador. Desprovido de qualquer constrangimento ao exercer competências de revisão cada vez mais amplas, o Judiciário amalha um poder quase inquestionável.

Entretanto, devido aos recorrentes conflitos de interpretações principiológicas por parte do Supremo Tribunal Federal e ao crescente receio de este órgão atuar como “um quarto poder” (com competências legislativas e executivas), cada vez o valor da segurança jurídica é reconhecido pela sociedade como um fator de garantia da estabilidade de um regime democrático em que o

cidadão tem a liberdade, dentro de padrões éticos mínimos, para conduzir, planejar e conformar a sua vida de acordo com regras claras e previsíveis, editadas pelo Parlamento e interpretadas pelo Judiciário.

É nesse sentido que o princípio da segurança jurídica é considerado como elemento constitutivo do Estado de Direito. A atuação do STF é regida não só pela Constituição Federal, mas também pelo seu próprio Regimento Interno, que determina a composição e a competência dos seus órgãos internos e também regula o processo e o julgamento dos feitos atribuídos à Suprema Corte pela Constituição, além de disciplinar seus serviços, etc.

É mister que o Supremo Tribunal Federal, constitucionalmente nomeado como guardião da Constituição, deve se manter contido, evitando ingerências em deliberações parlamentares e garantindo, assim, o sistema democrático e os direitos fundamentais sem precisar reinventar a ordem jurídica.

A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar sobre pontos sensíveis da democracia em que o Legislativo e o Executivo se mostram falhos, omissos ou insuficientes. Tais condições costumam acarretar uma aproximação perigosa entre as esferas do Direito e da Política, tornando-se difícil distinguir, em vários casos, entre um “direito” e um “interesse político” (CASTRO, 1996).

Quando o Judiciário se porta como um “tribunal político”, o que ele faz é desconsiderar a representação democrática: primeiro porque ignora que o procedimento para a mudança do direito tem como destinatário o Legislativo, segundo porque se arroga na função de legislador. Pode assim passar a ser visto com desconfiança pelos cidadãos e atores políticos da república, como um elemento nocivo aos pressupostos de um regime democrático (MAIA, 2008).

Para corroborar a importância da democracia representativa e das atribuições de cada poder, o filósofo José Pedro Galvão de Sousa é categórico ao defender que a crise do Poder Legislativo ocorre quando este poder perde seu espaço, na sua própria esfera, aos desígnios da atuação de outro poder. Para o jusfilósofo, o naufrágio do princípio representativo possibilita a ascensão dos regimes de arbítrio, franqueando caminho para um Estado totalitário.

A visão jusnaturalista de Galvão de Sousa aplicada à atuação do Supremo Tribunal Federal acarreta o respeito quanto à legitimação de poder e aos limites de sua atuação na esfera de ação dos grupos submetidos. Nesse caso, quando o Judiciário respeita os limites de suas competências, há uma condição de estabilidade para a manutenção da segurança jurídica, evitando-se, assim, violações aos direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Flávio Lemos. José Pedro Galvão de Sousa (1912-1992): a influência de Santo Tomás em seu pensamento! **AQUINATE**, n.º9, (2009), 295-297. Disponível em: <<http://www.aquinate.com.br/wp-content/uploads/2016/11/2-Galvao.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2022

ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos Fundamentais**: introdução geral. Estoril: Princípiá. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. (org.) **A nova Interpretação Constitucional**: ponderação, Direitos fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3208/fundamentos-teoricos-e-filosoficos-do-novo-direito-constitucional-brasileiro>>. Acesso em: 05 ago. 2022.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial De Constitucionalidade Das Leis No Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais**. 2009. 264f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, GOIÂNIA, 2009.

CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, n. 34, 1996.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais**: teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. **Fordham Law Review**, New York, v. 75, n. 2, p. 722-727, 2006.

LA FER, Celso. **Desafios: ética e política**. São Paulo: Siciliano, 1995, p. 239.



MAIA, Paulo Sávio Peixoto. O Supremo Tribunal Federal como “tribunal político”: observações acerca de um lugar comum do direito constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, v. 180, p. 375-390, 2008.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios e função jurisdicional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 135-164, maio/ago. 2018.

MAYER, Rafael. **Do Supremo Tribunal de Justiça ao Supremo Tribunal Federal**, **Arquivos do Ministério da Justiça**. Brasília. 173 (41):3-23, jul./set. 1988.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. revidada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, barão de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Editora Abril, 1973.

NASCIMENTO, Silvio Firmo do. O direito natural, o direito positivo e o estado de direito na visão de José Pedro Galvão de Sousa. **Revista Estudos Filosóficos**, n. 14/2015, DFIME – UFSJ, São João del-Rei-MG. p. 174-191.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial e representação política: a crise institucional brasileira. **Revista De Direitos Humanos E Desenvolvimento Social**, 1, 1-19, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.24220/2675-9160v1e2020a5200>. Acesso em: 13 dez. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCANTIMBURGO, João de. **Revista Brasileira de Filosofia**, v. 40, fasc.168. São Paulo 1992.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SOUSA, José Pedro Galvão de. **Da Representação Política**. São Paulo: Saraiva, 1971.

SOUSA, José Pedro Galvão de. **Iniciação à Teoria do Estado**. São Paulo: RT, 1976.

SOUSA, José Pedro Galvão de; CARVALHO, José Fraga Teixeira de; GARCIA, Clóvis Lema. **Dicionário de Política**. Editora T. A. Queiroz. 1998.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Documentos Históricos. Cronologia**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bicentenario/historia/cronologia.asp>. Acesso em: 04 ago. 2022.

WIVIURKA, Eduardo Seino. **Exigências da razão prática no exercício da função jurisdicional a partir da teoria neoclássica da lei natural.** Dissertação de Tese de Doutorado, Curitiba: UFPR. 2020.

XAVIER, Leonardo Augusto Oliveira; SANTOS, José Francisco dos; BONIN, Joel Cezar. A Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale e suas Possíveis Convergências do Jusnaturalismo de Tomás de Aquino e do Juspositivismo de Hans Kelsen. **Revista Ponto de Vista Jurídico**, v. 9, n. 2, p. 117-136, 2020.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License





Data do recebimento: 20/08/2022

Data do Aceite: 19/09/2022

PARÂMETROS NORMATIVOS DO “VESTIBULAR PARA REFUGIADOS”: ENTRE A LEI DE COTAS E O ESTATUTO DOS REFUGIADOS

NORMATIVE PARAMETERS OF THE “VESTIBULAR FOR REFUGEES”: BETWEEN THE QUOTA LAW AND THE REFUGEE STATUTE

Pablo Francesco Rodrigues da Silva¹

Carlos Henrique Benedito Nitão Loureiro²

SUMÁRIO: Introdução; 1. Contexto sobre a Criação de Políticas Públicas para Refugiados no Brasil; 1.1. Políticas Públicas desenvolvidas pelas Universidades Públicas Federais: vestibular para refugiados; 2. Vestibular para Refugiados: ação afirmativa ou política pública prevista no Estatuto dos Refugiados, condizente com a autonomia universitária; 3. Parâmetros Normativos para a Realização do Vestibular para Refugiados pelas Universidades Públicas Federais; 4. Conclusão; Referências.

1 - Procurador Regional da PFE/INCRA. Especialização em Direito Público pela Estácio de Sá FIR, Brasil. Professor universitário com experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, especialmente: Direito Tributário, Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direito Financeiro, Políticas Públicas e Direito Ambiental. Atualmente, faz parte da comissão executiva da Escola da AGU. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/5509932166496797>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4883-6363>. E-mail: pablo.silva@agu.gov.br.

2 - Universidade Federal de Campina Grande - UFCG, Paraíba, Brasil. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, UFRN, Brasil. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Estácio de Sá, UNESA, Brasil. Procurador-Chefe junto à Universidade Federal de Campina Grande. Procurador Federal. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/7043038833596852>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7095-4964>. E-mail: carlos.loureiro@agu.gov.br.



RESUMO: Objetiva-se com o presente artigo realizar uma abordagem sobre a confecção do vestibular direcionado aos refugiados. Para tanto, mostra-se pertinente uma análise sobre a Lei de Cotas e a ADPF nº 186, em que se pondera se o vestibular para refugiados é mais uma ação afirmativa e, como consequência, devendo seguir os parâmetros delineados pelo legislador e pelo Supremo Tribunal Federal, ou trata-se de uma política pública dotada de arcabouço legal próprio, construída a partir do microssistema direcionado ao refugiado, possuindo como referência a Lei nº 9.474/1997, além de contar como reforço de ação à autonomia universitária conferida pelo constituinte de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional. Estatuto do Refugiado. Lei de Cotas. ADPF nº 186/DF. Autonomia Universitária.

ABSTRACT: *The objective of this article is to carry out an approach on the preparation of the entrance exam aimed at refugees. Therefore, an analysis of the Quota Law and ADPF nº 186 is relevant, considering whether the entrance exam for refugees is more of an affirmative action and, as a consequence, would need to follow the parameters already outlined by the legislator and the Federal Supreme Court; or, on the contrary, it is a specific public policy that has its own legal framework, built from the microsystem directed to the refugee, having as reference the Law nº 9.474/1997, in addition to counting as a reinforcement of action the university autonomy conferred by the 1988 constituent.*

KEYWORDS: *International Right. Refugee Status. Quota Law. ADPF nº 186/DF. University Autonomy.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar que parâmetro de legalidade deve nortear e legitimar a realização de vestibular exclusivo para refugiados, por parte de universidades públicas federais.

Desde 2012, em virtude da edição da Lei nº 12.711/2012 – denominada Lei de Cotas, e do julgamento da ADPF nº 186/DF, há uma política pública, em consolidação, de ações afirmativas observadas pelas universidades federais, reservando-se um percentual de suas vagas para determinados grupos, a saber: pretos, pardos, indígenas e de pessoas com deficiência, ou estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Em alguns contextos, o forte influxo causado pela migração fez com que setores da sociedade civil organizada passassem a reivindicar por políticas públicas para migrantes e refugiados.

No cenário recente, a chegada de dezenas de milhares de venezuelanos (a maioria deles solicitantes de refúgio) a partir de 2017 mobilizou atores políticos locais, que, por sua vez, pressionaram instituições e órgãos para que fossem propostas e implementadas políticas de inclusão dos refugiados, com oportunidade de vagas no ensino superior público. Como exemplo, podem ser citadas instituições como a Universidade Federal de Minas Gerais e a Universidade Federal do Paraná.

O problema ainda pendente de profundo debate é se existe uma base normativa capaz de validar juridicamente essa política direcionada e se ela estaria embasada na Lei de Cotas ou na Lei nº 9.474/97 (que implementa o Estatuto dos Refugiados no Brasil).

1. CONTEXTO SOBRE A CRIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA REFUGIADOS NO BRASIL

O Brasil é conhecido por ser um país receptor em sua história, inclusive, nas últimas décadas. Em praticamente todas as regiões do país, em maior ou menor grau, observa-se um fluxo de estrangeiros que procuraram/procuram acolhimento em terras brasileiras. Há diversos fatores que explicam essa movimentação. A depender da época, podem ser citados os incentivos realizados pelos governos do país de origem (emigração) e do Brasil (imigração), contingências políticas e circunstâncias geográficas e fronteiriças (MOREIRA, 2012 p. 313).

Na última década, dois fatores estimularam a vinda de estrangeiros para o território brasileiro: guerra e instabilidade governamental. Para o primeiro grupo, pode-se citar nacionais do Haiti, da Síria e atualmente da Ucrânia; para o segundo grupo, situação mais recente e com forte impacto no extremo norte, encontram-se os venezuelanos. Esses dois grupos podem ser enquadrados na categoria de refugiados, por preencherem os requisitos do art. 1º da Lei nº 9.474/97.

Nessa toada, segundo relatório do Ministério da Justiça e Segurança Pública, mediante fonte da Coordenação-Geral do Comitê Nacional para os Refugiados, até dezembro de 2018, o Brasil possuía 11.231 pessoas refugiadas reconhecidas e 161.057 mil solicitações de reconhecimento da condição de refugiados em trâmite (BRASIL, 2019, p. 7). Em 2019, esse número foi fixado



em 82.552 solicitações (SILVA; CAVALCANTI; OLIVEIRA; MACEDO, 2020, p. 11); em 2020, foram registradas 28.899 solicitações de reconhecimento da condição de refugiado (SILVA; CAVALCANTI; OLIVEIRA; COSTA; MACEDO, 2021, p. 10); por fim, segundo o último levantamento, para o ano de 2021, foram registradas 29.107 solicitações, totalizando, na última década, 297.712 pedidos (JUNGER; CAVALCANTI; OLIVEIRA; SILVA, 2022, p. 10).

Tal variação, como justificativa para a sua diminuição, ocorre no contexto pandêmico, com a restrição da locomoção (SILVA; CAVALCANTI; OLIVEIRA; COSTA; MACEDO, 2021, p. 10). No entanto, observa-se que, para o ano de 2021, houve um aumento no número dos pedidos, o que reflete uma dinâmica positiva quando se leva em consideração o perfil do Brasil como destino para acolhimento de refugiados (JUNGER; CAVALCANTI; OLIVEIRA; SILVA, 2022, p. 10).

Do montante de refugiados que já tiveram a sua condição reconhecida, para o ano de 2021, a maior parte dos pedidos eram de venezuelanos ou de pessoas que tinham a Venezuela como o seu país de residência antes do pedido (JUNGER; CAVALCANTI; OLIVEIRA; SILVA, 2022, p. 11). Em seguida, também em 2021, houve uma mudança no número de pedidos em relação ao segundo grupo, sendo os haitianos ou pessoas residentes no Haiti ultrapassadas agora pelos angolanos (JUNGER; CAVALCANTI; OLIVEIRA; SILVA, 2022, p. 11). Todavia, a diversificação de nacionalidades vai além, apontando o Ministério que o Brasil recebeu pedido de refúgio de pessoas originárias de 117 países (JUNGER; CAVALCANTI; OLIVEIRA; SILVA, 2022, p. 11).

Avançando na análise desses dados, a faixa etária dos refugiados (com condição reconhecida) é um importante componente a ser observado. Pelo relatório da Coordenação-Geral do Comitê Nacional para os Refugiados, há três grupos: menores de 15 anos (primeiro grupo); entre 25 e 40 anos (segundo grupo); e, por fim, entre 15 e 24 anos (terceiro grupo). Os últimos dois grupos representam, em números absolutos, a grande maioria dos refugiados, deixando transparecer uma população significativamente jovem (JUNGER; CAVALCANTI; OLIVEIRA; SILVA, 2022, p. 16).

O que interessa nesses dados é o fato de que, no Brasil, existe um percentual expressivo de pessoas entre 15 e 40 anos com a condição reconhecida de refugiados, podendo-se presumir que são pessoas aptas para a formação acadêmica e com disponibilidade para o mercado de trabalho.

Diante dessas informações, há dois caminhos: a inércia ou a construção de políticas públicas que possibilitem a inserção desse núcleo de refugiados na sociedade (MOREIRA, 2015, p. 81-96). Evidentemente que essa inserção deve se dar de forma parcimoniosa e com oportunidades para que o processo de aculturação do refugiado no país de destino também seja compreendido, tornando-se uma via dupla no respeito cultural. Além disso, o segundo caminho teria por finalidade evitar um mal maior: a intolerância.

Nesse cenário, o marco inicial foi dado pela Lei federal nº 9.474/97, que criou mecanismos para implementação do Estatuto dos Refugiados, com inspiração na Convenção de Genebra que estabeleceu suas bases em 1951. Entre as medidas impostas pela referida lei, foi criado o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), órgão multiministerial que desenvolve suas atividades no âmbito do antigo Ministério da Justiça, atual Ministério da Justiça e Segurança Pública (FRANÇA; MONTAGNER; RAMOS, 2019, p. 5).

Em âmbito estadual, há a criação de centros com a proposta de acolhimento e direcionamento para a alocação no mercado de trabalho, com a realização de cursos e capacitações, sendo São Paulo a unidade federativa que apresenta a melhor estrutura (FRANÇA; MONTAGNER; RAMOS, 2019, p. 5).

Na esfera federal, com o grande fluxo recebido na Região Norte, sobretudo no estado de Roraima, o Governo Federal, mediante ações da Polícia Federal e do Exército Brasileiro, criou a Operação Acolhida, sustentada nos seguintes eixos: a) recepção e identificação; b) núcleo de saúde da acolhida; c) alojamento de trânsito; e d) posto de interiorização e triagem (BRASIL, 2022).

No entanto, como próximo estágio da implementação de uma política pública concreta, algumas universidades federais começaram a realizar vestibulares para refugiados, seja mediante seleção específica (com critérios diferenciados), seja mediante oferta de vagas no vestibular tradicional.

1.1. Políticas públicas desenvolvidas pelas universidades públicas federais: vestibular para refugiados

É inquestionável que as universidades possuem uma relevância ímpar em qualquer sociedade. É dentro dos seus *campi* que novas descobertas científicas são realizadas e se cria um ambiente propício para que os diversos segmentos da sociedade convirjam esforços para a construção de novas melhorias coletivas. É ambiente também para que ações sociais sejam desenvolvidas, com a proposta de modificar realidades individuais.

Nesse cenário, em 2003, a Agência da ONU para Refugiados, o ACNUR, criou a Cátedra Sérgio Vieira de Mello (CSVM), a qual tem por objetivo firmar parcerias com centros universitários para promover a educação, a pesquisa e a extensão acadêmica voltada à população em condição de refúgio (UNHCR ACNUR²⁰¹⁹ p. 7). Ao se firmar a parceria, o ACNUR constrói um instrumento com o objetivo de que os centros universitários discutam internamente a situação dos refugiados, estimulando o pensamento crítico, a formação acadêmica e a capacitação de professores e estudantes na temática dos refugiados (UNHCR ACNUR²⁰¹⁹, p. 7).

Nas palavras de Gilberto Rodrigues (RODRIGUES, 2019, p. 53):

Na maior parte dos países comprometidos com o acolhimento de refugiados, a universidade exerce algum papel, seja para ensinar Direito dos Refugiados, seja para atuar em defesa dos refugiados perante os órgãos administrativos e/ou judiciais que determinam quem será reconhecido como tal no país, ou para apoiar refugiados em seu processo de integração local.

Indo além das ações desenvolvidas pela Cátedra Sérgio Vieira de Mello (CSVM), mesmo sem se firmar acordos com a CSVM/ACNUR, diversas universidades federais brasileiras estão empreendendo esforços para promover uma política pública de oportunidades aos refugiados acolhidos pelo governo brasileiro. Entre os diversos caminhos possíveis, tem-se a realização de vestibulares para esse público específico. Na atual realidade brasileira, as seguintes Instituições Federais de Ensino Superior (IFES) vêm realizando processos seletivos com previsão de vagas para refugiados, tendo a UFSCAR despontado como umas das pioneiras nessa oferta (BERTINO, 2020, p. 81-96):

Instituição Federal	Ato normativo autorizativo	Certame de seleção
UFRGS	Decisão nº 366/2015 do Conselho Universitário	Edital nº I/2019
UNILA	Instrução Normativa Prograd - Unila nº 02/2018	Edital nº 02/2019/ PRAE/PROGRAD/PROINT/ REITORIA - UNILA, de 07 de junho de 2019
UFMG	Resolução nº 07/2019, de 11 de junho de 2019	Edital do processo seletivo 2022
UFSCar	Resolução CoG nº 071, de 12/05/2015	Edital Prograd nº 007, de 8 de abril de 2019 – Seleção para ingresso de refugiados nos cursos de graduação presenciais
UFSM	Resolução UFSM nº 041/2016	Edital nº 001/2018 – PROGRAD
UNIFESP	Resolução nº 02 do Conselho de Graduação	Edital nº 26/2019
UFPR	Resolução nº 63/18 – CEPE	Edital 04/2019
UFRR	Resolução nº 007/2018-CEPE	Edital nº 082/2019/CPV/UFRR

Fonte: Elaboração própria

A realização do vestibular é uma forma de minorar os efeitos da mudança de país e, ao mesmo tempo, oferecer novas oportunidades, sobretudo a qualificação para a inserção no mercado de trabalho e a adaptação cultural na nova residência, rompendo fronteiras e preconceitos.

Por parte da doutrina, por exemplo, Rosita Milesi e Flavia Carlet apontam as seguintes propostas no campo da educação (CARLET; MILESI, 2016, p. 126-127):

1. Criar mecanismos para agilização do processo de revalidação de diplomas e documentos universitários;
2. Ampliar o número de vagas para crianças na faixa etária própria para acolhida em creches;
3. *Estabelecer acordo entre Ministério da Educação e Universidades Públicas para oferta de vagas para refugiados e definição de critérios especiais para inclusão destes no PROUNI;*
4. Disponibilizar um percentual de bolsas escolares (escolas particulares) para refugiados, particularmente para crianças e adolescentes em idade escolar. (grifo nosso)

No entanto, há de se questionar em qual parâmetro normativo a promoção dessa política pública pelas universidades federais brasileiras se baseia: é mais uma ação afirmativa, que precisaria observar os contornos da Lei de Cotas e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186/DF, ou trata-se de uma política inserida na esfera da autonomia universitária de cada IFES, valendo-se de outro(s) parâmetro(s) normativo(s) para além da Lei de Cotas e da ADPF nº 186/DF, qual seja, o Estatuto dos Refugiados?

O próximo tópico se propõe a responder esses questionamentos.

2. VESTIBULAR PARA REFUGIADOS: AÇÃO AFIRMATIVA OU POLÍTICA PÚBLICA PREVISTA NO ESTATUTO DOS REFUGIADOS, CONDIZENTE COM A AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA

O ano de 2012 foi um marco no ordenamento brasileiro para a construção de políticas de ações afirmativas em universidade públicas. Primeiro, em 26 de abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento da ADPF nº 186/DF, que versa sobre a reserva de cotas para alunos negros, pardos e indígenas. Como pano de fundo, estavam em análise atos internos da Universidade de Brasília (UnB) que aprovaram a reserva de vagas para alunos negros, pardos e indígenas.

De relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, o julgamento recebeu a seguinte ementa (BRASIL, Supremo Tribunal Federal):

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade.

III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa.

IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico- raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro.

V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição.

VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo



esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes.

VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos.

VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente.

Em seguida, após o julgamento, o Parlamento brasileiro editou a Lei federal nº 12.711/2012, que passou a ser denominada Lei de Cotas, com o seguinte art. 1º:

Art. 1º As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o caput deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita.

Tanto a ADPF nº 186/DF como a Lei nº 12.711/2012 delinearão os requisitos que deverão permear a implementação das ações afirmativas por elas contempladas, podendo ser sintetizados da seguinte maneira:

- a) previsão da política de ação afirmativa em lei;
- b) possibilidade de adoção de critérios diferenciados;
- c) proporcionalidade nos critérios utilizados, com o intuito de consubstanciar o princípio constitucional da igualdade; e
- d) previsão de durabilidade da ação afirmativa.

Em uma análise apressada, poder-se-ia pensar que o vestibular para refugiados seria mais uma ação afirmativa que deveria seguir os parâmetros da ADPF nº 186/DF e da Lei nº 12.711/2012. Ou seja, deveria estar previsto em lei, adotando-se ou não critérios diferenciados e proporcionais de seleção, sem olvidar o prazo de duração da medida.

Com efeito, defender-se-ia a provável visão de que o vestibular para refugiados é uma medida desenvolvida pelas instituições públicas de ensino e alcança um grupo específico em situação de vulnerabilidade. Por diversas questões, sobretudo culturais, pode ser estabelecido um critério diferenciador de seleção, com o propósito de tornar iguais os desiguais na medida de suas

desigualdades. O vestibular poderia então ter uma previsão de durabilidade, sendo constantemente revisto à medida que o fluxo migratório aumentasse ou diminuísse.

No entanto, como primeiro problema ao se enquadrar o vestibular para refugiados como mais uma ação afirmativa é a impossibilidade de sua implementação, visto não estar prevista na Lei nº 12.711/2012. É que o legislador brasileiro apenas apontou como segmento atendido pela norma alunos oriundos de escolas públicas, negros, pardos, indígenas e portadores de deficiência. Para a realização do vestibular por universidades federais, seria necessário, portanto, alterar a Lei de Cotas, a fim de fazer constar expressamente os refugiados como um dos segmentos atendidos pela lei.

Alternativamente, contudo, talvez fosse possível justificar o vestibular para refugiados com base no §3º do art. 5º do Decreto nº 7.824/2012, segundo o qual as universidades poderão, por meio de políticas específicas de ações afirmativas, instituir reservas de vagas suplementares ou de outra modalidade. Numa análise apressada, provável que esse fosse o caminho mais fácil, já que o Decreto confere ampla liberdade às instituições de ensino superior na criação de ações afirmativas.

Todavia, acredita-se que tal linha de raciocínio pode se mostrar incoerente sob o ponto de vista normativo, já que o Decreto nº 7.824/2012 procura justamente servir como via executiva para possibilitar a aplicação da Lei de Cotas, como ocorre naturalmente com os decretos regulamentares (inciso IV do art. 84 da CRFB/88). Em outros termos, pondera-se que a aplicação do Decreto será mais adequada quando a ação afirmativa seguir as balizas traçadas pela Lei nº 12.711/2012, cumprindo, inclusive, a função de desenvolvimento e amadurecimento da Lei de Cotas no interregno revisional fixado pelo legislador (art. 7º).

Não pensar assim ensejaria dois problemas: o primeiro é incluir grupo ou conceito não previsto pela própria Lei de Cotas, uma vez que a revisão estaria direcionada aos estudantes pretos, pardos, indígenas e a pessoas com deficiência; o segundo estaria relacionado ao interregno fixado. Sem a revisão determinada pelo legislador, qualquer outra medida de reserva de vagas estaria inviabilizada, sobretudo aos refugiados.

Na verdade, a situação dos refugiados precede a qualquer discussão de ações afirmativas, haja vista que há mais de um século o Estado brasileiro tornou-se ponto de referência no acolhimento de povos estrangeiros. Isso nos leva a concluir que a omissão na Lei de Cotas foi proposital, por entender o Congresso Nacional que a situação dos refugiados é diferente e deve receber tratamento específico no arcabouço normativo brasileiro.

No campo jurisprudencial, o STF, por sua vez, ainda não se manifestou sobre a nova realidade atinente aos refugiados, e não parece que o fará tão cedo. Ao que tudo indica, as demais cortes também não. Entretanto, embora sem uma abordagem jurisprudencial e legal do tema, defende-se a ideia de que classificar o vestibular para refugiados como mais uma ação afirmativa, nos moldes das ações previstas na Lei nº 12.711/2012, não parece ser o melhor caminho. E as razões para tanto são esboçadas a seguir.



3. PARÂMETROS NORMATIVOS PARA A REALIZAÇÃO DO VESTIBULAR PARA REFUGIADOS PELAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS FEDERAIS

A realização de vestibular para refugiados deve ser analisada, não sob a regra geral da implementação das ações afirmativas – ADPF nº 186/DF e Lei nº 12.711/2012, mas sim sob dois prismas: a) as microrrelações internacionais que o Brasil se comprometeu a cumprir; e b) a autonomia universitária, particularidade que pode abrir margem para a política pública ser desenvolvida.

Sob o primeiro, a República Federativa do Brasil firmou o compromisso constitucional, nas suas relações internacionais, de reger-se por 11 princípios consubstanciados no art. 4º da Constituição Federal de 1988. Entre os que importam aqui, destaque-se a prevalência dos direitos humanos, o repúdio ao terrorismo e ao racismo e a concessão de asilo político (BRASIL, 1988).

Como forma de implementar os princípios do art. 4º da Constituição, particularmente os acima mencionados, o Estado brasileiro tem ratificado os principais tratados internacionais, reconhecendo, por exemplo, a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Na esfera infraconstitucional, na década de 90, o Congresso Nacional editou a Lei federal nº 9.474/97, que estabeleceu mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados, entre os quais está a criação do Comitê Nacional para os Refugiados – CONARE, órgão vinculado atualmente ao Ministério da Justiça e Segurança Pública. Diante desse microsistema que rege as relações internacionais do Brasil, as disposições do Estatuto dos Refugiados, operacionalizadas por lei específica, prevalecem sobre diplomas gerais. Ou seja, ao se analisar a questão do vestibular dos refugiados, o intérprete deve utilizar primordialmente como parâmetro a lei que conferiu tratamento específico a esse grupo, e só após, de maneira subsidiária – como forma de ajeitar alguns pontos, valer-se do ato geral, no caso, a Lei nº 12.711/2012.

Isso porque o art. 44 da Lei n. 9747/97 determina que o ingresso de imigrantes em instituições acadêmicas brasileiras de todos os níveis deverá ser facilitado, diante das condições desfavoráveis enfrentadas pelos refugiados:

Art. 44. O reconhecimento de certificados e diplomas, os requisitos para a obtenção da condição de residente e o ingresso em instituições acadêmicas de todos os níveis deverão ser facilitados, levando-se em consideração a situação desfavorável vivenciada pelos refugiados (grifo nosso).

Há de se observar que o referido art. 44 apresenta um compromisso estabelecido para a República Federativa do Brasil, no que atine às questões internacionais, muito antes de qualquer proatividade para a discussão das ações afirmativas. A política acima foi concebida praticamente 20 anos antes de qualquer debate realizado no julgamento da ADPF nº 186/DF e na Lei de Cotas, o que só leva a concluir que sempre foi intenção do legislador brasileiro tratar a questão dos refugiados de maneira ímpar, mediante arcabouço legal próprio.

Na mesma toada, em 2017, o Congresso editou novo diploma voltado a atender aos

princípios discriminados no art. 4º da CRFB/88; trata-se da Lei de Migração, Lei federal nº 13.445/2017. Nos incisos X e XI do art. 3º do referido diploma, foram estabelecidas as seguintes ações:

Art. 3º A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes:

X - inclusão social, laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas;

XI - acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, *educação*, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social; (grifo nosso)

Em 2018, um novo ato normativo foi editado pelo Parlamento brasileiro, a saber, a Lei nº 13.684/2018, com o fim estabelecer medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária, conforme se pode notar do extenso rol de políticas definidas em seu art. 5º.

Em síntese, o microssistema para a realização do vestibular para refugiados teria como suporte normativo a seguinte estrutura:

- A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III CF/88);
- A construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e a promoção do bem de todas(os), sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação são objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º, I, IV, da CF);
- A prevalência dos direitos humanos e a construção de relações baseadas na cooperação entre os povos para o progresso da humanidade regem a República Federativa do Brasil em suas relações internacionais (art. 4º, II, IX, da CF);
- Compromissos assumidos pela República Federativa do Brasil com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966);
- Obrigações assumidas pela República Federativa do Brasil com a Carta da Organização dos Estados Americanos (1947) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (1969);
- Obrigações assumidas pela República Federativa do Brasil com a Convenção das Nações Unidas relativas ao Estatuto dos Refugiados – Convenção de Genebra (1951), o Protocolo Adicional ao Estatuto dos Refugiados (1967), a Declaração de Cartagena sobre os Refugiados (1984), a Declaração sobre os Direitos Humanos dos Indivíduos que não são Nacionais do País em que Vivem (1985), e a Declaração e Plano de Ação do Brasil (2014);
- A Lei nº 9.474/97, mormente o artigo 44, com direcionamento facilitado para o ingresso em instituições acadêmicas;
- A Lei nº 13.445/17, a Lei de Migração, cujo inciso X assegura o direito à educação pública, sendo vedada a discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória, bem como o Decreto 9.199/17, que a regulamenta;



- O disposto na Lei nº 13.684, de 21 de junho de 2018 sobre medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária.

Com efeito, o tratamento conferido pelo microsistema dos refugiados é específico e, nessa condição, prevê, em seu campo de incidência, uma política pública desenvolvida pelas IFES brasileiras com muito mais força de aplicação do que propriamente a Lei de Cotas.

Não por outra razão a Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, lançou recentemente processo seletivo, Edital 2022, para cursos presenciais de graduação destinados a refugiados, asilados políticos, apátridas, portadores de visto temporário de acolhida humanitária e portadores de autorização de residência para fins de acolhida humanitária.

No preâmbulo do certame, que contém a base legal de autorização para a realização do processo seletivo, não há qualquer referência à Lei de Cotas:

A Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), considerando os princípios da publicidade, razoabilidade e finalidade pública, os critérios de conveniência e oportunidade, bem como a Lei nº 9.474/97, de 20 de julho de 1997, que define mecanismos para a implementação da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, a Lei nº 13.445/17, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração; e a Resolução nº 07, de 11 de junho de 2019, do Conselho de Ensino Pesquisa e Extensão da UFMG (CEPE/UFMG), faz saber aos interessados que, no período fixado no Cronograma deste Edital (Anexo I), estarão abertas as inscrições, exclusivamente pela Internet, ao Processo Seletivo 2022 UFMG para ingresso nos cursos presenciais de Graduação, destinados a refugiados, asilados políticos, apátridas, portadores de visto temporário de acolhida humanitária, portadores de autorização de residência para fins de acolhida humanitária, conforme relacionado nos Quadros I e II deste Edital.

Na mesma linha, a Universidade Federal do Paraná – UFPR, usou como base normativa para a edição da sua resolução (Resolução nº 63/18 – CEPE) a seguinte estrutura:

O CONSELHO DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO da Universidade Federal do Paraná, considerando:

a condição do Brasil como Estado-membro da Organização das Nações Unidas e signatário da Convenção sobre o Direito dos Refugiados de 1951;

o contido no artigo 5, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil, que atribui à educação a qualidade de direito fundamental, garantida a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país;

a legislação especial que dá tratamento específico para o acesso à educação por refugiados, migrantes e apátridas (Leis nº 9474/1997 e 13.445/2017), complementadas por regras administrativas;

o Termo de Parceria celebrado em 2013 entre UFPR e o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), que instituiu a Cátedra Sérgio Vieira de Mello nesta Universidade, e estabelece a obrigação da UFPR de implementar medidas de difusão e apoio às atividades de ensino, pesquisa e extensão voltadas ao tema do Refúgio e Apátrida;

o compromisso permanentemente reafirmado pela UFPR em promover a ampliação do

acesso à educação superior por todos e todas, indistintamente, na busca de superação das desigualdades e no combate a todas as formas de discriminação.

De mais a mais, extrai-se do texto constitucional outro relevante fundamento que reforça o argumento defendido neste tópico; trata-se do art. 207, o qual consubstancia a autonomia universitária. Como forma de entender que não se trata de norma vazia, colaciona-se trecho das discussões na Assembleia Constituinte acerca do alcance desse comando constitucional (BRASIL, 1988, p. 2020-2023):

O SR. CONSTITUINTE JORGE HAGE:

Sr. Presidente, Srs. Constituintes, a emenda, que ora defendo e para a qual solicitei destaque, a resultante de entendimentos amplos, que envolvem um conjunto de Constituintes dos mais diversos Partidos. Ela é subscrita pelo eminente Constituinte Gumerindo Milhomem, do Partido dos Trabalhadores. Contou com a colaboração e a participação de todos quantos aqui, nesta Casa, têm se dedicado aos assuntos da educação, na Assembléia Nacional Constituinte. Conta ela com contribuições dos Constituintes Octavio Elísio, Hermes Zaneti, Sandra Cavalcanti, Pedro Canedo e inúmeros Srs. Constituintes, que me arrisco, até, a cometer a injustiça da omissão de alguns nomes. **A insistência nesta alteração do texto que aqui propomos**, neste momento, Sr. Presidente – V. Ex.^a há de compreender – **resulta, também, do apelo que foi feito há poucos dias, aqui nesta Casa, por um significativo número de reitores das universidades brasileiras, pelas entidades ligadas à educação, particularmente à educação superior, particularmente à Andes – Associação Nacional de Docentes do Ensino Superior – no sentido de que procurássemos aprimorar um pouco mais esse texto, que já é primoroso em tantos aspectos, no que se refere à educação, exatamente o que resultou do entendimento, da negociação e das soluções de compromisso. Os pontos principais que preocuparam os reitores e as entidades da educação são os seguintes: “autonomia”, na forma em que se encontra prevista no texto para as universidades, poderia vir a ser reduzida, relativizada ou condicionada por uma lei ordinária, uma vez que, ao final do caput do art. 239, há a expressão “nos termos da lei”**. Esta é a primeira coisa que pretendemos retirar com essa emenda do texto do projeto. Ficaria, então, o projeto redigido da seguinte maneira: “As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial”, sem a expressão “nos termos da lei”, que pudesse vir a permitir algum retrocesso, alguma qualificação, alguma redução da autonomia universitária, que é o primeiro, o fundamental e cardeal pressuposto no qual se há de edificar a organização do ensino superior universitário neste País.

Em Segundo lugar, a emenda procura repor aquilo que vinha sendo uma preocupação desde os trabalhos da subcomissão, que é a exigência de padrões mínimos de qualidade no ensino superior, e o faz no texto do parágrafo único da emenda, que está aqui proposto como § 2º do artigo, uma vez que preservamos o § 1º tal qual se encontra. E este § 2º passa a ter o seguinte teor: “A educação superior far-se-á com observância do princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão e da garantia de padrão de qualidade.” Retirada a palavra “unitário”. (Palmas)

(...)

O SR. CONSTITUINTE FRANCISCO DORNELLES: – Sr. Presidente, Srs. Constituintes, este assunto foi amplamente debatido em várias ocasiões, inclusive com os vários Constituintes que participaram da negociação na Fundação João Pinheiro. É

uma das emendas, é um dos textos que seguiu e que teve várias redações, e eu tinha a impressão, até, de que se tinha chegado a um consenso sobre ele. **Quando se estabelece que “as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial”, no texto do ilustre Relator Bernardo Cabral, tem que ser inserida a expressão “nos termos da lei”. A lei é que tem que dizer como vai ser essa autonomia, principalmente no campo da gestão financeira e patrimonial. Se não houver a expressão “nos termos da lei”, é uma autonomia ampla, irrestrita, é uma autonomia sem nenhum controle da sociedade sobre esse parâmetro.** De modo que eu queria manifestar ao ilustre Constituinte Jorge Hage, que esse termo, essa manutenção da expressão «nos termos da lei» é fundamental, para que a sociedade controle a própria autonomia. Não tenho nenhuma objeção em relação ao parágrafo proposto pelo ilustre Constituinte. Eu não sei se é possível aprovarmos o parágrafo, mantendo o caput como está. Mas eu quero me manifestar contrário à modificação introduzida no caput, porque eu acho fundamental, para que haja o controle da sociedade, que a autonomia financeira e patrimonial seja feita nos termos da lei (348)

(...)

O SR. CONSTITUINTE OCTÁVIO ELÍSIO: – É apenas para um esclarecimento, dentro dos critérios estabelecidos por V. Ex.^a. O Constituinte Francisco Dornelles, tem razão quando diz que esse assunto foi objeto de uma longa discussão entre nós, e eu faço parte dos Constituintes que com S. Ex.^a e a Constituinte Sandra Cavalcanti acertamos o texto que hoje faz parte do Substitutivo. Entretanto os reitores reunidos no CRUB – Conselho de Reitores das Universidades Brasileiras – e inclusive indo ao ex-Ministro Jorge Bonhausen, manifestaram a preocupação com a possível restrição que o termo “nos termos da lei” possa estabelecer à autonomia didático-científica, etc. e nos solicitaram, os reitores reunidos aqui na terça-feira passada, que lutássemos por esta emenda em modificação parcial ao artigo existente. Então a razão é simplesmente esta: o que se pretende, de fato, é não permitir a restrição, por lei, da autonomia didático-científica que as universidades hoje já possuem (349)

(...)

O SR. CONSTITUINTE FRANCISCO DORNELLES: – Sr. Presidente, eu queria falar porque o meu nome foi mencionado. Realmente esse assunto foi debatido e se chegou a um acordo. Os reitores querem tirar a expressão “nos termos da lei” porque todo mundo quer ter autonomia de gestão patrimonial e financeira sem qualquer limite, sem regulamentação. Todos querem, todos desejam. Nós damos autonomia, nós reconhecemos, mas tem que haver uma regulamentação. Porque os reitores querem, os donos de hospitais querem; todos os setores querem autonomia sem qualquer regulamentação, e ninguém mais vai fazer administração financeira e econômica neste País.

(...)

O SR. CONSTITUINTE ERALDO TINOCO: – Sr. Presidente, Srs. Constituintes, tenho tido o privilégio de, durante toda a minha vida profissional, ter dedicado a maior parcela da minha formação universitária em administração pública, precisamente em administração da educação. Tive o privilégio de percorrer um longo caminho, desde Assessor de Orçamento de uma Universidade Federal, Assessor da Secretaria Estadual de Educação, Diretor no Ministério da Educação, Secretário de Educação no meu Estado, e isto naturalmente permitiu que, mesmo sem ser um profissional da área de educação, ter tido a possibilidade de me debruçar sobre os principais problemas da administração

da educação deste País. Nesta emenda, que tenho o privilégio de defender neste momento, temos dois aspectos de fundamental importância: o primeiro diz respeito a esta autonomia. Sei que muitos companheiros fazem restrições à retirada da expressão “nos termos da lei”. Mas, efetivamente, Sr. Presidente, a retirada desta expressão não significa que as universidades tenham que ser geridas à margem da lei. O que temos de garantir é que este princípio não fique dependendo de regulamentações que às vezes nunca ocorrem, como aconteceu em relação às autarquias universitárias.

(...)

Fui Diretor do Departamento de Pessoal do Ministério da Educação e – pasmem V. Ex.as – a simples substituição de um datilógrafo, numa universidade federal, dependia de uma autorização do famigerado DASP. Ora, Srs. Constituintes, é evidente que **uma universidade, pelo seu dinamismo, pelas suas características, pela necessidade da sua ação pronta, não pode estar submetida a limitações desta ordem.** Com relação ao parágrafo, vejam que aqui é incluído um princípio fundamental que não está no texto do eminente Relator, o problema da indissociabilidade entre o ensino, a pesquisa e a extensão. É óbvio que essa norma não se aplica a uma escola isolada, não tem sequer condições, muitas vezes, de executar atividade de extensão. Em se tratando de uma universidade, a inter-relação que deve ter a universidade com o meio social onde está inserida, não podemos deixar de registrar que essa indissociabilidade se aplica ao ensino, à pesquisa e à extensão.

(...)

O SR. CONSTITUINTE ALOYSIO CHAVES: – ... de vez que não há, no elenco apresentado à Mesa, nenhuma outra emenda substitutiva. Nesta hipótese, Sr. Presidente, **desejo manifestar a minha plena concordância com a emenda.** Trata-se de matéria de fundamental importância sobre a qual não posso deixar de manifestar claramente a minha opinião, não só na condição de Constituinte como na de Reitor e Educador que fui ao longo de trinta anos. **A autonomia é fundamental à universidade.** É o cerne, é a vida da instituição. (Palmas) No Brasil, e fora dele, este é um ponto inquestionável e me admira que aqui, neste País, onde já se avançou até à Lei da Reforma Universitária, a Lei nº 5.540, para assegurar a autonomia, agora se pretenda limitá-la e restringi-la na Constituição. Como também não se concebe que um princípio que já está consagrado, que é pacífico na legislação brasileira, da indissociabilidade do ensino, da pesquisa, da extensão, tenha seu brigo recusado na Constituição, quando está no cerne da instituição universitária. Sr. Presidente, por tudo isso, estou de pleno acordo com a emenda apresentada. (grifo nosso)

Prestigiando o projeto do constituinte, o STF assim se manifestou sobre a autonomia universitária (BRASIL, Supremo Tribunal Federal):

EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 8.865/06 do Estado do Rio Grande do Norte. Obrigação de a Universidade do Estado do Rio Grande do Norte prestar serviço de assistência judiciária, durante os finais de semana aos necessitados presos em flagrante delito. Violação da autonomia universitária. Vício formal. Ação julgada procedente. Modulação. Efeitos ex nunc.

1. A previsão da autonomia universitária vem consagrada no art. 207 da Carta Política. Embora não se revista de caráter de independência (RMS nº 22.047/DF-AgR, ADI nº 1.599/UF-MC), atributo dos Poderes da República, revela a impossibilidade de exercício de tutela ou indevida ingerência no âmbito próprio



das suas funções, assegurando à universidade a discricionariedade de dispor ou propor (legislativamente) sobre sua estrutura e funcionamento administrativo, bem como sobre suas atividades pedagógicas.

(...) (grifo nosso)

Em outros termos, a autonomia funciona como via condutora para que a universidade cumpra o seu papel institucional. Nesse sentido (DURHAM, 2003, p. 276 e 277):

Constitui um ponto de partida necessário para esta discussão a análise formal do conceito da autonomia e sua aplicação à universidade. Por autonomia se entende, de modo geral, a capacidade de reger-se por leis próprias. Neste sentido mais geral, que os dicionários registram, o termo confunde-se com “soberania” e se aplica integralmente e mais apropriadamente às nações. Quando se trata de uma instituição específica do Estado ou da sociedade civil, entretanto, a autonomia não confere uma liberdade absoluta. Instituições existem, são criadas e reconhecidas socialmente para preencherem funções sociais específicas e são estas que as legitimam. A autonomia de que gozam é restrita ao exercício de suas atribuições e não tem como referência o seu próprio benefício, mas uma finalidade outra, que diz respeito à sociedade. Desta forma, **a autonomia da instituição é sempre relativa e deve ser definida como o reconhecimento de sua capacidade de reger-se por suas próprias normas no cumprimento das finalidades sociais às quais se destina. São assim as funções da Universidade que balizam e definem a natureza de sua autonomia. É por isso que o próprio texto constitucional, afirmando que “as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial”, diz, simultaneamente, que “obedecerão ao princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”. (Constituição Federal, Art. 207).** Assim, se a atual Constituição não define explicitamente as funções da Universidade, o faz indiretamente, estabelecendo que se trata de uma instituição caracterizada pela indissociabilidade entre ensino e pesquisa, que são suas finalidades precípuas (estando o terceiro termo, “extensão”, obviamente, referido aos dois primeiros). Podemos assim afirmar que a Universidade goza de autonomia para executar essas atividades que lhes são próprias, e que não são realizadas para seu exclusivo interesse, mas constituem um serviço que presta à sociedade. Como consequência, o reconhecimento da autonomia não exime as instâncias públicas mais amplas da verificação da prestação efetiva destes serviços. (grifo nosso)

Destrinchando o comando constitucional do art. 207, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB, preceitua que:

Art. 53. No exercício de sua autonomia, são asseguradas às universidades, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições:

I - criar, organizar e extinguir, em sua sede, cursos e programas de educação superior previstos nesta Lei, obedecendo às normas gerais da União e, quando for o caso, do respectivo sistema de ensino;

II - fixar os currículos dos seus cursos e programas, observadas as diretrizes gerais pertinentes;

III - estabelecer planos, programas e projetos de pesquisa científica, produção artística e atividades de extensão;

IV - fixar o número de vagas de acordo com a capacidade institucional e as exigências do seu meio; [...]

À evidência, no exercício de sua autonomia, as universidades possuem competência para realizar o manejo, a ampliação e a diminuição do número de vagas oferecidas nos vestibulares, o que acaba por ensejar a possibilidade de disponibilização de vagas aos refugiados.

Como forma de possibilitar a coexistência pacífica da Política de Cotas da Lei nº 12.711/2012 e da ADPF nº 186/DF com as políticas para refugiados (Lei n. 9.474/97), cada instituição pública pode criar o melhor modelo para implementar ambas as políticas. O fluxo imigratório não é sentido de forma linear em todas as regiões do país, logo, a fórmula criada em uma instituição pode não ser a mais adequada para outra que também pretenda o desenvolvimento da mesma política pública.

O mais importante desse cenário é que as vagas disponibilizadas por cada IFES não configurem óbice para a Lei nº 12.711/2012 vir a beneficiar outros grupos (de refugiados), como também não ser utilizada para obstar a criação de outras políticas públicas específicas.

A lógica acima atende a todos os interesses e não furta das universidades a sua margem de discricionariedade na organização das vagas ofertadas. Esse raciocínio é muito mais salutar do que o não aproveitamento das vagas ociosas que são perdidas com o não preenchimento em determinados cursos de graduação e pós-graduação.

É preciso entender que o não preenchimento da vaga importa em custos aos cofres públicos. A criação e expansão das vagas nos cursos superiores demanda um estudo na correlação entre a vaga criada e o quanto se gasta por aluno. Isso repercutirá, inevitavelmente, na contratação de professores para atender um número de “*x*” alunos por sala; na quantidade de espaços que precisam ser disponibilizados, como laboratórios (químicos, de informática); e em políticas de assistência estudantil para alunos em vulnerabilidade, como o PNAES, para se evitar a evasão. Em síntese, o não preenchimento das vagas ociosas da universidade pública federal representa um custo muito maior para a sociedade e para o orçamento do Ministério da Educação.

Com efeito, o vestibular para refugiados, além de alicerçado na legislação específica direcionada a esse público, não pode ser enquadrado como uma nova categoria de ação afirmativa. Isso porque o panorama de persistente exclusão social, cultural e econômica ao longo da história de um país, que aflige especificamente determinado grupo racial, étnico, religioso ou social, não é encontrado na política do vestibular para refugiados. Observa-se, na verdade, para refutar a alegação de adeptos dessa ideia, que o fluxo é de fora para dentro, alcançando dimensões do Brasil sem prévia informação de dados.

Além disso, a condição de refugiado pode ser ocasionada por diversos fatores exógenos, não sendo possível determinar quando, onde irá ocorrer o fluxo e quando irá terminar. A situação dos venezuelanos, por exemplo, era diferente há 10 anos e pode ser diferente daqui a 10 anos. Ademais, a exclusão social, cultural e econômica, ao longo da história, atinge grupos que passaram por longos períodos de transtornos sociais.



4. CONCLUSÃO

Com o seu emblemático passado, o Brasil conquistou reconhecimento no acolhimento de refugiados e imigrantes. A partir de situações específicas, que podem variar a depender da época ou da região, observa-se a necessidade da construção de esforços para que o acolhimento não se restrinja apenas à facilidade da travessia da fronteira.

É a partir desse cenário que as universidades públicas federais propuseram ações que estimulam a inserção cultural e social dos refugiados na sociedade brasileira. Como uma das principais medidas, observa-se a reserva de vagas nos vestibulares dessas instituições.

Em um primeiro momento, poder-se-ia pensar ou defender a ideia de que se trata de mais uma ação afirmativa, e como tal deve seguir os balizadores da Lei de Cotas – Lei n. 12.711/2012, e da ADPF n° 186/DF, necessitando ainda de alteração legislativa para previsão expressa na Lei n° 12.711/2012. Todavia, o vestibular para refugiados não pode ser classificado como mais uma ação afirmativa.

Trata-se, efetivamente, de uma política pública que extrai o seu fundamento legal de um microssistema voltado aos refugiados, como os princípios que a República Federativa do Brasil se comprometeu a observar em suas relações internacionais, o Estatuto dos Refugiados, a autonomia universitária e a LDB, além das leis infraconstitucionais editadas recentemente.

Pensar de forma diferente, desconsiderando a estrutura normativa acima, está muito mais associado “*a um fundo de intolerância difusa preexistente*”, nas palavras de Umberto Eco (ECO, 2020, p. 43).

As universidades, dentro da margem gerencial e discricionária que o constituinte originário a elas reservou, podem destinar vagas aos refugiados, ajeitando as políticas públicas sem derogar seus efeitos ou sobrepô-las, com critérios gradativos da utilização das vagas.

Verifica-se, dessa maneira, que a reserva de vagas para refugiados em vestibulares não viola nenhuma lei, sobretudo a Lei de Cotas, podendo coexistir de forma harmoniosa com as políticas desenvolvidas pelo governo brasileiro nas ações afirmativas.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Luiz Paulo Teles (org.). **Refúgio no Brasil**: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas. 1. ed. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Refugio-no-Brasil_A-protecao-brasileira-aos-refugiados-e-seu-impacto-nas-Américas-2010.pdf>. Acesso em: 05 set. 2021.

BRASIL. Senado. **Assembleia Nacional Constituinte**: ata das comissões. Disponível em: <<https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/sistema.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2022. p. 2020-2023.

BRASIL. Casa Civil. **Operação Acolhida**. Disponível em: <<https://www.gov.br/casacivil/pt-br/acolhida/sobre-a-operacao-acolhida-2>>. Acesso em: 28 mar. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1997**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997**. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm>. Acesso em: 10 dez. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 7.234, de 19 de julho de 2010**. Dispõe sobre o Programa Nacional de Assistência Estudantil - PNAES. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7234.htm>. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012**. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm>. Acesso em: 19 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.684, de 21 de junho de 2018**. Dispõe sobre medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária; e dá outras providências. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2018/lei-13684-21-junho-2018-786881-publicacaooriginal-155890-pl.html>>. Acesso em: 20 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3792 do Rio Grande do Norte**. Lei nº 8.865/06 do Estado do Rio Grande do Norte. Obrigação de a Universidade do Estado do Rio Grande do Norte prestar serviço de assistência judiciária, durante os finais de semana aos necessitados presos em flagrante delito. Violação da autonomia universitária. Vício formal. Ação julgada procedente. Modulação. Efeitos ex nunc. Inconstitucionalidade. Requerente: Governadora do Estado do Rio Grande do Norte. Intdo: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte. Relator: Min. DIAS TOFFOLI, 01 de agosto de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=ADI%203792&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em: 15 abr. 2022.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186 do Distrito Federal**. Atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior {...}. Requerente: Democratas-DEM. Relatora: Min. Ricardo Lewandowski, 26 de abril de 2012. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 12 nov. 2021.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de; LOPES, Rosaly Bacha. O pensamento de Ronald Dworkin sobre as ações afirmativas. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, 8(15), 2020, pp. 153-176. <https://doi.org/10.21527/2317-5389.2020.15.153-176>. Acesso em: 05 set. 2020.

CARLET, Flavia; MILESI, Rosita. Refugiados e Políticas Públicas. In: RODRIGUES, Viviane Mozine (Org). **Direito Humanos e Refugiados**. Curitiba: CRV, 2016. p. 1-136.

DURHAM, E. R. “Autonomia, controle e avaliação”. In: Morrhy, L. (Org.). **Universidade em questão**, Brasília: Universidade de Brasília, 2003, p. 276 e 277.

ECO, Umberto. **Migração e Intolerância**. Rio de Janeiro: Record, 2020. p. 1-95.

FRANÇA, Rômulo Ataides; MONTAGNER, Maria Inez; RAMOS, Wilsa Maria. Análise das informações sobre as políticas públicas e programas para refugiados no Brasil. **Estud. pesqui. psicol.**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 89-106, 2019. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revispsi/article/view/43008/29719>>. Acesso em: 28 mar. 2022.

JUNGER, Gustavo; CAVALCANTI, Leonardo; OLIVEIRA, Tadeu de; SILVA, Bianca G. **Refúgio em Números**, 7. ed. Série Migrações. Observatório das Migrações Internacionais. Ministério da Justiça e Segurança Pública/Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração Laboral. Brasília, DF: OBMigra, 2022. Acesso em: 16 ago. 2022.

JÚNIOR, Valmôr Scott. (2020). Entre o Direito e a Educação: A afetividade em foco. **Revista Direitos Humanos E Democracia**, 8(15), 177-190. <https://doi.org/10.21527/2317-5389.2020.15.177-190>. Acesso em: 05 set. 2020.

MOREIRA, Júlia Bertino. O papel das Cátedras Sérgio Vieira de Mello no processo de integração local dos refugiados no Brasil. **Monções: Revista de Relações Internacionais da UFGD**, Dourados, v. 4, n. 8, p. 81-96, nov. 2015. ISSN 2316-8323. Disponível em: <<http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/moncoes/article/view/4314>>. Acesso em: 20 mar. 2022.

_____. **Política em relação aos refugiados no Brasil (1947-2010) (Tese)**. Campinas, Universidade Estadual de Campinas-UNICAMP, 2012. p. 377. Disponível em: <<https://oestrangeriodotorg.files.wordpress.com/2017/12/tese-julia-bertino-moreira.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2022.

RODRIGUES, Gilberto M. A. **Refugiados: o grande desafio humanitário**. São Paulo: Moderna, 2019. p. 1-79.

SANTOS, João Paulo de Faria. **Ações afirmativas e igualdade racial: a contribuição do direito na construção de um Brasil diverso**. São Paulo: Loyola. 2005. p. 1-99.

SILVA, G. J; CAVALCANTI, L; OLIVEIRA, T; MACEDO, M. **Refúgio em Números**, 5. ed. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/Comitê Nacional para os Refugiados. Brasília, DF: OBMigra, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/refugio/refugio-em-numeros-e-publicacoes/anexos/refugio_em_numeros-5e.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2022.

SILVA, G. J; CAVALCANTI, L; OLIVEIRA, T; COSTA, L. F. L; MACEDO, M. **Refúgio em Números**, 6. ed. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/Comitê Nacional para os Refugiados. Brasília, DF: OBMigra, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/refugio/refugio-em-numeros-e-publicacoes/anexos/refugio_em_numeros-6e.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2022.

SOARES, Carina de Oliveira. **O direito internacional dos refugiados e ordenamento jurídico brasileiro: análise da efetividade da proteção nacional (dissertação)**. Maceió, Universidade Federal de Alagoas-UFAL, 2012. p. 232. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufal.br/bitstream/riufal/4365/1/O%20direito%20internacional%20dos%20refugiados%20e%20o%20ordenamento%20Jur%20c%3aaddico%20brasileiro%3a%20an%20c%3a1lise%20da%20efetividade%20da%20prote%20c%3a7%20c%3a3o%20nacional.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2021.

UNHCR ACNUR, Agência da ONU para refugiados; MELLO, Sérgio Vieira de. **Relatório Anual da Cátedra Sérgio Vieira de Melo**: 2019. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2019/09/Relatorio-Anual-CSVM_Digital.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2021.

UNICEF BRASIL. **Crise migratória venezuelana no Brasil: O trabalho do UNICEF para garantir os direitos das crianças venezuelanas migrantes**. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/crise-migratoria-venezuelana-no-brasil>>. Acesso em: 12 mar. 2022.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão. **Resolução nº 07/2019, de 11 de junho de 2019**. Regulamenta o ingresso, como estudantes nos Cursos de Graduação da UFMG, de refugiados, asilados políticos, apátridas, portadores de visto temporário de acolhida humanitária, portadores de autorização de residência para fins de acolhida humanitária e outros imigrantes beneficiários de políticas humanitárias do Governo Brasileiro, e revoga a Resolução do CEPE nº 03/2004, de 19 de agosto de 2004. Belo Horizonte: Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão, 2019. Disponível em: <https://www.ufmg.br/dri/wp-content/uploads/2019/07/07rescepe2019.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2022.



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão. **Resolução nº 63/18, de 09 de novembro de 2018.** Estabelece e aprova a criação de vagas suplementares destinadas a migrantes em condição de refugiado ou com visto humanitário em todos os cursos da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão, 2018. Disponível em: <<http://www.soc.ufpr.br/portal/wp-content/uploads/2018/11/cepe-63-18-vagas-suplementares-migrantes.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2022.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License



Data do recebimento: 26/07/2022

Data do Aceite: 05/10/2022

SOLUÇÃO DE LITÍGIOS INDIVIDUAIS EM CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE MASSA: DA ADJUDICAÇÃO DE BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE PELA PREVIDÊNCIA SOCIAL DOS EUA

RESOLUTION OF INDIVIDUAL DISPUTES IN MASS ADMINISTRATIVE LITIGATION: THE ADJUDICATION OF DISABILITY BENEFITS BY THE USA SOCIAL SECURITY ADMINISTRATION

Davi Monteiro Diniz¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 Administração Pública nos EUA e a Edição do Administrative Procedure Act; 1.1 Agências Administrativas Federais; 1.2 O APA e a Adjudicação Administrativa; 1.3 Do Administrative Law Judge no APA; 1.4 Da Revisão Judicial dos Atos Administrativos Adjudicatórios; 1.5 Da Posição do APA no Direito Administrativo Federal; 2 SSA: Procedimentos e Revisão Judicial; 2.1 Dimensão e escopo da SSA; 2.2 Do Procedimento Administrativo de Solicitação de Benefício; 2.3 Revisão Judicial da Adjudicação de Benefício; 2.4 Exemplo de Solicitação de Benefício e Posterior Revisão Judicial; 3 Síntese do Procedimento entre a SSA e os Solicitantes; 4 Conclusão; Referências.

1 - Procurador Federal. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG. *Legum Magister in Comparative Law* pela *University of Florida*. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG. Especialização em Direito Registral e Imobiliário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC Minas. Professor na UFMG. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/5252529965536226>. ORCID <https://orcid.org/000-0002-3851-247X>. E-mail: gmdodavi@gmail.com.

RESUMO: O artigo analisa as soluções encontradas pela Previdência Social dos Estados Unidos da América para lidar com o seu contencioso administrativo, um dos maiores do mundo. Após identificar as normas gerais que se aplicam às agências administrativas, o estudo apresenta como elas foram adaptadas pela *Social Security Administration* para preservar as garantias jurídicas necessárias ao diálogo entre os cidadãos e a Administração Pública. Demonstra, em seguida, como a estruturação do procedimento administrativo repercute na revisão judicial das decisões dessa Agência. Ao final, avalia as vantagens do modelo adotado para solucionar litígios que envolvam entes públicos em condições similares.

PALAVRAS-CHAVE: Previdência Social. Benefícios. Processo Administrativo. Contencioso de Massa. Estados Unidos da América.

ABSTRACT: *The article analyzes the solutions found by the United States of America Social Security Administration to deal with its administrative litigation, one of the largest in the world. After identifying the general laws that apply to administrative agencies, the study presents how these norms were adapted by the Social Security Administration in order to preserve the legal guarantees necessary for citizens to dialogue with the public administration. It then specifies how the design of the administrative procedure affects the judicial review of the Agency's decisions, assessing the effectiveness of this model to resolve disputes involving administrative entities in similar circumstances*

KEYWORDS: *Social Security. Benefits. Administrative Procedure. Mass Litigation. United States of America.*



INTRODUÇÃO

Um dos aspectos decorrentes da maior participação do Estado na vida dos cidadãos ao longo do séc. XX foi o exponencial aumento de controvérsias entre a Administração Pública e os particulares, fenômeno que exigiu o desenvolvimento de estruturas jurídicas capazes de lidar com o crescente volume e complexidade dessas operações, que ocorrem em trajetória ascendente.

Entre os diferentes campos de atuação administrativa, o que se mostra de maior abrangência é o voltado aos direitos sociais, destacando-se, no Brasil, a Previdência Social. Não surpreende, portanto, que neste setor aflorem desafios urgentes para se encontrar meios de solução de conflitos que alcancem produtividade em grande escala sem, contudo, perderem a racionalidade e a justiça essenciais à atuação estatal.

Apesar da forte influência do direito continental europeu, o Brasil não adotou um sistema judicial administrativo nos moldes de países como a França, Itália ou Alemanha, preferindo instituir a ampla revisão dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, como se vê na tradição anglo-americana. Por conseguinte, no caso de órgãos públicos, a intensa carga de trabalho administrativo repercute de modo incisivo na esfera judicial, já significando relevante parte dos casos levados ao Judiciário.

Diante da semelhança entre os sistemas jurídicos nesse ponto e a natureza federal dos serviços de previdência, que, com essa qualidade, procuram atender a milhões de usuários, este artigo se volta a estudar como o direito federal dos Estados Unidos da América-EUA enfrenta esses problemas, analisando os mecanismos adotados pelo serviço de seguridade social para solucionar seu contencioso administrativo, bem como a eventual revisão judicial dessas decisões.

Para tanto, apresenta o funcionamento da Administração Pública federal nos EUA a partir das Agências, bem como as normas gerais que lhes regem, com ênfase nas questões sobre adjudicação de direitos. Em seguida, aborda as especificidades da Previdência Social dos EUA e modo como ela disciplinou o seu contencioso administrativo, verificando os procedimentos aplicados aos benefícios por incapacidade, tradicionalmente os mais numerosos na experiência daquele país.

Mediante esse enfoque, buscou-se trazer informações ao debate sobre soluções de conflitos envolvendo entes administrativos, de maneira a contribuir para a melhora da prestação de serviços públicos no tema estudado.

1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS EUA E A EDIÇÃO DO ADMINISTRATIVE PROCEDURE ACT

1.1 Agências Administrativas Federais

Sem embargo da atividade inerente ao funcionamento do Poder Executivo e da instituição de órgãos administrativos federais desde a independência dos EUA até o início do séc. XX, a expansão do seu aparato administrativo foi incrementada a partir da devastadora crise econômica na qual o país ingressou em 1929. Todo esse processo acarretou profundas transformações políticas e administrativas, consolidadas no movimento chamado de *New Deal*, em que se tornou indubitosa a necessidade de um maior papel do Estado para o bem-estar da população.

Com a posse do presidente Franklin Roosevelt em 1933, eleito como candidato do Partido Democrata, e durante suas sucessivas reeleições até falecer em 1945, acentuou-se a intervenção do

Estado federal na economia, bem como sua condição de provedor de bens e serviços aos cidadãos em geral, com grande avanço na área de direitos sociais. Uma estratégia central empregada nessas mudanças foi a criação de vários órgãos administrativos federais (*Agencies*) voltados a concretizar os novos programas de ampliação das funções estatais, tais como a SEC e a FCC,² destacando-se, para o tema deste ensaio, o *Social Security Board*-SSB, instituído por lei federal, em 1935, para implementar o sistema de seguridade social.

Entretanto, a multiplicação desses diversos órgãos estatais, ora com competências para regular e punir particulares, ora para deferir-lhes benefícios, foi acompanhada por várias questões envolvendo as balizas legais que deveriam disciplinar o seu funcionamento. Trata-se de um problema particularmente agudo na tradição anglo-americana, que se recusara a desenvolver um modelo de direito administrativo centrado em cortes especializadas, como adotado na Europa continental.

Nesse contexto, surgiu um direito administrativo com caráter fragmentado, pois as leis que instituíam e regulavam determinado órgão tornavam-se a principal referência para se verificar qual o procedimento a ser por ele seguido em suas tarefas e relações com particulares, o que se agravava diante das variações adotadas pelo Congresso dos EUA para cada agência, inclusive com ampla delegação de atribuições regulatórias.

Além das questões mais técnicas, de modo a assegurar garantias jurídicas aos participantes do processo administrativo, o debate sobre a atuação das Agências também era permeado pela disputa a respeito das funções do Estado federal, e esse debate se disseminava tanto no campo político como no jurídico (SHEPHERD, 1996, p.1.557).³ Essas tensões levaram à edição de um estatuto voltado a disciplinar de modo geral os procedimentos a serem adotados pelos órgãos administrativos federais, qual seja, o *Administrative Procedure Act*-APA, em 1946.

1.2 O APA e a adjudicação administrativa

O APA foi estruturado a partir da concepção de que os órgãos administrativos elaboram e concretizam as políticas públicas mediante dois procedimentos centrais: os voltados para a edição de normas gerais (*rulemaking procedures*) e aqueles voltados para proferir decisões em casos particulares (*adjudication procedures*). Sobre estes, o APA estabeleceu um processo administrativo de adjudicação mais próximo ao funcionamento das cortes de *common law*, especialmente no que se refere às audiências (*evidentiary hearings*). Esse procedimento é denominado de formal (*formal adjudication*), a ser conduzido, salvo poucas exceções, por um servidor hoje denominado de *Administrative Law Judge* -ALJ⁴ (SHAPIRO, 1986, p.453).⁵

2 - Respectivamente, *Securities Exchange Commission*- SEC e *Federal Communications Commission*-FCC.

3 - No original: "Before 1937, conservatives did not need administrative reform in order to control New Deal agencies. Conservative courts performed this function. However, the beginning of the New Deal in 1933 spurred the American Bar Association and others to begin to develop proposals for reforming administrative procedures. Only in 1937, when the Supreme Court began to refuse to strike down New Deal proposals, did the reform proposals receive broad public interest."

4 - Antes nominados como *Hearing Examiners*. O termo *Administrative Law Judge* foi adotado por lei em 1978.

5 - No original: "The APA as originally enacted divided all administrative law into three parts. For matters requiring adjudication, in which government action was directly detrimental to the specific legal interests of particular parties, the compromise was heavily weighted in favor of the conservatives. The [Roscoe] Pound-ABA demand for totally separate tribunals was ignored: the agencies themselves adjudicated these matters. But the agencies' processes were to be considered quasi-adjudication and were to be governed by adjudicative style procedures, presided over by a relatively independent hearing officer, and freely subject to relatively strict judicial review." (colchetes adicionados)

Entretanto, o APA também permite que o órgão administrativo empregue procedimentos de adjudicação que não sigam estritamente o citado modelo formal, daí identificados sob a denominação de *informal adjudication*. O termo “*informal*” indica ocorrer o afastamento das referidas regras mais rígidas, que podem ser substituídas por ditames específicos, também capazes de exigir não só a realização de audiências, mas também estrita aderência processual ao respectivo estatuto disciplinador.

Esses diversos procedimentos denominados informais não precisam necessariamente ser conduzidos por um *Administrative Law Judge*, daí se chamando os demais servidores, quando decidem um processo adjudicatório dessa natureza, de *Administrative Judges* (AJ). As diferenças marcadas entre ALJs e AJs se revelam pela percepção de que o ALJ é um cargo definido em lei ao qual se confere certa independência; entretanto, os AJs não compartilham de tais proteções, sendo visto tal encargo mais como uma função atribuída ao servidor (BARNETT, 2016, p.1.659).⁶

Registre-se, no mesmo passo, que o termo “*Judge*” pode se referir a vários postos no serviço federal que não se confundem com a condição de juiz federal. Por exemplo, na Administração, pode-se citar, além dos ALJs, os *Immigration Judges*, vinculados ao serviço federal de imigração. Já no Judiciário se encontram os *Magistrate Judges*, que atuam como auxiliares nos juízos federais. De modo similar, o termo “*Courts*” pode tanto denominar os juízos e tribunais que exercem o poder judicial dos EUA, identificados como *Article III Courts*,⁷ como também outros órgãos decisórios criados pelo Congresso, chamados de *Article I Courts*,⁸ tais como as *U.S. Court of Appeals for Veterans Claims*, *U.S. Court of Appeals for the Armed Forces* e *U.S. Tax Court*, questionando-se até onde essas cortes legislativas também exercem poder jurisdicional federal (BAUDE, 2020).

Esses esclarecimentos iniciais remetem à teoria segundo a qual as agências administrativas, quando realizam a adjudicação de direitos, são compreendidas como cortes instauradas pelo Poder Legislativo, as quais atuam na condição de adjuntas aos juízos federais, cabendo-lhes a tarefa de apurar os fatos e implementar as decisões legais iniciais, que são sujeitas à revisão pelo Judiciário (NOLAN; TOMPSON, 2014, p.20).^{9 10}

1.3 Do Administrative Law Judge no APA

Um aspecto relevante da expansão da Administração federal nos EUA se caracteriza pela formação de órgãos administrativos dotados de independência variável em relação ao Poder

6 - No original: “*Administrative Law Judge*” is a statutory term, as indicated above, that applies to those OPM-approved adjudicators who have statutory protections and preside over formal adjudication. AJs, in contrast, can, but rarely do, have a statutorily provided title. For example, Congress expressly used the term “*administrative judge*” in describing the initial adjudicators of certain civil-penalty hearings under the Nuclear Non-Proliferation Treaty and adverse actions concerning senior executives within the VA [Veterans Affairs]” (colchetes adicionados).

7 - US Constitution, Art. III, Sec. 1. “*The judicial power of the United States, shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The judges, both of the supreme and inferior courts, shall hold their offices during good behaviour, and shall, at stated times, receive for their services, a compensation, which shall not be diminished during their continuance in office.*”

8 - US Constitution, Art. I, Sec. 8, Cl. 9. “*The Congress shall have power (...) To constitute tribunals inferior to the Supreme Court.*”

9 - No original: “*In addition to the three categories of legislative courts—territorial, military, and public rights—the use of “adjuncts” is another prominent theory that supports the use of non-Article III courts to adjudicate federal questions. An “adjunct” is an adjudicator—most often an administrative agency or a magistrate judge—that does not function as an independent court, but instead acts as a subordinate to the federal courts.*”

10 - Todavia, sem necessariamente se submeterem ao *binding effect*, para casos similares, dos julgamentos dos Tribunais intermediários, efeito que incide nos juízos de primeira instância da respectiva região jurisdicional.

Executivo, especialmente quando recebem atribuições para regular sua área de atuação, bem como para investigar e punir particulares. Durante a primeira metade do séc. XX, o desempenho desses órgãos foi sistematicamente criticado quanto ao fato de concentrarem poderes de investigação, acusação e julgamento a respeito de normas que poderiam criar e alterar com certa discricionariedade.

De modo a lidar com tais problemas no âmbito dos procedimentos de adjudicação, o APA não só trouxe maior rigor formal à ação administrativa, mas também procurou segregar internamente as funções de investigação, acusação e julgamento. Medida relevante nesse sentido foi a criação de um cargo para conduzir o contencioso administrativo em contraditório formal, o *Administrative Law Judge*, a ser preenchido por servidor com vedações e garantias voltadas a preservar a sua imparcialidade, sem impedir, contudo, a revisão de suas decisões pela direção da Agência.

Em sistema estruturado após vários aperfeiçoamentos, os ALJs foram selecionados dentre bacharéis em direito habilitados para advogar, mediante procedimento concursal conduzido pela Agência responsável pelos servidores federais (*Office of Personnel Management-OPM*). Depois dessa seleção, eles compõem uma lista a ser submetida para escolha final pelas Agências contratantes, sendo então nomeados para ocupar cargo de carreira, protegido contra demissões arbitrárias, o que lhes garante certa estabilidade (LUBBERS, 1981, p.111).¹¹

Nesse molde, os ALJs são remunerados consoante plano de carreira estabelecido pela OPM, sendo vedada, quanto a este ponto, a interferência da Agência para a qual eventualmente trabalharem. Eles não exercerão atividades incompatíveis com o respectivo cargo e devem receber seus casos em rodízio possível. Principalmente, o APA é expresso em estabelecer que os ALJs não devem atuar nas funções de investigação ou acusação promovidas pela Agência, nem serem submetidos à supervisão de quem realize tais tarefas.^{12 13}

A principal atribuição do ALJ é recomendar ou proferir uma decisão jurídica a partir de uma audiência análoga ao procedimento de uma corte de primeira instância. Nessa linha, ele presidirá os trabalhos, decidirá sobre pedidos a respeito de provas ou as requisitará de ofício, ordenará depoimentos e perícias, solicitará documentos à Administração e supervisionará a celebração de acordos entre o peticionante e o órgão administrativo.¹⁴

11 - No original: "As to the independence issue, the Act lodges in the Office of Personnel Management (OPM, the successor of the Civil Service Commission) exclusive authority for the initial examination and certification for selection of ALJs. In addition, ALJs receive compensation as prescribed only by OPM, independently of agency recommendations or ratings, and they can be removed by the agency which employs them only when good cause is established before the Merit Systems Protection Board after opportunity for hearing."

12 - Idem, ibidem.

13 - Recentes decisões da Suprema Corte consideraram que os ALJs federais devem ser indicados consoante a Constituição Federal, não como servidores em geral, mas na qualidade de *inferior officers*, o que desencadeou um processo de revisão do modo de sua seleção, em curso até o presente. Cf., por todos, *Lucia v. Securities and Exchange Commission*, **585 U.S.** __ (2018).

14 - Cf. 5 U.S. Code §556(c). No original: "Subject to published rules of the agency and within its powers, employees presiding at hearings may— (1) administer oaths and affirmations; (2) issue subpoenas authorized by law; (3) rule on offers of proof and receive relevant evidence; (4) take depositions or have depositions taken when the ends of justice would be served; (5) regulate the course of the hearings; (6) hold conferences for the settlement or simplification of the issues by consent of the parties or by the use of alternative means of dispute resolution as provided in subchapter IV of this chapter; (7) inform the parties as to the availability of one or more alternative means of dispute resolution, and encourage use of such methods; (8) require the attendance at any conference held pursuant to paragraph (6) of at least one representative of each party who has authority to negotiate concerning resolution of issues in controversy; (9) dispose of procedural requests or similar matters; (10) make or recommend decisions in accordance with section 557 of this title; and (11) take other action authorized by agency rule consistent with this subchapter."

As informações acima são importantes para este ensaio, uma vez que, dos 1.931 ALJs reportados pelo OPM em 2017,¹⁵ 1.655 desses juízes de direito administrativo foram contratados pela *Social Security Administration*-SSA, órgão sucessor do SSB, para atuar em processos previdenciários, números que demonstram o papel central dos ALJs no contencioso administrativo da Agência de Previdência Social dos EUA.

1.4 Da revisão judicial dos atos administrativos adjudicatórios

A Constituição dos EUA de 1787 não tratou de um direito universal à revisão dos atos administrativos, o que permite ao legislador ordinário disciplinar largamente o tema. No APA, o Congresso autorizou a revisão judicial dos atos administrativos de modo amplo, exigindo apenas que seja uma decisão final do órgão e que não haja dispositivo de lei expressamente afastando o acesso ao Judiciário (PIERCE; SHAPIRO, 1981, p.1.175).¹⁶ Não sendo obstado por lei específica, esse acesso pode se dar em primeira instância ou diretamente à corte federal de apelações competente, de acordo com a previsão estatutária para cada Agência.

Além das hipóteses tradicionais, voltadas a apurar se a decisão ultrapassou os limites legais postos ao órgão administrativo, o APA também prevê dispositivos que possibilitam a revisão judicial em razão da motivação e fundamentação da decisão em face dos fatos carreados ao procedimento.¹⁷ Uma vez que essa revisão geralmente ocorre a partir de autos administrativos (*record*) encerrados com uma decisão final, o respectivo pedido em juízo é comumente referido como um recurso (*appeal*) ao Judiciário, pressupondo-se que no órgão administrativo ocorreu a apuração de fatos e provas. Desse modo, o órgão administrativo funciona de modo análogo a uma *trial court*, situação que só será afastada se demonstrada a inadequação dos procedimentos adotados, cabendo, nesse caso, repeti-los.

A partir dos quatro critérios hermenêuticos identificados no APA para orientar a revisão judicial da decisão administrativa, dois merecem destaque, em face de sua maior complexidade (VERKUIL, 2002, p.687).¹⁸ Um mais intrusivo (*substantial evidence test*), direcionado aos procedimentos formais, com base no qual se espera que o Judiciário consulte integralmente os autos administrativos e verifique se a decisão está apoiada em evidências suficientes ali lançadas; e o outro (*arbitrary, capricious test*), que cada vez mais se traduz num requisito geral, pelo qual se escrutina se a decisão impugnada segue padrões mínimos de razoabilidade em razão do escopo

15 - Cf. <https://www.opm.gov/services-for-agencies/administrative-law-judges/#url=ALJs-by-Agency>, constando os quantitativos de *Administrative Law Judges* por Agência nesta página do OPM.

16 - No original: “The courts are not authorized to review every agency action. With few exceptions, the Constitution does not provide a right to court review of agency decisions. Every decision to institute review can be traced to the Administrative Procedure Act (APA), agency organic acts, or judicial precedent. Some statutes expressly preclude review of agency action, although the courts often strain to circumvent statutory limitations.”

17 - Cf. 5 U.S. Code §706. No original: “(...) the reviewing court shall . . . (2) hold unlawful and set aside agency action, findings, and conclusions found to be-- (A) arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law; (B) contrary to constitutional right, power, privilege, or immunity; (C) in excess of statutory jurisdiction, authority, or limitations, or short of statutory right; (D) without observance of procedure required by law; (E) unsupported by substantial evidence in a case subject to sections 556 and 557 of this title or otherwise reviewed on the record of an agency hearing provided by statute; or (F) unwarranted by the facts to the extent that the facts are subject to trial de novo by the reviewing court.”

18 - No original: “The key phrases used to define the appropriate scope of review are well known. They derive from the APA or from various agency-specific review statutes. In shorthand form, they are: arbitrary and capricious, substantial evidence, clearly erroneous, and de novo. These four standards are listed in “telescopic” order, from narrow to wide scope or breadth. Congress creates these standards to invite narrow to wide judicial oversight of administrative action, or, alternatively, wide to narrow deference to agency action. Indeed, under de novo review, there should be no deference at all.”

legal de atuação do órgão. Em princípio, espera-se maior rigor judicial no primeiro caso, mas a doutrina adverte para o uso intercambiável desses critérios pelos tribunais.

1.5 Da posição do APA no direito administrativo federal

Os elementos acima referidos devem ser conjugados com a percepção de que o APA é lei de natureza geral, cujas disposições podem ser afastadas pelas leis federais especiais quando disciplinam questões particulares a determinado órgão administrativo. Exemplos dessa possibilidade são a vedação à revisão judicial das decisões administrativas relativas aos benefícios de militares reformados, que perdurou até 1988, bem como as regras de julgamento de patentes de invenção instituídas em 2011 ao *Patent Trial and Appeal Board*-PTAB.

Essa qualidade se mostra relevante para a compreensão das especificidades estabelecidas tanto para o contencioso administrativo relativo aos benefícios previdenciários como para a respectiva revisão judicial, como se discorre a seguir.

2 SSA: PROCEDIMENTOS E REVISÃO JUDICIAL

2.1 Dimensão e escopo da SSA

O SSB, embora inicialmente estabelecido como órgão independente, subsequentemente funcionou como parte integrante do *Department of Health and Human Services*-HHS da Presidência da República até 1994, ano em que retomou sua autonomia, sendo substituído pela SSA, uma agência federal independente, com autonomia orçamentária, porém, sob administração unitária, ou seja, presidida apenas por um diretor principal (*Commissioner*), mas não por um colegiado (*Commission*), este substituído por um grupo bipartidário de diretores (DISIMONE, 1995).

Concebida como uma agência federal voltada ao bem-estar social (*welfare state*), a SSA administra benefícios para mais de 60 milhões de pessoas, sendo de sua responsabilidade os programas de aposentadoria, pensões, auxílios e renda suplementar instituídos pelo governo federal à população em geral.¹⁹ Este estudo concentra-se no contencioso oriundo dos auxílios por incapacidade para o trabalho (*Social Security Disability Insurance*-SSDI),²⁰ em face de seu maior volume, seguido pelo relativo aos benefícios do programa de renda suplementar (*Supplemental Security Income*-SSI) (WOLFE, 2013, p. 143).²¹

2.2 Do procedimento administrativo de solicitação de benefício

A SSA funciona de modo articulado com as unidades federadas. Assim, o solicitante apresentará o seu pedido inicial à unidade estadual, seja pela internet, por telefone ou por escrito, com a expectativa de que esta unidade forneça uma resposta motivada em até cinco meses.

19 - Cf. como relevante manancial de informações sobre sua história e funcionamento, www.ssa.gov.

20 - Cf. C.F.R. § 404.1505. No original: "Basic definition of disability. The law defines disability as the inability to do any substantial gainful activity by reason of any medically determinable physical or mental impairment which can be expected to result in death or which has lasted or can be expected to last for a continuous period of not less than 12 months."

21 - No original: "Today, SSA oversees the world's largest system of administrative adjudication with some 1,300 administrative law judges sited in 169 hearing offices throughout the United States. At issue are appeals from determinations by the agency under Title II and Title XVI of the Social Security Act, primarily related to determinations of entitlement to disability benefits."

Aprovado o pedido, o pagamento, ressalvados casos excepcionais, terá seu termo inicial em cinco meses após a data fixada como início da incapacidade (*onset date*), podendo ser adicionados até 12 meses de parcelas vencidas antes do referido termo.

Como se verá posteriormente em detalhes, negado o pedido, serão disponibilizadas ao solicitante até três oportunidades de revisão da decisão, e somente com o esgotamento do apelo do autor junto à última instância – o Conselho de Recursos da SSA (*Appeals Council*) –, estará configurada uma decisão final²² da Agência suscetível de revisão pelo Judiciário.

Ademais, conforme acima referido, as leis aplicáveis a cada Agência podem estabelecer aspectos particulares ao respectivo procedimento administrativo. No âmbito da SSA, alguns pontos chamam a atenção, cabendo sobre eles destacar que o solicitante poderá ser representado por terceiro, advogado ou não, o qual, se previamente autorizado pelo órgão, terá direito a honorários (*fee*) em caso de sucesso, podendo o valor chegar a até 25%, a serem deduzidos do montante devido de eventuais atrasados, respeitando-se um teto fixado (HUMPHREYS *et al.*, 1993).

Sublinhe-se que o processo administrativo perante o ALJ é considerado um processo formal, submetido, portanto, ao *substantial evidence test*. Contudo, no contencioso administrativo sobre benefícios, esse processo é conduzido de modo inquisitório, o que significa que os ALJs não devem adotar uma posição passiva a depender da iniciativa das partes (*adversarial*), mas buscar a verdade real (*inquisitorial*). Para tanto, poderão, de ofício, solicitar documentos, depoimentos e perícias, além de arguir depoentes e testemunhas livremente, cabendo-lhes considerar integralmente os interesses do órgão e do solicitante (DIXON Jr, 1972, p.695).²³

Por fim, deve-se ressaltar também que, ao se instituir um Conselho de Recursos, a decisão final da Agência sobre adjudicações será deslocada de sua direção máxima para aquele colegiado interno, segregando-se também esse ponto de eventual condução individual pelo Diretor-Geral (*Commissioner*) da SSA.

2.3 Revisão judicial da adjudicação de benefício

Caso o requerente permaneça insatisfeito com a decisão do Conselho de Recursos, ele terá até 60 dias para recorrer ao Judiciário, oferecendo, contra a SSA, ação perante a primeira instância federal. Como antes referido, o autor deverá provar que esgotou todos os remédios administrativos disponíveis, sob pena de ser formar *res judicata* administrativa nos limites do efetivamente analisado.

A revisão judicial será conduzida a partir dos autos formados (*record*), sendo que o juízo só aceitará novas provas se o peticionante apresentar fundado motivo para não as ter apresentado à SSA. Seguindo-se o questionamento judicial, a decisão administrativa poderá ser alterada se demonstrado erro na aplicação da lei (*fail to apply the correct legal standards*), ou caso

22 - O processo poderá ainda ser reaberto por pedido justificado do interessado ou de ofício, em hipóteses específicas, tais como erro ou fraude.

23 - No original: "In keeping with the non-adversary nature of the proceeding, the role of the SSA hearing examiner is multi-faceted and dominant. In the usual case in which the claimant does not retain an attorney, the examiner functions as claimant's de facto counsel, striving to fully develop the case from the complainant's point of view. He is the first person with decisional authority to confront the claimant personally and elicit a connected account of his difficulties"

se reconheça presentes nos autos evidências significativas que levem a uma conclusão diferente da tomada no julgado administrativo (*substantial evidence test*). Ao julgar o pedido de revisão, o juiz poderá conceder o benefício, manter a posição da SSA ou, ainda, devolver (*remand*) o processo ao órgão administrativo para adoção de providências específicas e nova decisão.

Adicione-se que, com o consentimento das partes, o processo será conduzido e resolvido, na fase judicial inicial, por um *Magistrate Judge*, o que atualmente acontece em mais da metade dos casos (MCCABE, 2016, p.50).²⁴ Do contrário, esse auxiliar, se chamado a participar, apenas apresentará seu parecer nos autos.

A decisão judicial de primeira instância poderá ser objeto de recurso ordinário ao tribunal federal da respectiva região, que a analisará integralmente (*de novo*), podendo confirmá-la ou modificá-la. Por fim, caberá excepcional apelo à Suprema Corte dos EUA, no âmbito de sua competência jurisdicional.

2.4 Exemplo de solicitação de benefício e posterior revisão judicial

As etapas relativas ao requerimento administrativo e à eventual revisão judicial a respeito de benefícios por incapacidade são descritas a seguir.

Preliminarmente, cabe lembrar que, em todas as fases do processo administrativo, o requerente pode ser representado por terceiro, o qual não será necessariamente advogado, podendo o representante solicitar que a SSA lhe pague honorários, a serem deduzidos dos atrasados devidos ao solicitante, se revertida a denegação do benefício. Adicione-se que os atos processuais do solicitante deverão se utilizar de formulários da SSA, disponíveis para cada manifestação.

Desse modo, o solicitante deverá apresentar formulário preenchido, a ser entregue por escrito ou enviado pela internet. Para tanto, o solicitante poderá requerer auxílio de um servidor da SSA ou fazer o pedido por telefone, cabendo-lhe apresentar os documentos iniciais necessários para provar sua condição de saúde. Caso não os tenha, poderá juntá-los posteriormente ou requerer ao órgão que solicite os relatórios adequados aos médicos que o atenderam. Se as informações forem consideradas insuficientes, o órgão poderá pedir ao requerente que compareça a consultas ou exames custeados pela SSA.

O acompanhamento do pedido é feito pelo órgão estadual responsável (*Disability Determination Service*—DDS), que designará um servidor para analisar o caso, o qual será o contato do solicitante nesta fase. O servidor solicitará os documentos aos médicos indicados no pedido e os submeterá a um consultor médico para parecer. Em suma, se preenchidos os demais critérios administrativos, cinco questões centrais são consideradas para a concessão do benefício: 1) o solicitante estava exercendo atividade remunerada significativa (*substantial gainful activity*)? 2) quão severa é a incapacidade alegada e qual a sua duração? 3) a incapacidade

24 - No original: "Social security appeals are generally decided on a motion for summary judgment or on cross appellate briefs, upholding or rejecting the decision of the commissioner under the prevailing statute and the administrative record developed by the Social Security Administration. Since summary judgment is a dispositive motion under 28 U.S.C. § 636(b)(1)(A), a magistrate judge may only review the administrative record and file a report and recommendations for disposition of the appeal by a district judge unless both sides consent to a magistrate judge's dispositive authority. In many cases, moreover, the administrative record is incomplete or otherwise defective, and the case has to be remanded to the agency for further consideration."

alegada é reconhecida pelo SSA? 4) ela impede que o solicitante exerça o seu emprego? 5) o solicitante pode exercer outro trabalho remunerado?

O DDS decidirá, então, se concede ou nega o benefício. Se denegado, o solicitante receberá uma resposta escrita com os fundamentos da decisão, que deverá conter, pelo menos: a) todas as fontes administrativas e médicas utilizadas na análise do pedido; b) uma descrição do estado de saúde do requerente; e, c) se a negativa ocorrer em razão de estar apto para exercer outros empregos, a identificação das respectivas atividades ao seu alcance, tudo redigido de forma clara. (MORTON, 2014, p. 228).²⁵

Em caso de irresignação, o solicitante poderá formular pedido de reconsideração ao DDS no prazo preclusivo de 60 dias, sendo-lhe facultado juntar documentos em geral, inclusive os alusivos a situações posteriores à solicitação inicial. O requerimento então será encaminhado a servidores do DDS que não atuaram na primeira avaliação, para que revejam integralmente os autos e profiram nova decisão.

Se ainda assim for mantido o indeferimento, o solicitante poderá, no mesmo prazo, recorrer a um ALJ, sendo-lhe novamente facultado juntar novos documentos. Nesse pleito, o recorrente esclarecerá também se deseja ou não que, além do exame das razões apresentadas no apelo, ocorra uma audiência (*hearing*), na qual poderá levar suas testemunhas. Antes dessa oitiva, o apelo oferecido poderá ser avaliado pelos procuradores do consultivo da SSA (*attorney advisers*), os quais têm autoridade para deferir o pedido caso entendam presentes razões jurídicas que não dependam de realização da audiência.

Solicitada a audiência, ela será marcada com pelo menos 75 dias de antecedência, para acontecer de modo presencial, ou por meio remoto, se o apelante não se opuser. Ocorrendo presencialmente, caso localizada a audiência em cidade que exija ao solicitante viajar além de 45 milhas,²⁶ a SSA pagará despesas de viagem e reembolsará determinados gastos do solicitante com testemunhas.

Como já esclarecido, a audiência será conduzida de modo inquisitorial, sob o comando do ALJ, comumente transcorrendo sem a presença de procuradores da SSA. Nela, o ALJ poderá ouvir, além do depoimento do solicitante e de suas testemunhas, consultores médicos (*medical experts*) ou trabalhistas (*vocational experts*) da SSA, que falarão a respeito das condições do requerente no que se refere ao preenchimento dos requisitos para a concessão do benefício. Nessa audiência, também é facultado ao solicitante, ou ao seu representante, fazer perguntas aos nela presentes.

Ressalte-se que, caso sua celebração não tenha sido dispensada pelo requerente, a audiência deverá ser levada a termo ou gravada, e será peça fundamental para a formalização do processo consoante o APA, uma vez que a adjudicação formal pressupõe uma decisão lançada em autos regulares após ter sido oportunizada uma audiência (*to be determined on the record after opportunity for an agency hearing*).

25 - No original: "Personalized explanations are written to be understood by someone with at least a sixth grade education. They are supposed to avoid abbreviations, jargon, technical terms, complex medical phrases, or personal statements about you that have nothing to do with your actual disability determination."

26 - Em conversão, 72.4205 quilômetros.

O ALJ apresentará sua decisão por escrito, pelo deferimento ou indeferimento do recurso. Permanecendo a irresignação do solicitante, este terá a possibilidade de apelar ao Conselho de Recursos em até 60 dias, sendo que a instância recursal poderá negar, conceder ou determinar o retorno dos autos ao ALJ para averiguação adicional dos fatos ou outras considerações. Além disso, pode a decisão do ALJ, concessiva ou denegatória, ser revista de ofício pelo Conselho de Recursos. Se atuar de ofício, o Conselho deverá notificar previamente o solicitante que a decisão do ALJ será reavaliada.

Denegado o apelo ou modificada de ofício a decisão concessiva do ALJ, haverá, então, uma decisão final da SSA, o que permitirá ao solicitante oferecer uma ação na primeira instância federal pleiteando sua revisão judicial, sem prejuízo de eventual pedido à SSA para a reabertura do processo administrativo, se demonstrada causa adequada.

Como anteriormente abordado, nessa ação judicial, será empregado o critério hermenêutico do *substantial evidence test*. Assim, caberá ao Judiciário analisar, além de alegações de errônea aplicação da lei (*proper legal standards*), se as evidências constantes nos autos são suficientes para apoiar a decisão administrativa impugnada. Desse modo, o procedimento se concentra principalmente em revisar os autos administrativos apresentados ao juízo, sendo comum que as partes requeiram um julgamento sumário da lide.

Se autorizado pelas partes, o processo judicial será conduzido e decidido por um *Magistrate Judge*. Não sendo assim, mas atuando esse auxiliar no litígio, ele submeterá às partes uma opinião (*report and recommendation*) para concordância ou impugnação, o que fará o caso ser remetido ao juiz federal para julgamento. A decisão lançada em primeira instância ainda poderá ser objeto de apelação ao tribunal da respectiva região federal.

O debate jurídico sobre a revisão dos benefícios gera um *case law* próprio, como se exemplifica pelo litígio a seguir apresentado.²⁷

No caso, o solicitante, então com 50 anos, ingressou em abril de 2010 com requerimento administrativo alegando que problemas de saúde, a ver, fibromialgia, síndrome do túnel carpo e degeneração dos discos da coluna, impediam que ele trabalhasse em horário integral. O benefício foi inicialmente negado, pelo que em 2011 ele requereu reconsideração ao DDS. Novamente recusado, ele solicitou, em apelo, audiência perante um ALJ, o que ocorreu em junho de 2012. Dois meses após, recebeu mais uma resposta negativa ao pedido, o que foi mantido pelo Conselho de Recursos.

A partir dessa decisão administrativa final, ele ingressou tempestivamente com ação na primeira instância, que foi solucionada em 2015 com resultado parcialmente favorável, ordenando-se ao Conselho de Recursos que melhor considerasse, em sua decisão, a opinião emitida pelo médico que realizava o tratamento do solicitante. O órgão, cumprindo a decisão, deferiu parcialmente o recurso administrativo e determinou a reavaliação do caso por diferente ALJ, que realizou outra audiência em fevereiro de 2017. O julgador, porém, manteve o indeferimento do pedido, o que foi confirmado pelo Conselho de Recursos.

27 - Cf. *Arakas v. Commissioner, Social Security*. 983 F.3d 83 (4th Cir. 2020).

No mesmo ano, o solicitante ofereceu nova ação judicial em que questionou o resultado desfavorável, seguindo-se a apresentação, em fevereiro de 2019, do parecer do *Magistrate Judge* que recomendava a manutenção da decisão administrativa. Embora objeto de impugnação pelo solicitante, essa opinião foi, um mês após, confirmada pelo juiz federal, que manteve o indeferimento do pedido. O autor, então, apelou ao tribunal federal correspondente.

Ao analisar a apelação, o tribunal considerou os relatórios do médico que tratava o solicitante desde 1996, nos quais foi registrado o diagnóstico das doenças alegadas e o seu agravamento. Esses documentos foram apresentados à SSA nas diversas fases do trâmite administrativo. Destacou, também, os depoimentos do solicitante nas duas audiências perante os ALJs, em que descrevera suas dificuldades. Essas evidências foram contrastadas com os pareceres de outros médicos consultados pela SSA que afirmavam a capacidade de o requerente continuar trabalhando, bem como com a motivação adotada pelo ALJ para conceder maior relevância a tais opiniões em detrimento do parecer do médico que conduziu o tratamento do solicitante ao longo dos anos.

Em decisão unânime, proferida em 50 páginas e editada em 2020, o tribunal entendeu que: a) a SSA não aplicara a lei corretamente ao considerar que as dificuldades narradas pelo solicitante seriam inconsistentes com os resultados dos exames, em face da natureza das doenças diagnosticadas; e, b) as evidências presentes nos autos administrativos não ofereciam suporte suficiente para as conclusões da decisão da SSA de desconsiderar a dor e os impedimentos para trabalhar relatados pelo solicitante (*...the ALJ's non-disability finding was based on incorrect legal standards and not supported by substantial evidence*).

Ao final, o tribunal, considerando o longo tempo já passado desde a solicitação inicial do benefício, em vez de ordenar a produção de nova decisão administrativa, devolveu o processo à SSA para calcular e pagar os benefícios devidos (*...we reverse the Commissioner's decision and remand the case for a calculation of disability benefits*).

Vê-se que tal exemplo apresenta uma situação na qual ocorreu amplo uso dos meios disponíveis para solução dos litígios previdenciários, informando, também, as respectivas fases temporais, o que nos permite uma visão mais abrangente do sistema de decisão administrativa e posterior revisão judicial a respeito de benefícios por incapacidade. Guarde-se, porém, ser ordinário que os litígios se resolvam em âmbito administrativo, sendo que, da fração levada ao Judiciário, a maior parte chega a termo na primeira instância.

3. SÍNTESE DO PROCEDIMENTO ENTRE A SSA E OS SOLICITANTES

Como referido, um aspecto presente em alguns dos mais distintos órgãos administrativos dos EUA é o atributo de atuarem com certa independência em relação à chefia do Poder Executivo. Esse distanciamento pode se referir a diferentes aspectos operacionais do ente, entre eles ser dirigido por um colegiado (*Commission*) cujos membros recebem mandato com estabilidade no cargo e poderes para resolver os conflitos entre a Agência e os particulares, nesta condição proferindo decisão final na esfera administrativa, sem prejuízo de sua eventual revisão pelo Poder Judiciário.

Essa estrutura nasceu e se desenvolveu nas hoje chamadas Agências Reguladoras, incumbidas inicialmente de aplicar normas e decidir conflitos entre Estado e empresários, visando disciplinar a ação estatal em sua área de atuação. Com esse escopo inicial, progressivamente se desenvolveu um modelo de órgão decisório administrativo composto por membros com conhecimento técnico e nomeados com proteção contra eventuais pressões dos interessados, assim atendendo às demandas feitas e atuando para os litígios serem solucionados por adjudicadores dotados de garantias para agirem com imparcialidade (DINIZ, 2022).

A posterior disseminação dessas proteções para as adjudicações em processo formal, com a criação do cargo de *Administrative Law Judge*, revela a generalização dessa proposta no modo de atuar da Administração dos EUA, auxiliando o oferecimento, no processo administrativo, de meios de defesa similares aos que o particular dispõe no processo judicial.²⁸

Importante perceber, porém, que, diante de centenas de milhares de pedidos feitos anualmente por pessoas com poucos recursos e frequentemente em situação de vulnerabilidade, adaptou-se o procedimento administrativo previdenciário para se ir além da preservação, no âmbito administrativo, das garantias formais de contraditório e ampla defesa desenvolvidas pelo *common law*.

Nesse sentido, a Previdência Social dos EUA desenvolveu um processo administrativo no qual se confere ao solicitante a possibilidade de produzir e apresentar provas em múltiplas fases, bem como argumentar e ser ouvido por servidores distintos, tanto na formulação e apreciação do pedido quanto em eventual fase recursal, ainda lhe permitindo atuar por representante e este ser remunerado pelos valores em disputa, estimulando-o ao trabalho de reverter decisão desfavorável da Administração.

Principalmente, deve-se ressaltar a ampliação do papel do ALJ, que deixa de ser um condutor passivo do processo em contencioso e passa a atuar de maneira ativa para encontrar a solução do pedido conforme a lei, devendo, nessa tarefa, considerar tanto os interesses da Agência como os dos solicitantes. Cabe-lhe, pois, tomar as providências para desenvolver os mais completos autos administrativos necessários às adjudicações que forem objeto de recurso.

Um resultado relevante dessa conformação do procedimento administrativo às particularidades dos envolvidos e aos direitos em debate pode ser apreciado quantitativamente: em 2011, os ALJs resolveram aproximadamente 800.000 recursos, enquanto se contabilizou um número inferior a 12.000 casos tratados no mérito pela primeira instância do Judiciário federal, relativamente a benefícios da Previdência Social (KRENT; MORRIS, 2016).

4. CONCLUSÃO

A análise dos meios implementados nos EUA para lidar com seu contencioso administrativo previdenciário nos apresenta um conjunto de soluções que merece ser conhecido,

28 - Cf. Butz v. Economou, 438 U.S. 478 (1978). No original: "There can be little doubt that the role of the modern federal hearing examiner or administrative law judge within this framework is 'functionally comparable' to that of a judge. His powers are often, if not generally, comparable to those of a trial judge: he may issue subpoenas, rule on proffers of evidence, regulate the course of the hearing, and make or recommend decisions. See § 556(c). More importantly, the process of agency adjudication is currently structured so as to assure that the hearing examiner exercises his independent judgment on the evidence before him, free from pressures by the parties or other officials within the agency."

em especial pela revelada capacidade de gerenciar grande número de casos que exigem atenção a aspectos individuais, de modo a resolvê-los majoritariamente na própria esfera administrativa. Com isso, confere-se efetividade ao serviço público prestado pela SSA.

Sobre esses meios, destaque-se, inicialmente, a questão relativa à independência e imparcialidade do órgão decisório no processo de adjudicação. Assim, a busca universal por intermediários isentos, capazes de lidar com as partes em conflito, como atuam os conselheiros, conciliadores, mediadores e árbitros, merece ser refletida no contencioso previdenciário, mas levando-se em conta que nele, ao contrário do que geralmente ocorre nos litígios com empresários, os particulares dificilmente conseguirão arcar com os custos adicionais envolvidos, cabendo à Administração avaliar se deverá providenciar tal agente sem que ele se afaste da aplicação das normas que regem a matéria.

Outro ponto de igual relevância diz respeito ao fato de a Administração internalizar, em seu contencioso, procedimentos aptos a garantir contraditório e ampla defesa, bem como os meios e recursos que lhe são inerentes, em conformidade com a natureza dos direitos envolvidos e com as condições próprias dos solicitantes. Assim, o procedimento de preparação e formulação da decisão administrativa deve estabelecer a ordem jurídica em ambiente com reais possibilidades de a pessoa ser efetivamente ouvida pela Administração (*the one who decides must hear*), perfazendo-se método que viabilize o progressivo refinamento da decisão final aplicada a cada litígio.

Como se percebe na experiência dos EUA, os ganhos decorrentes desse modo de agir impressionam. Do ponto de vista econômico, vê-se que, ao fornecer aos solicitantes da Previdência Social um conjunto sólido de meios para que reivindiquem e exerçam seus direitos, o Estado se legitima para condicionar que o façam logo e em prazo certo, assim evitando o acúmulo de passivos e demandas. No mesmo giro, ao se oferecer oportunidades concretas para a revisão da decisão administrativa em contraditório, por servidores cuja imparcialidade é pressuposta, ordenada e protegida, considera-se razoável aguardar até que se edite decisão final da Administração, para só então ela ser revisitada por outro Poder, no mais das vezes se evitando os imensos custos advindos do refazimento de processos.

Vantagens primordiais, porém, decorrem de a Administração antepor a justiça em suas ações, de modo a melhor atingir os fins do Estado. Nessa esteira, o contencioso administrativo se revela uma interação na qual as garantias jurídicas são plenamente disponibilizadas aos participantes, impactando diretamente na capacidade de o órgão agir sem ocasionar críticas ou objeções de monta, otimizando a prestação de serviços públicos e adicionando robusto valor à atividade administrativa.

Essas vantagens significativas possibilitam concluir que o aperfeiçoamento qualitativo do modo de a Administração decidir repercute auspiciosamente na condução do seu contencioso. Essa evolução de paradigma é, certamente, decisiva no aprimoramento da gestão e solução de litígios nos quais o Estado determina a apuração individual de fatos e provas, mesmo diante de direitos requeridos em número enorme, como é comum ocorrer na Previdência Social.

REFERÊNCIAS

BARNETT, Kent. Against Administrative Judges, 49 **U.C.D. L. Rev.** 1643 (2016).

BAUDE, William. Adjudication Outside Article III, 133 **Harv. L. Rev.** 1511 (2020).

BEERMANN, Jack. **Inside Administrative Law: What Matters and Why.** New York, Aspen Publ. 2020.

DINIZ, Davi. Independência das Agências Administrativas nos Estados Unidos da América em Contraste com a Autonomia de Entes Administrativos no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Aprovado para publicação (2022).

DISIMONE, Rita. Social Security Administration Created as an Independent Agency: Public Law 103-296, **Soc. Security Bull.**, Vol. 58, No. 1 (released January 1995).

DIXON Jr., Robert. The Welfare State and Mass Justice: A Warning from the Social Security Disability Program, 1972 **Duke L.J.** 681 (1972).

HUMPHREYS, Sarah *et al.* Representation before the Social Security Administration, 9 **J. Paralegal Educ. & Prac.** 23 (1993).

KRENT, Harold.; MORRIS, Scott. Inconsistency and Angst in District Court Resolution of Social Security Disability Appeals, 67 **Hastings L.J.** 367 (2016).

LUBBERS, Jeffrey. Federal Administrative Law Judges: A Focus on Our Invisible Judiciary, 33 **Admin. L. Rev.**, 109 (1981).

MCCABE, Peter. **A Guide to the Federal Magistrate Judges System.** (A White Paper Prepared at the Request of the Federal Bar Association). 2016. Disponível em: <<https://www.fedbar.org/wp-content/uploads/2019/10/FBA-White-Paper-2016-pdf-2.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2022.

MORTON, David. **Nolo's Guide to Social Security Disability.** 7th Ed. Berkeley, Nolo Publ., 2014.

NOLAN, Andrew.; THOMPSON II, Richard. Congressional Power to Create Federal Courts: A Legal Overview, **CRS Report**, October 1, 2014. Disponível em: <<https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metadc463358/>>. Acesso em: 14 mar. 2022.

PIERCE, Richard.; SHAPIRO, Sidney. Political and Judicial Review of Agency Action, 59 **Tex. L. Rev.** 1175 (1981).

SHAPIRO, Martin. APA: Past, Present, Future, 72 **Va. L. Rev.** 448 (1986).



SHEPHERD, George. Fierce Compromise: The Administrative Procedure Act Emerges from New Deal Politics, 90 **NW. U. L. Rev.** 1557 (1995-1996).

UNITED STATES OF AMERICA. **Constitution of United States of America**. 1787. Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em: 14 mar. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. **Social Security Administration**. Disponível em: <www.ssa.gov>. Acesso em: 14 mar. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of United States. Butz v. Economou, **438 U.S. 478** (1978). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/438/478/>>. Acesso em: 14 mar. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of United States. Lucia v. Securities and Exchange Commission, **585 U.S. __** (2018). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/585/17-130/>>. Acesso em: 14 mar. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. **United States Code**. Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/app/collection/uscode>>. Acesso em: 14 mar. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. **United States Code of Federal Regulations**. Disponível em: <www.ecfr.gov>. Acesso em: 14 mar. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. United States Court of Appeals for the Fourth Circuit. Arakas v. Commissioner, Social Security. **983 F.3d 83** (4th Cir. 2020). Disponível em: <<https://casetext.com/case/arakas-v-commr-soc-sec-admin>>. Acesso em: 14 mar. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. **United States Office of Personnel Management**. Services for Agencies - Administrative Law Judges. Disponível em: <<https://www.opm.gov/services-for-agencies/administrative-law-judges/#url=ALJs-by-Agency>>. Acesso em: 14 mar. 2022.

VERKUIL, Paul. An Outcomes Analysis of Scope of Review Standards, 44 **Wm. & Mary L. Rev.** 679 (2002).

WOLFE, Jeffrey. Civil Justice Reform in Social Security Adjudications, 33 **J. Nat'l Ass'n Admin. L. Judiciary** 137 (2013).



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License



PARECERES



.....

PARECER N. 005/2020/TS/ PFFBN/PGF/AGU

.....

NUP: 01430.000089/2020-69

INTERESSADA: FUNDAÇÃO BIBLIOTECA NACIONAL - FBN

ASSUNTO: ESCLARECIMENTOS SOBRE REPRODUÇÃO E
PUBLICAÇÃO DE IMAGENS NOS LIVROS EDITADOS PELA
FUNDAÇÃO BIBLIOTECA NACIONAL.

EMENTA: PROPRIEDADE INTELECTUAL. DIREITO AUTORAL. CONSULTA SOBRE SITUAÇÕES HIPOTÉTICAS. REPRODUÇÃO E PUBLICAÇÃO DE IMAGENS NOS LIVROS EDITADOS PELA FBN. LEI Nº 9.610/1998. CONVENÇÃO DE BERNA. SISTEMA DE LIMITAÇÕES DE DIREITOS INTELECTUAIS. USO JUSTO (*FAIR USE*). REGRA DOS TRÊS PASSOS.

1. Relatório

1. Ao longo de treze interessantes questionamentos, todos formulados a partir de situações hipotéticas, divorciados de qualquer caso concreto, pretende a Consulente (Coordenação de Editoração), sob o ponto de vista jurídico, melhor se inteirar a respeito do sistema de limitações de direitos autorais e dos limites dessas limitações, estendendo também sua consulta a questões relacionadas ao direito de imagem, instituto distinto do direito autoral, submetido à categoria de direitos da personalidade.

2. O móvel da consulta está associado à segurança jurídica no desempenho de atividades de editoração e publicação conduzidas pela Fundação Biblioteca Nacional (FBN), através da Consulente, que, amiúde, se vale de variadas imagens alheias para ilustrar as obras por ela confeccionadas. A fim de aprimorar suas rotinas, prevenindo e/ou reduzindo drasticamente os riscos de eventuais responsabilizações – seja por transgressão de direito autoral, seja por utilização indevida de imagem alheia –, a Administração submete ao nosso crivo uma série de indagações afetas ao aludido tema.

3. Em breve e sucinta síntese, eis os pontos que merecem destaque nesta etapa introdutória.

2. Alcance do Parecer

4. Por trás de cada uma das perguntas formuladas pela Consulente, existe um conflito, de ordem constitucional, a ser ponderado. De um lado, o direito reservado de exploração econômica da criação intelectual e do outro o acesso liberado a obras do engenho como mecanismo de promoção da educação, do lazer e da cultura, sem olvidar, por óbvio, a tensão criada em torno da imagem como atributo de personalidade.

5. A técnica ponderativa de resolução de conflito, a despeito de já adotada pelo legislador, como se observa da leitura dos arts. 46, 47 e 48 da Lei nº 9.610/1998 (Lei de Direitos Autorais – LDA), está sujeita também a um exame casuístico a partir da aplicação do teste dos três passos (Convenção de Berna, promulgado pelo Decreto nº 75.699, de 06/05/1975) e do *fair use* (direito norte-americano).

6. Por se tratar de um tema bastante complexo e pródigo em casos controvertidos, sua exaustão neste Parecer se mostra impossível e impertinente, na medida em que tornará o texto cansativo e, talvez, distante da proposta transversal de análise, com aprofundamento apenas no que toca aos questionamentos formulados.

7. Nesse prumo, todas as perguntas, abstratas que são, serão respondidas também de maneira abstrata. A reflexão que será realizada ao longo desta manifestação consultiva trará apenas diretrizes gerais sobre a temática em foco. Delineadas pela Consultoria, essas linhas gerais talvez não consigam atingir completamente os anseios da pretensão aviada, vez que, por se tratar de tema rico em controvérsias, apenas o caso concreto, instruído com suas peculiaridades, será capaz de propiciar um cenário adequado para uma resposta precisa.

8. Malgrado, creio que a análise operada ao longo das linhas que virão servirá como um bom balizador da atuação administrativa. Ao lado dela, **sugiro que a Consulente recorra ao Parecer nº 009/2019/TS/PFFBN/PGF/AGU, exarado e encartado ao processo nº 01430.000041/2019-17, cujo tema central, abordado em caso concreto envolvendo a Revista Manchete, foi exatamente um dos assuntos que será aqui analisado, qual seja, limitações aos direitos autorais. Em complemento, remeto ainda a Consulente aos processos nº 01430.000658/2019-32, para que busque na Nota Jurídica nº 094/2019/TS/PFFBN/PGF/AGU os esclarecimentos necessários à compreensão do enfoque destes autos, e nº 01430.000529/2016-00, que no Parecer n. 0091/2017/MP/PF-FBN/PGF/AGU trata da**

concretização do que seriam “pequenos trechos” para fins de cópia de obras sem prévia autorização do autor.

9. Direta ou indiretamente, essas duas manifestações consultivas abordam os pontos ventilados ao longo do questionário franqueado ao conhecimento desta Procuradoria.

10. Saliento, por fim, que o opinativo foca essencialmente, e por óbvio, na questão jurídica envolvida, deixando de avaliar, ou avaliando secundariamente – se assim for necessário para a construção do raciocínio jurídico –, pontos outros cujo exame compita aos demais setores ou estejam jungidos a critérios de oportunidade e conveniência.

3. Análise Jurídica

3.1. Aspectos gerais

11. Antes de enfrentarmos diretamente cada um dos questionamentos formulados, mostram-se, a partir da análise individual das perguntas e global de todo o questionário, indispensáveis a fixação de alguns institutos e o estabelecimento da diferença entre eles.

12. Já no início deste trabalho, antecipando-me, em parte, ao mérito de algumas perguntas, fiz questão de consignar a diferença entre o **direito de imagem** e o **direito autoral**, e faço questão, neste momento, de destacar, em cores vivas, o impacto dessa distinção quanto aos regimes jurídicos a que estão sujeitos cada um desses institutos.

13. Deitando raízes em texto constitucional, tanto o direito de imagem quanto o direito autoral estão expressamente alojados em área nobre da Lei Maior, especificamente no vastíssimo rol do art. 5º. A imagem, tutelada em suas três vertentes (retrato, atributo e voz), está expressamente assegurada nos incisos V, X e XXVIII, alínea “a”. Os direitos intelectuais, por sua vez, foram lembrados pelo Constituinte no inciso XXVIII, já citado.

14. Apesar de muitas vezes se tangenciarem, tais institutos são amparados por regimes jurídicos distintos. De imediato, ao examinarmos a interação entre esses dois direitos, a primeira coisa que nos vem à cabeça é a relação entre a fotografia, o fotógrafo e o fotografado. Veja que em tal situação é possível divisarmos a proteção sob um duplo prisma: por um lado, a questão envolvendo a proteção da imagem do modelo fotografado; por outro lado, a questão envolvendo a proteção da criação intelectual fruto do engenho do fotógrafo. Aquele direito encontra guarida no Código Civil, art. 20, *caput*, por exemplo, ao passo que este se sujeita ao regramento estatuído na LDA.

15. A propósito, e a título ilustrativo, trago à baila importante caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sede de competência extraordinária, materializado no REsp. nº 1.322.704-SP, da Relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, no qual referida Corte espancou qualquer dúvida acerca da diferença entre os institutos em tela, deixando assente que a proteção de pessoa fotografada se apoiará em seu direito de imagem, que encontra fundamento no art. 20 do Código Civil, ao passo que a fotografia em si, fruto do engenho humano, criação intelectual que é, estará protegida pela LDA.

16. Assim como tais conceitos são distintos e ao mesmo tempo interagem com constância, é preciso se atentar também para a diferença entre o **suporte físico (*corpus mechanicum*)** e a **obra intelectual (*corpus mysticum*)**, vez que a propriedade do primeiro não traduz necessariamente a titularidade do segundo, o que está bem claro e inequivocamente registrado no texto do art. 37 da LDA, segundo o qual “a aquisição do original de uma obra, ou de exemplar, não confere ao adquirente qualquer dos direitos patrimoniais do autor, salvo convenção em contrário entre as partes e os casos previstos nesta Lei”.

17. Com efeito, questões relacionadas à propriedade do suporte físico onde eventualmente está incorporada a obra intelectual se resolvem também no âmbito do direito civil, mais especificamente em direitos reais, não conferindo ao proprietário, a menos que o contrato preveja de outra forma, o direito sobre a criação em si.

18. Por falar em contrato, convém anotar que **os negócios jurídicos envolvendo direitos autorais (cessão, concessão, edição e licenciamento, dentre outros) devem ser interpretados restritivamente** (art. 4º, da LDA) e segundo o princípio da independência das utilizações (art. 31, da LDA), do qual se extrai a ideia de que as diversas modalidades de utilização são independentes entre si, de modo que a outorga de exploração para um determinado fim não se presume conferida para utilização diversa. Com essa mesma impressão, o STJ sufragou o conteúdo das normas precitadas.

19. De posse dessas básicas e relevantes premissas a respeito do direito autoral, sigo adiante para tratar das **limitações dos direitos autorais**. Muito se discute a respeito da **natureza jurídica do direito intelectual**. Para muitos, aludido direito tem natureza de propriedade, a mais sagrada das propriedades. Outros, por sua vez, sufragam a tese de que o direito intelectual tem natureza de monopólio jurídico, isto é, de um direito de exploração exclusivo dos proveitos patrimoniais da criação intelectual. Sem embargo do acerto da tese A ou B, a verdade é que ambas as correntes visam categorizar esse instituto a partir do reconhecimento constitucional a ele conferido. Tal proteção é importante e se justifica como mecanismo de promoção do desenvolvimento literário e cultural nacional. Bem móvel que é, o direito dos criadores intelectuais deve ser preservado contra a atuação daninha dos parasitas intelectuais, que, por vezes, incorrendo em furto intelectual, enriquecem ilicitamente a partir do esforço alheio. Isso, de fato, não pode ser permitido.

20. **Por outro lado, nenhum direito é absoluto.** Todo direito deve ser exercido dentro de um campo legítimo de atuação e em respeito a outros direitos de igual envergadura. Nesse passo, **o direito autoral deve ser compatibilizado com direitos como educação, cultura e lazer.** Assim, a preservação absoluta e indiscriminada do direito autoral compromete os nobres direitos sociais outrora citados. Além desses, a restrição absoluta de acesso às obras intelectuais afeta outrossim as próprias liberdades de expressão e de manifestação, posto ser impossível exercê-las sem o mínimo de informação adquirida como sujeito ativo de sua própria formação. **Em suma, o direito autoral deve ser exercido em conformidade com sua função social (art. 5º, XXIII, da CF/88).**

21. **Com efeito, a estatura constitucional dos direitos ora tratados impõe uma análise ponderativa e casuística sobre qual o limite do direito autoral e qual o limite desse limite.** Esse é o grande desafio que se impõe a quem lida com essa matéria.



22. Sobre o ponto, antecipando-se em algumas hipóteses, o legislador, ao editar a Lei nº 9.610/1998, inaugurou um capítulo autônomo sobre as **hipóteses de flexibilização da soberania exercida pelo criador da obra sobre o destino de sua criação, enquanto protegida como tal, elencando, ao longo dos arts. 46, 47 e 48, situações cujo uso da obra independa de autorização do titular dos direitos intelectuais.**

23. O **uso justo** (*fair use*), sem dúvida, tem atuação relevante no processo de construção dessas normas. Ora, toda criação é fruto de uma derivação. Na verdade, como bem destacado por Sérgio Branco, em “O Domínio Público no Direito Autoral Brasileiro”, 2011, parafraseando Lavoisier, “na cultura, nada se perde, tudo se transforma”. Em tom ressonante, Roland Barthes, em “A Morte do Autor”, consigna que a originalidade é relativa, na medida em que toda nova criação provém de uma criação anterior. Se o autor extrai da sociedade todo o material inspirador para criar, nada mais justo e razoável que em determinadas situações veja sua criação sendo utilizada à revelia de sua anuência. Aqui reside uma razão social para fundamentar não apenas a transitoriedade desse direito reservado, que, ao final de um tempo, ingressará em terreno livre (domínio público) - não absolutamente livre, em razão dos direitos morais -, como também a própria limitação que recai sobre o monopólio exercido por quem titulariza os direitos sobre a obra.

24. Além do uso aceitável, fundamentado nos permissivos legais supracitados, não se pode olvidar da regra estatuída no direito internacional (Convenção de Berna) e incorporada ao direito doméstico (Decreto nº 75,699/1975), mais especificamente no **inciso VIII, art. 46, da LDA**. Trata-se da famosa **regra do teste dos três passos** (*three-step test*), que retrata, resumidamente, a flexibilização do monopólio jurídico exercido pelo titular do direito autoral a partir da combinação de três fatores: estar relacionado a certos casos especiais; não afetar a exploração da obra produzida; e não causar prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.

25. Com uma sutil mudança do texto internacional, o legislador nacional substituiu o termo “permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais” por “sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova”, além de ter limitado a aplicação dessa regra às hipóteses de reprodução de “pequenos trechos” de obras preexistentes de qualquer natureza ou reprodução integral de obra enquadrada na categoria de artes plásticas.

26. A alteração promovida é digna de positivo destaque, pois conferiu mais certeza em torno do que se deveria entender por casos especiais. Nesse vértice, ao enunciar que a reprodução não deve representar o objetivo principal da obra, o legislador diminuiu a abertura do texto estrangeiro.

27. Por outro lado, a utilização do termo “**pequenos trechos**”, como limite legalmente autorizado para reprodução de obra intelectual, ao invés de promover certezas, gera muitas hesitações, alimentando constantes embates em torno da sua melhor definição. Evidentemente que situações como essa contribuem para a criação de um cenário assaz inseguro.

28. Um dos grandes pontos de tensão ao seu redor está na identificação de seu critério de avaliação, que para uns partiria de método quantitativo, ao passo que para outros se socorria do método qualitativo. Particularmente, entendo que o primeiro modelo de aferição é inadequado, vez que, com frequência, o ponto focal de uma obra limita-se a 10 ou 20 % do todo. Se a reprodução, por exemplo, recair exatamente sobre esse ponto, não haverá dúvidas de que a replicação desse trecho da obra, na prática, representará verdadeira apropriação do todo. Contudo, apesar de mais justo, o outro critério padece de dificuldade na sua aplicação, em especial em razão da elevada carga de subjetividade no processo de identificação do ponto substancial de uma obra.

29. Sobre o tema, fazemos referência ao Parecer n. 0091/2017/MP/PF-FBN/PGF/AGU, encartado no Processo nº 01430.000529/2016-00, que trata especificamente da reformulação do Termo de Responsabilidade para reprodução de obras do acervo da FBN, anexo às Instruções de Serviço FBN nº 01/2016 (Cessão e Exposição de Obras da FBN) e nº 05/2016 (Reprodução de Acervo da FBN).

30. Naquela oportunidade, analisamos a intenção do CCSL/FBN em estabelecer o percentual de 20% (vinte por cento) para fins de reconhecimento do que seria “pequeno trecho” no momento da autorização para reprodução de obras do acervo da FBN. Entendemos tratar-se de um percentual razoável, compatível tanto com o art. 46, II da LDA e a Convenção de Berna, como também com as práticas em outras instituições, mas sugerimos que o espectro da pesquisa realizada fosse ampliado, para prover mais segurança na escolha do percentual a ser arbitrado:

Como se observa, não há maiores dificuldades no reconhecimento do direito à reprodução de pequenos trechos de obras protegidas pelo direito do autor. Resta confirmar se o percentual a ser adotado (20%) é razoável, ou seja, se atende aos fins privados do copista sem causar prejuízos ao titular do direito autoral.

Para isso, o CCSL/FBN valeu-se de “experiências de outras instituições” (Despacho de fl. 164), mas, compulsando os autos, verificou-se apenas um encarte com legislação, doutrina e jurisprudência sobre direito autoral (fls. 142-147), que confirma tratar-se de questão que suscita discussões e apresenta algumas concepções do que seja a reprodução “pequeno trecho”: “para alguns, se resume a poucas linhas e, para outros, a 10%, 15%, 20% ou até 30% da obra ou ao uso de um capítulo da obra” (fl. 144).

Como se percebe, adotou-se um padrão médio dos exemplos relacionados acima, o que denota razoabilidade. Entretanto, orientamos para que o Consultante busque ampliar a pesquisa junto a outras instituições, bibliotecas, museus, priorizando aquelas nacionais, por compartilharem o mesmo ordenamento jurídico, mas sem prejuízo da buscar conhecer experiência em outros países também. Isso dará mais respaldo à escolha do percentual da obra que se permitirá a reprodução, seja ele qual for.

31. A definição e o alcance do termo **“artes plásticas”** é outro ponto nada pacífico, mas que precisa ser desvelado em razão do tratamento jurídico que lhe foi conferido pela letra da lei, no sentido da admissão de suareprodução integral. Afinal de contas, o que se enquadra em artes plásticas? Tradicionalmente, o termo é constituído por três tipos, quais sejam, pintura, escultura e arquitetura. No entanto, com o avanço das técnicas de criação e a multidisciplinaridade entre elas, há quem inclua dentro desse conjunto as fotografias, por exemplo.



32. Nada pacífico quanto a esse tema, até porque inserido num contexto de normas restritivas, que merecem, segundo regras basilares de hermenêutica, interpretações também restritivas. Nesse aspecto, a fim de demonstrar o quão polêmico é o assunto, trago à baila uma decisão prolatada no bojo do processo nº 0017292-15.2015.8.21.0033, Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, na qual fica claro o entendimento de que na família das artes plásticas, as fotografias não tem assento.

33. Mas a verdade é que o direito responde aos fatos sociais, cabendo à sociedade e aos nichos específicos de cada área definir o que se entende por determinado assunto. Nesse diapasão, sendo a vida dinâmica, e a arte mais ainda, o que um dia estava sujeito a um espectro limitado de alternativas, hoje pode ser visto de maneira superlativa.

34. É por isso que entendo, malgrado seja uma opinião pessoal e minoritária (ainda que não isolada - há uma tendência de se admitir a interpretação extensiva das hipóteses de limitações de direitos autorais), que as hipóteses de limitações aos direitos autorais devem ser lidas de maneira não exaustiva, vez que, além da razão já mencionada, envolvem uma tensão relacionada a uma concorrência de direitos fundamentais que apenas o juízo ponderativo no caso concreto é capaz de resolver.

35. **Ainda que assim não seja, que, ao menos, se admita uma interpretação ampla e analógica de cada um dos itens arrolados nos arts. 46, 47 e 48, da LDA, não obstante o fechamento do rol, consolidando um critério de taxatividade na vertical e exemplificatividade na horizontal**, a exemplo do que ocorre com a lista de serviços sujeitos à incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN) ou do rol de decisões agraváveis previsto no Código de Processo Civil, de taxatividade mitigada.

36. Recentemente (06/2019), a respeito desse assunto, o Conselho da Justiça Federal (CJF), durante a III Jornada de Direito Comercial, aprovou o Enunciado 115, cujos termos restaram assim consignados: “As limitações de direitos autorais estabelecidas nos arts. 46, 47 e 48 da Lei de Direitos Autorais devem ser interpretadas extensivamente, em conformidade com os direitos fundamentais e a função social da propriedade estabelecida no art. 5º, XXIII, da CF/88”.

37. Tal enunciado fora construído a partir das seguintes razões:

Em 2011 o Superior Tribunal de Justiça, ao decidir o Recurso Especial 964.404, estabeleceu, por unanimidade, como paradigma que a proteção autoral sobre os bens literários, artísticos ou científicos deve ser coadunada com a função social da propriedade e destacou que as limitações opostas aos direitos autorais têm por objetivo a harmonização entre direitos fundamentais, tais como o direito à cultura, educação, privacidade. Casos seguintes foram decididos pelo STJ, seguindo este mesmo entendimento. Seu principal efeito é a conformação da interpretação das limitações estabelecidas na Lei n. 9.610/1998 como extensiva, exemplificativa.

Esta posição já havia sido acatada pelo Supremo Tribunal Federal (RE 115.505) ao discutir a legislação especial anterior, sem, contudo, enfrentar a questão a partir dos direitos fundamentais. A posição consolidada do STJ é também sustentada por pesquisas e doutrina contemporânea, na

qual, no plano nacional se destacam, em especial, as seguintes obras: SOUZA, Allan

Rocha. Função Social dos Direitos Autorais: uma interpretação civil constitucional. Campos:

Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2006; POLI, Leonardo Macedo. Direito Autoral: parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

Justifica-se este enunciado pela necessidade de consolidação deste postulado jurisprudencial paradigmático e consequente redução de demandas judiciais e sociais em torno do tema.

38. Apesar de seu caráter meramente doutrinário-científico, consoante apregoa o art. 28 da Portaria nº 109- C/JF (Regimento da III Jornada de Direito Comercial do Centro de Estudos Jurídicos do C/JF), os enunciados do C/JF contribuem com a pacificação de temas controversos e ostentam substancial efeito persuasivo.

39. Vê-se, pois, que a tese de abertura do sistema de limitações de direitos autorais, cada vez mais retumbante, dá uma certa segurança no sentido de defender a flexibilização do rol legal de limitações, contanto que feita em rigorosa observância do uso justo e da regra dos três passos, sempre com os olhos voltados ao equilíbrio dos direitos tensionados.

40. De todo modo, por dever de ofício, não posso ser incauto e deixar de alertar que sobre o tema ainda há muita bruma e certa instabilidade, alimentadas pelas constantes e acaloradas contendas protagonizadas por posições antagônicas, inclusive dentro da doutrina especializada e da própria jurisprudência nacional, resultando em muitos litígios judiciais. Por isso, a Administração deve ficar atenta ao ponto e sopesar sua decisão quando com ele se deparar.

41. Superada a barreira existente entre a exploração exclusiva de uma obra e sua livre utilização, eis que ingressamos no tema relacionado ao **domínio público**. Para muitos, regra no direito autoral, excepcionada pela proteção temporária de que gozam as criações intelectuais. Há quem defenda, inclusive, dentre aqueles que veem no direito autoral uma forma de propriedade, o direito autoral como uma espécie de propriedade resolúvel, que, ao final do tempo conferido por lei, se resolve em favor do Estado, transformando-se, em definitivo (art. 112, da LDA), em bem de uso comum do povo.

42. Com o fim dos direitos reservados, o domínio público inaugura uma fase de relativa liberdade de exploração da obra intelectual. Como os direitos autorais são comumente divididos em morais e patrimoniais, o ingresso de uma obra em terreno livre afeta pontualmente o proveito econômico exercido pelo titular da obra, que preserva, no entanto, seus direitos morais. Não à toa, o legislador fez questão de expressamente atribuir ao Estado a responsabilidade de defender os direitos morais sobre as obras ingressadas em domínio público (art. 24, §2º, Lei nº 9.610/1998). Eis a razão da relativa e não absoluta liberdade.

43. Um obra ingressada em domínio público pode ser livremente explorada (adaptada, traduzida, arranjada, orquestrada etc.), respeitados os direitos morais preservados.

44. O assunto está expressamente tratado nos arts. 14, 24, 33, 45 e 112, todos da LDA. Com os olhos voltados para as perguntas apresentadas pela Consulente, sobre imagens em domínio público pertencentes a acervos de outras instituições de memória, devo destacar, não obstante a liberdade de exploração de tal obra, independente de qualquer pagamento relativo à direito autoral, a possibilidade jurídica de que tais instituições cobrem pelo acesso a tais obras, desde que o fundamento de tal exação não tenha qualquer relação com efeitos patrimoniais sobre



os direitos de criação, já extintos, mas sim com o custo de manutenção da obra em si mesma ou dos meios para prover seu acesso.

45. Isso não se confunde com a figura do domínio público remunerado, previsto na redação original da legislação autoral anterior (art. 93, Lei nº 5.988/1973), posteriormente revogada pela Lei nº 7.123/1983.

46. **O domínio público pode ser legal ou voluntário.** O legal está associado, por evidente, às hipóteses legais traçadas no art. 45: perda do prazo de proteção; falecimento de autor sem sucessores; e obras de autor desconhecido. Sobre essa última hipótese, imperioso destacar que **autoria desconhecida** não é o mesmo que **autoria anônima (órfã)**. Tratam-se de hipóteses distintas, com tratamentos jurídicos diversos. As obras anônimas gozam, em seu duplo aspecto (patrimonial e moral), de proteção legal (art. 43, da LDA). Já as obras de autoria desconhecida, por estarem em domínio público (art. 45, inciso III, da LDA), são protegidas legalmente apenas no aspecto moral.

47. A diferença traçada entre o desconhecido e o anônimo traz à tona nebulosa questão envolvendo as dificuldades em torno da identificação de sua autoria para fins de utilização em obras derivadas. Diante dessas dificuldades, como proceder para utilizar tais obras sem incorrer em transgressão a direitos de cunho autoral? Sucintamente, destaco apenas a importância da certificação de que, factualmente, trata-se de obra aparentemente desprovida de ascendência. Para tanto, há que se fazer uma busca diligente e razoável, a fim de demonstrar a boa-fé do interessado através do exaustivo processo de identificação.

48. Sobre o tema em exame, extraído da Nota Jurídica nº 094/2019/TS/PFFBN/PGF/AGU, acima lembrada, importante e esclarecedor excerto sobre obras órfãs:

Para sustentar o ingresso no domínio público, o denunciante percorre um caminho no sentido de que se trataria de uma fotografia de autoria desconhecida, atraindo a hipótese de domínio público legal prevista no art. 45, II, da Lei nº 9.610/1998. No entanto, nada impede que a ausência de identificação de autoria da obra a enquadre como obra anônima, de configuração jurídica completamente diversa da obra de autoria desconhecida. Vê-se que diferentemente do supracitado artigo, o art. 43 do mesmo diploma normativo assegura proteção às obras anônimas. Portanto, é preciso dizer que, conquanto pareçam ser espécies do mesmo gênero anônimo (art. 5º, VIII, “b”, Lei nº 9.610/1998), receberam pela própria lei tratamentos jurídicos distintos.

É bem verdade que existem vozes na doutrina especializada, a exemplo de João Henrique da Rocha Fragoso, que defendem que, enquanto não desvelado o anonimato, a obra anônima poderia se enquadrar como obra de autoria desconhecida. No entanto, tributado o devido respeito, entendo que melhor razão assiste ao professor Sérgio Branco, ao fundamentar a distinção entre os institutos na forma distinta de tratamento conferido pela própria Lei (art. 43 versus art. 45, II, ambos da Lei nº 9.610/1998);

Dito isso, o fato de não estar ostensivamente identificada a autoria da obra, não atrai forçosamente a conclusão de que se trata de obra de autoria desconhecida, podendo tratar-se simplesmente de obra anônima. Temos consciência da dificuldade prática que isso gera no dia a dia das empresas que atuam em segmentos de jornalismo, publicidade ou outros que trabalham com obras intelectuais de variadas naturezas. No entanto, a lei trouxe essa distinção, e não podemos simplesmente ignorá-la. Em casos de obras anônimas (órfãs) ou mesmo de autoria

desconhecida, tendo em vista a tênue linha que as distingue, o melhor a fazer, se a utilização de determinada imagem for imprescindível, é organizar uma documentação de busca diligente de autor ou detentor de direitos, a ser utilizada posteriormente como indicação de boa-fé na utilização da obra considerada órfã.

49. Antes de tecermos breves comentários sobre o domínio público voluntário, reputo importante uma rápida abordagem sobre as **licenças públicas gerais** e seu relevante papel solucionador de questões de **direitos autorais** no âmbito cibernético. Diferente do que possa aparentar, **a internet não é “terra de ninguém”**, cabendo aos seus usuários projetarem nas relações virtuais o mesmo respeito que depositam nas relações jurídicas presenciais. Como tal comportamento não estava sendo observado naturalmente pelos atores da grande rede mundial de computadores, com violações aos mais variados bens jurídicos, notadamente honra, imagem e criações intelectuais, o Estado brasileiro, em boa hora, resolveu estabelecer algumas normas de conduta aos usuários da *internet*, cujo conteúdo ficou conhecido como **Marco Civil da Internet**, materializado pela Lei nº 12.965/2014.

50. O que se deve ter em mente é que os mesmos deveres e direitos observados no mundo real devem também ser replicados no mundo digital. Assim, a mesma proteção assegurada a uma imagem divulgada em meio físico ou a uma criação intelectual veiculada igualmente pelo mesmo meio, deve vigorar no mundo virtual.

51. Em outras palavras, **não é porque uma obra está disponível na internet que se pode presumir o consentimento do criador para livre reprodução por quem quer que seja**. Portanto, o singelo fato de estar exposta para livre acesso de todos na grande vitrine virtual não autoriza, em regra, que qualquer um com interesse em sua reprodução possa dela se valer indiscriminadamente e independentemente da anuência de seu titular, a não ser que a obra esteja em domínio público ou que o uso esteja abarcado pelo sistema de limitações de direitos autorais ou que conste na própria obra licença pública geral de utilização, que variará, para fins de utilização, de acordo com o nível da autorização.

52. Comungando desse mesmo entendimento, o STJ, no REsp. nº 1.822.619, vaticinou que “o fato de a fotografia estar acessível mediante pesquisa de mecanismo de busca disponibilizado na *internet* não priva seu autor dos direitos assegurados pela legislação de regência, tampouco autoriza a presunção de que ela esteja em domínio público, haja vista tais circunstâncias nãosubstanciarem exceções previstas na lei”.

53. De volta ao domínio público **voluntário**, devo destacar que não há nenhum óbice legal que impeça o titular do direito autoral de renunciar aos direitos reservados que recaem sobre sua obra, desde que o faça de maneira expressa. Ora, se ao autor é assegurado o direito de ceder os proveitos econômicos em favor de determinada pessoa, nada impede que desvista-se de seus direitos em prol de toda a coletividade.

54. Ao longo de toda esta exposição, debruçamo-nos sobre a relação entre as obras passíveis de proteção autoral (art. 7º, Lei nº 9.610/1998), as limitações incidentes sobre essa proteção e o domínio público como destino inexorável de toda criação um dia protegida. Uma obra em domínio público não significa uma obra despida de qualquer proteção, haja vista a manutenção de regras protetivas sobre os direitos morais do autor, mas sim uma obra cujos efeitos



patrimoniais expiraram. Assim, o domínio público representa a flexibilização de proteção de uma obra um dia blindada. Regime diverso recai sobre obras não sujeitas à proteção (art. 8º, da LDA), que, para não se confundirem com obras em domínio público, são denominadas **obras de fundo comum**.

55. Em linhas gerais, e em estreita síntese, eis o apanhado geral sobre os principais pontos relacionados ao direito autoral e à natureza e à extensão do alcance adequados para a compreensão generalizada dos questionamentos aventados pela Consulente.

3.1. Questionamentos formulados

56. Com esboço nas informações expostas no tópico anterior, passo a defrontar cada uma das indagações apresentadas pela Consulente, sublinhando, tal como anotado alhures, a dificuldade de responder assertivamente as perguntas formuladas, pelos motivos já expostos.

57. Cada uma das questões envolvidas deve ser lida à luz do sistema de limitações dos direitos autorais, do critério do uso justo e da regra de três passos, como forma de avaliação da utilização pretendida, e sempre com rigorosa observância aos direitos morais de autor, em especial ao direito de paternidade (direito de crédito).

Vamos a elas. Em comum, a Consulente pretende saber quais os critérios, limites e procedimentos para utilização de:

1. **imagens pertencentes a acervos de outras instituições de memória:** partindo-se da premissa de que tais imagens não estão em domínio público, a sua utilização pressupõe, em tese, a autorização do titular dos direitos autorais, que pode ser ou não a instituição proprietária delas, visto que, como dito outrora, o domínio do suporte físico não se confunde com a titularidade sobre os direitos autorais. Assim, ao solicitar a utilização de imagens de outras instituições, deve a FBN certificar-se a quem pertencem os direitos intelectuais, se existe alguma licença geral de utilização ou outras questões que repercutam sobre os direitos intelectuais;
2. **imagens pertencentes ao acervo da FBN e ainda fora de domínio público:** assim como na questão anterior, aqui também importa avaliar os termos que fundamentaram o negócio jurídico que culminou na aquisição dessas imagens, lembrando novamente a diferença entre o *corpus mechanicum* e o *corpus mysticum*. Ademais, caso a FBN possua direitos intelectuais sobre essas imagens, mister que se verifique o alcance do negócio jurídico firmado, à luz do princípio da independência das utilizações e da interpretação restritiva sobre o conteúdo das cláusulas de tais negócios;
3. **imagens obtidas em obras publicadas por outras editoras ou em periódicos ainda ativos:** partindo-se da premissa de que tais imagens não estão em domínio público, a sua utilização pressupõe, em tese, a autorização do titular dos direitos autorais, que pode ser a editora ou não. Assim como aduzido anteriormente, cumpre à FBN certificar-se a quem pertencem os direitos intelectuais, e, caso pertencentes à editora, avaliar os limites da aquisição desses direitos;
4. **imagens obtidas em obras publicadas por outras editoras extintas ou em periódicos já extintos:** a princípio, a extinção da pessoa jurídica em nada altera as orientações anteriores, haja vista que com sua liquidação, seus bens, dentre os quais se incluem os direitos

autorais, são transferidos a terceiros, o que pode ocorrer também a partir de processos de incorporação, fusão e outros. A respeito de tal questionamento, remeto a Consulente ao caso Manchete, mencionado linhas acima (Parecer nº 009/2019/TS/PFFBN/PGF/AGU, processo nº 01430.000041/2019-17);

5. **imagens produzidas por autores/fotógrafos/artistas vivos:** partindo-se da premissa de que tais imagens não estão em domínio público, a sua utilização pressupõe, em tese, a autorização do titular dos direitos autorais. Caso a obra fotográfica retrate a imagem de uma pessoa, imperioso também que se atente para a necessidade de obtenção de autorização da pessoa retratada. Nesse sentido, art. 79, da LDA, segundo o qual “o autor de obra fotográfica tem direito a reproduzi-la e colocá-la à venda, observadas as restrições à exposição, reprodução e venda de retratos (trecho que preserva o direito de imagem do retratado), e sem prejuízo dos direitos de autor sobre a obra fotografada, se de artes plásticas protegidas” (grifo meu). Assim, caso a FBN pretenda utilizar uma fotografia que retrate alguém terá que obter uma dupla autorização, do criador e do retratado;

6. **imagens produzidas por autores/fotógrafos/artistas já falecidos:** caso os direitos intelectuais dessas imagens não tenham sido transferidos em vida ou transmitidos em razão de morte, para o caso de ter deixado sucessores, tais obras estariam em domínio público e poderiam ser usadas livremente por quem quer que seja, observados os direitos morais. Caso a obra fotográfica retrate a imagem de uma pessoa, imperioso também que se atente para a necessidade de obtenção de autorização da pessoa retratada (ver Questões 9 e 13);

7. **imagens obtidas em bancos de imagens na *internet*:** conforme já explicitado anteriormente, a *internet*, embora fértil para a prática de ilícitos, muito em razão do anonimato que propicia, não é terreno livre e espaço sem lei. Liberdade existe sim no que tange ao ato de se expressar e se manifestar, como o próprio Marco Civil da *Internet* assegura, no entanto, essa liberdade não pode ser exercida de maneira abusiva e em dissonância com direitos de outrem. Rememorando o que dito no tópico anterior, a simples disponibilidade para todos de imagens no espaço cibernético não configura autorização do titular para sua utilização, nem pressupõe domínio público, ainda que em tais imagens não se identifiquem ostensivamente a sua paternidade. Portanto, em princípio, imagens extraídas da *internet* estão protegidas e sua utilização, via de regra, depende da devida autorização de quem de direito. Entretanto, se houver confiabilidade no banco de imagens utilizado, sua utilização poderá se dar nos moldes ali autorizados;

8. **imagens obtidas em sites da *internet* em geral:** devem seguir a mesma lógica acima registrada, com a lembrança de que as coisas exibidas na vitrine virtual, em princípio, têm dono, sendo equivocada a presunção de se tratar de coisa de ninguém;

9. **imagens de pessoas obtidas em eventos e em outras situações dentro ou fora da FBN:** o foco desta pergunta está no direito de imagem e não no direito autoral. Direito constitucionalmente assegurado, fundamental, mas não absoluto, o direito de imagem tem seu campo de proteção mais ou menos fortalecido conforme o contexto, as características das pessoas retratadas e a finalidade de seu uso. A proteção da imagem de pessoas públicas (celebridades) ou ocupantes de cargos públicos, por exemplo, tende a ser mais flexibilizada do que a proteção conferida à imagem de pessoas anônimas. Sobre o contexto, se a imagem a ser utilizada fora registrada em local público (evento, por exemplo), inserida num plano genérico, sem individualização/focalização em plano diferenciado de determinada pessoa, trata-se de uso justo, não transgressor de direito de imagem. Vale lembrar, por oportuno, quanto à finalidade de uso, que se for dirigido para fins econômicos ou comerciais, sua autorização pelo titular da imagem é indispensável (Súmula 403, STJ). Diante desses parâmetros, deve a Administração avaliar a

presença, no caso concreto, do ônus da suportabilidade, pelo retratado, da utilização de imagem sua, sem o seu consentimento;

10. **imagens cuja reprodução receberam autorização, por parte de seu proprietário, para uso particular, mas sem menção a autorização para uso em publicações (livros), ainda que sem fins lucrativos:** conforme já aduzido anteriormente, os negócios jurídicos em direitos autorais devem ser interpretados restritivamente e segundo o princípio da independência de utilizações. Nesse vértice, a autorização conferida para uma determinada finalidade não pode ser ampliada para finalidade diversa, sem o assentimento do titular dos direitos patrimoniais. É muito importante que a Administração tenha isso em mente;

11. **imagens de anúncios (reclames) publicitários, publicados em periódicos ativos ou já extintos:** Incidindo direitos autorais sobre a atividade publicitária, imperioso reconhecer que as mesmas orientações apresentadas às demais perguntas devem ser replicadas nesta oportunidade, em especial aquelas anotadas nas Questões 3 e 4 deste questionário;

12. **imagens retiradas da hemeroteca e BN Digital da FBN onde não conste restrição de domínio público ou aviso de direitos autorais, com ou sem identificação do fotógrafo/autor:** o sítio eletrônico da BN Digital tem o cuidado de registrar que todas as imagens disponibilizadas na plataforma, ou estão em domínio público, ou gozam da autorização do titular dos direitos patrimoniais sobre elas. Assim, caso a BN queira extrair dessa plataforma alguma imagem para ilustrar seus livros, mister que se avalie se a imagem desejada está em domínio público, e aí passível de livre uso, ou, se ainda protegida e disponibilizada em razão de autorização, que se avalie o alcance da autorização conferida, sempre se atentando para a restrição dos negócios jurídicos autorais e a independência de utilização das obras. Nesse aspecto, importante que se recorra ao ajuste firmado com quem autorizou sua exposição para avaliar seus termos e concluir se seu uso pode ir além da simples exposição na biblioteca virtual;

13. **imagens representativas de grupos de pessoas, publicadas em periódicos, sem a devida identificação de cada retratado:** O mesmo raciocínio desenvolvido na Questão 9 deve ser aplicado inteiramente a este questionamento. Em complemento, destaco que, se tal grupo for representativo de uma multidão de pessoas, não há haverá óbice algum da utilização de sua imagem, desde que não haja destaque da pessoa ou de alguma característica marcante.

58. Relembro, por fim, que todas as respostas foram dadas a partir de um cenário generalizado, cabendo à Administração, diante do caso concreto, avaliar a presença de limitações de direitos autorais, nos moldes aqui costurados, para decidir pela utilização das imagens com ou sem o assentimento do titular de direitos patrimoniais sobre a criação intelectual ou de imagem, cujo exame, em última análise, perpassa pela identificação do uso justo, da regra dos três passos e do juízo ponderativo entre direitos fundamentais concorrentes e em colisão.

4. Conclusão

59. A análise operada ao longo deste opinativo adotou a estratégia do enfrentamento transversal de assuntos que, direta ou indiretamente, embasariam as respostas elaboradas para as perguntas formuladas. Ciente, contudo, da prodigalidade de controvérsias em direito autoral, notadamente no tema focal da consulta (limitações aos direitos autorais), certamente muitos pontos não foram enfrentados ou analisados na profundidade que poderá ser exigida

em determinado caso concreto. Por isso, qualquer assunto que não tenha sido aqui ventilado, em razão, especialmente, do escopo limitativo do trabalho, ou qualquer dúvida que se apresente à Administração num caso concreto, esta Procuradoria se coloca, como de costume, à disposição para enfrentá-la e oferecer a solução jurídica mais segura e eficaz aos propósitos administrativos.

À superior consideração.

Rio de Janeiro, 29 de maio de 2020.

Thiago Zachariades Sabença

Procurador Federal



Rio de Janeiro, 05 de junho de 2020.

Despacho nº 005/2020/MP/PFFBN/PGF/AGU.

Aprovo integralmente o PARECER n. 005/2020/TS/PFFBN/PGF/AGU.

Remeta-se a referida manifestação jurídica à Coordenação de Editoração da FBN.

Marcus Vinícius de Albuquerque Portella

Procurador-Chefe

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante ofornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 01430000089202069 e da chave de acesso 73e49379

Notas:

^{1. ^} **DIREITO CIVIL. DIREITO DE IMAGEM VS DIREITO AUTORAL. ENSAIO FOTOGRÁFICO. VIOLAÇÃO A ARTIGO DA LEI DE DIREITOS AUTORAIS. DESCABIMENTO. DIREITOS DA PERSONALIDADE. EXPLORAÇÃO. CESSÃO. DIREITO DE IMAGEM. ALCANCE CONTRATUAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 5/STJ.1. O ordenamento jurídico brasileiro, de forma ampla e genérica, confere à fotografia proteção própria de direito autoral. Art. 7º, inciso VII, da Lei n. 9.610/1998 e art. 2 da Convenção de Berna.2. Porém, em se tratando de fotografia, para efeitos de proteção do direito autoral das obras artísticas, é autor o fotógrafo e não o fotografado, este último titular de outros direitos da personalidade, como a imagem, a honra e a intimidade. É o fotógrafo o detentor da técnica e da inspiração, quem coordena os demais elementos complementares ao retrato do objeto - como iluminação -, é quem capta a oportunidade do momento e o transforma em criação intelectual, digna, portanto, de tutela como manifestação de cunho artístico.3. A modelo fotografada não goza de proteção do direito autoral, porque nada cria, dela não emana nenhuma criação do espírito exteriorizada como obra artística. Sua imagem compõe obra artística de terceiros. Portanto, descabe analisar a apontada ofensa ao art.4º da Lei de Direitos Autorais, uma vez que tal dispositivo não socorre à modelo fotografada, a qual não é titular de direitos autorais oponíveis contra a editora da revista na qual as fotos foram divulgadas.4. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Casos confrontados que não guardam similitude fática nem merecem soluções jurídicas idênticas. A ideia de que a cessão de direitos de imagem não deve ser interpretada ampliativamente está, a rigor, correta (Arts. 11 e 20 do Código Civil de 2002). Isso, todavia, não afasta métodos também consagrados de hermenêutica contratual que incidiriam no caso em apreço, como aquele segundo o qual “nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem” (art. 85 do CC/1916 e art. 112 do CC/2002); o de que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme os usos e costumes (art.113, CC/2002); ou que “o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa” (art. 111 do CC/2002).5. Com efeito,**

a solução buscada pela recorrente encontra óbice intransponível na Súmula 5/STJ, pois demandaria reexame de cláusulas contratuais, cláusulas essas cujo alcance – sobretudo em um cenário de dúvida, como amiúde ocorre – não se limita à mera releitura de sua literalidade incontroversa. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido. (REsp 1322704/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe 19/12/2014)

^{2. ^} RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO AUTOR E CONEXOS. FIXAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO EM FONOGRAMA. 1. RELAÇÃO ENTRE DIREITOS DE ARTISTA INTÉRPRETE E DE PRODUTOR DE FONOGRAMA. DIREITOS CONEXOS AUTÔNOMOS CUJA EXCLUSIVIDADE É ATRIBUÍDA A CADA UM DE SEUS TITULARES. 2. OBSERVÂNCIA AO DIREITO DA PRODUTORA NÃO AFASTA O DIREITO EXCLUSIVO DO INTÉRPRETE. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO ESPECÍFICA PARA UTILIZAÇÃO DE OBRA PROTEGIDA. PRECEDENTES. 3. CONTRATO DE CESSÃO DE DIREITO AUTORAL. FORMA ESCRITA. REQUISITO DE VALIDADE. 4. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. Recurso especial que debate a necessidade de autorização da intérprete para utilização de obra litero-musical, reproduzida em CD, com autorização do produtor do fonograma. 2. Os direitos do intérprete e do produtor fonográfico são direitos conexos ao direito de autor, os quais conservam sua autonomia por decorrerem de atos de criação distintos, ainda que vinculados intrinsecamente à obra autoral. 3. Tratando os direitos de autor e conexos de proteção jurídica sobre bens imateriais, que não são apropriáveis ao domínio exclusivo de um único titular, a cada direitose asseguram direitos de exclusivo inseridos na esfera jurídica do respectivo titular, os quais limitam a exploração da obra, e, ainda que sobrepostos em camada, mantêm sua autonomia e exclusividade em relação aos demais. 4. A fixação de uma interpretação em fonograma não é suficiente para absorver o direito prévio do intérprete, tampouco deriva em anuência para sua reprodução sucessiva ou em cessão definitiva de todos os direitos titularizados pelo intérprete e demais titulares de direitos de autor ou conexos. 5. Os direitos do artista intérprete estão elencados nos incisos do art. 90 da Lei n. 9.610/1998, e a disposição de cada um deles não presume a cessão dos demais, devendo-se interpretar restritivamente os contratos de cessão de direitos autorais. Precedentes. 6. O contrato de cessão de direitos autorais e conexos demanda a forma escrita como requisito de validade, nos termos do art. 50 da Lei n. 9.610/1998. 7. A observância do direito da produtora de fonograma não afasta a violação ao direito da artista, pois eles não se confundem. 8. Recurso especial desprovido. (REsp 1400463/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 21/11/2019).

^{3. ^} Em razão de sua vagueza, a definição do conteúdo do termo em exame impõe um exercício hermenêutico muito árduo, inserindo-o (o termo) na categoria de conceitos jurídicos indeterminados. Visando a redução desse campo de abstração, José de Oliveira Ascensão, em obra intitulada “O fair use no direito autoral”, estabeleceu os seguintes parâmetros de aferição de uso aceitável: a) o propósito e natureza do uso, nomeadamente se é comercial ou para fins educativos e não lucrativos; mas repare-se que este aforamento não é taxativo, porque entram em conta outras ponderações e nenhum critério tem vigor de aplicação automática. De todo o modo, a natureza comercial do uso é um indicador negativo, uma vez que o direito de autor se cifra economicamente num exclusivo de exploração da obra; b) a natureza da obra: é de se supor que nas obras mais fácticas o âmbito da utilização fair seja maior que nas obras mais imaginativas; c) a quantidade e qualidade da utilização relativamente à obra global: por exemplo, até as citações podem ser postas em causa, se forem de tal modo longas e repetidas que acabem por representar praticamente uma apropriação do conjunto da obra; d) a incidência da utilização sobre o mercado actual ou potencial da obra: este é apresentado por alguns como o mais relevante de todos os critérios.

^{4. ^} ARTIGO 9 - 1) Os autores de obras literárias e artísticas protegidas pela presente Convenção gozam do direito exclusivo de autorizar a reprodução destas obras, de qualquer modo ou sob qualquer forma que seja.. 2) Às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor. 3) Qualquer gravação sonora ou visual é considerada uma reprodução no sentido da presente Convenção.

^{5. ^} Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:(...)VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

^{6. ^} Helouise Costa, em interessante artigo intitulado “Da fotografia como arte à arte como fotografia: a experiência do Museu de Arte Contemporânea da USP na década de 1970”, ao tratar da dificuldade de categorização de certas obras, trouxe

à baila importante caso ocorrido na XIV Bienal (1977), no qual as fotografias de Hildegard Rosenthal foram premiadas como Artes Plásticas. (Informação extraída do site http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-47142008000200005, acessado em 08/04/2020, às 11h34min).

7.[^] AgRREsp. nº 903.714-RS.

8. – REsp. 1.696.396 e REsp. 1.704.520.

9.[^] Art. 93. A utilização, por qualquer forma ou processo que não seja livre, das obras intelectuais pertencentes ao domínio público depende de autorização do Conselho Nacional de Direito Autoral. (Revogado pela lei nº 7.123, de 1983) Parágrafo único. Se a utilização visar a lucro, deverá ser recolhida ao Conselho Nacional de Direito Autoral importância correspondente a cinquenta por cento da que caberia ao autor da obra, salvo se se destinar a fins didáticos, caso em que essa percentagem se reduzirá a dez por cento.

10.[^] Termo utilizado por Stéphanie Choisy.

11.[^] A propósito, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias, em **Direito Civil. Teoria Geral**, 8ª ed. 2009, apregoam que “[é] preciso de qualquer forma, um cuidado especial com o uso da imagem de pessoas que estão em locais públicos, como bailes e desfiles carnavalescos, estádios de futebol, passeatas, praias, manifestações etc. Se a imagem é utilizada inserida em um conjunto genérico, sem individualização, não há que se falar em dano, pois se refere a um evento público, aberto. Entretanto, sendo focalizada em plano diferenciado a imagem de determinada pessoa que está em evento público, sem a sua autorização, estará, sem qualquer dúvida, caracterizada a violação ao direito de imagem”.

Documento assinado eletronicamente por MARCUS VINICIUS DE ALBUQUERQUE PORTELLA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 438521427 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): MARCUS VINICIUS DE ALBUQUERQUE PORTELLA. Data e Hora: 05-06-2020 20:54. Número de Série: 17293487. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



PARECER N. 00175/2021/CPAR/ PFE-ICMBIO/PGF/AGU

NUP: 00810.001628/2020-40

INTERESSADOS: INSTITUTO CHICO MENDES DE
CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE – ICMBIO

ASSUNTOS: MEIO AMBIENTE

EMENTA: DIRETO CONSTITUCIONAL E AMBIENTAL. SOBREPOSIÇÃO ENTRE UNIDADE DE CONSERVAÇÃO DE PROTEÇÃO INTEGRAL E TERRITÓRIOS TRADICIONAIS. RELAÇÃO DE INTERFACE TERRITORIAL COM INDÍGENAS, POPULAÇÕES REMANESCENTES DE QUILOMBOS (QUILOMBOLAS) E OUTROS POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS. RELEITURA DO ART. 42 DA LEI Nº 9.985/2000 A PARTIR DE FILTRO CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL E INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. POSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO PERMANENTE DAS POPULAÇÕES TRADICIONAIS INERENTES À DIVERSIDADE BIOCULTURAL AFETA À UNIDADE DE CONSERVAÇÃO. MEDIDAS E INSTRUMENTOS DE COMPATIBILIZAÇÃO.

I - RELATÓRIO

1. Trata-se de manifestação jurídica acerca da compatibilização de atividades de populações tradicionais com os objetivos de Unidades de Conservação de Proteção Integral, conforme solicitado pelo Procurador-Chefe Nacional da Procuradoria Federal Especializada junto ao Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – PFE/ICMBio no **DESPACHO n. 00789/2020/GABINETE/PFE- ICMBIO/PGF/ AGU**[1].

2. O objetivo desta manifestação é, na primeira parte, abordar o cenário jurídico atual dos povos e comunidades tradicionais em Unidades de Conservação Federais de Proteção Integral, nas quais sua permanência não seja permitida, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.985/2000. Na segunda parte, busca-se apontar uma mudança de paradigma em como devem ser tratados os conflitos gerados pela sobreposição dessas Unidades de Conservação com territórios tradicionais, a partir de uma releitura daquele marco normativo, passando por um filtro constitucional e convencional e interpretação sistemática em relação ao ordenamento jurídico vigente. Ao final, apresentar as medidas e os instrumentos para contribuir com a solução desse conflito.

3. A presente manifestação foi construída com sugestões dos Procuradores Federais desta PFE/ICMBio, bem como da equipe da Coordenação de Gestão de Conflitos em Interfaces Territoriais – COGCOT.

4. Eis o brevíssimo relatório, passa-se à manifestação jurídica.

II - FUNDAMENTAÇÃO

5. O exame desta Procuradoria é feito nos termos do artigo 10, §1º, da Lei nº 10.480/2002 c/c o artigo 11 da Lei Complementar nº 73/93, subtraindo-se do âmbito da competência institucional deste Órgão Jurídico análises que importem considerações de ordem técnica, financeira ou orçamentária próprias dos órgãos da Administração do ICMBio e aquelas relacionadas à conveniência e oportunidade da decisão administrativa, já que tal tarefa está inserida no âmbito da discricionariedade imputada ao administrador público.

1. Do cenário jurídico atual dos povos e comunidades tradicionais em Unidades de Conservação Federais de Proteção Integral nas quais sua permanência não seja permitida a partir da sistemática do art. 42 da Lei nº 9.985/2000.

6. As condições de permanência das populações tradicionais em Unidade de Conservação de Proteção Integral serão reguladas por termo de compromisso, negociado entre o órgão executor e as populações, ouvido o conselho da unidade de conservação, na forma do art. 42 da Lei nº 9.985/2000 e do art. 39 do Decreto 4.340/2002.

7. A Instrução Normativa ICMBio nº 26, de 06 de julho de 2012, *estabelece diretrizes e regulamenta os procedimentos para a elaboração, implementação e monitoramento desses termos de compromisso entre o Instituto Chico Mendes e populações tradicionais residentes em unidades de conservação onde a sua presença não seja admitida ou esteja em desacordo com os instrumentos de gestão*. Esse ato normativo, no art. 23, abre espaço às situações não contempladas serem analisadas conjuntamente pela Diretoria de Ações Socioambientais e Consolidação Territorial - Disat e pela PFE/ICMBio e submetidas à apreciação do Presidente para deliberação quanto às medidas a serem adotadas. Exemplos disso são os Termos de Compromisso em benefício de populações tradicionais não residentes em Unidades de Conservação de Proteção Integral.

8. Cabe conhecer concretamente quais são esses termos de compromisso celebrados com populações tradicionais residentes, ou não, em Unidade de Conservação de Proteção Integral, de modo que, tendo uma visão macro da problemática, esta PFE possa avaliar jurídica a possibilidade de extinção dos referidos instrumentos com a consequente integração dos usos múltiplos ao plano de manejo, bem como os impactos da dupla afetação. Algumas informações foram solicitadas à Disat por meio da **COTA n. 00073/2021/CPAR/PFE-ICMBIO/PGF/AGU**.

9. **A Informação Técnica nº 3/2021-COGCOT/CGSAM/DISAT/GABIN/ICMBio** (SEI 8447184), datada de 22 de fevereiro de 2021, aborda a problemática das sobreposições territoriais entre unidades de conservação de proteção integral e territórios de povos e comunidades tradicionais:

1. A presente Informação Técnica tem por objetivo subsidiar atendimento à demanda da Procuradoria Federal Especializada - PFE junto ao ICMBio que, por meio da COTA nº 00073/2021/CPAR/PFE-ICMBIO/PGF/AGU (8386849), solicita informações quanto aos conflitos territoriais envolvendo unidades de conservação de proteção integral e povos e comunidades tradicionais (PCT).

2. A título de contextualização, vale observar que as sobreposições territoriais entre unidades de conservação da natureza e territórios de PCT compõem a realidade de parcela significativa das áreas protegidas no Brasil e no mundo. Em âmbito global, dados da União Internacional para Conservação da Natureza (IUCN) indicam que 70% das áreas protegidas do planeta são habitadas e que na América Latina esta porcentagem chega a 86% (COLCHESTER, 2000).

3. Deve-se atentar para a questão de se esta presença é considerada compatível, incompatível, ou mesmo um requisito para a existência da área protegida, o que, no caso brasileiro, depende fundamentalmente da categoria de unidade de conservação (UC) escolhida para proteger uma determinada área. Esta situação varia entre os países, conforme a legislação e a existência ou não de uma variedade de categorias. No Brasil, embora existam categorias que aceitam e mesmo preveem a presença de comunidade tradicional, encontramos muitas situações que demandam acordos para viabilizar a compatibilização entre a categoria escolhida e a presença de PCT.

4. Madeira *et al.* (2015), em artigo baseado em levantamento realizado pelo ICMBio em 2014, intitulado “Interfaces e Sobreposições entre Unidades de Conservação e Territórios de Povos e Comunidades Tradicionais: Dimensionando o Desafio”, apontam para a **existência de territórios tradicionais e áreas de agricultores familiares em aproximadamente 68% das UC de proteção integral**, grupo de categorias de manejo em que, conforme estabelecido na Lei que institui o SNUC, o uso direto de recursos naturais não é permitido, excetuando-se os casos previstos nesta Lei (MADEIRA *et al.*, 2015).

5. Em geral, os territórios ocupados por povos e comunidades tradicionais apresentam bom estado de conservação dos recursos naturais, o que, em muitos casos, contribui para a invisibilidade das áreas de uso e moradia desses grupos sociais, que habitam áreas naturais em todo o território nacional. Somam-se a isso o investimento insuficiente em pesquisas sociais de campo e a morosidade dos processos de reconhecimento e delimitação dos territórios étnicos, concorrendo,

assim, para a coincidência geográfica entre unidades de conservação e territórios de povos e comunidades tradicionais.

6. Até o momento, conforme dados do levantamento realizado em 2013 e 2014 foram identificados 124 casos de sobreposição entre UC de proteção integral e territórios de povos e comunidades tradicionais. Desse total, 24 envolvem indígenas, 11 quilombolas, 36 comunidades tradicionais e 53 agricultores familiares. A tabela anexa (SEI 8447180) contém a relação das interfaces territoriais e os grupos sociais envolvidos, assim como os processos relacionados, conforme identificado pelo referido estudo, que, embora demande atualização, ainda reflete com razoável acurácia a ordem de grandeza do problema e oferecem uma visão macro da problemática. Já o documento intitulado “Interfaces entre unidades de conservação de proteção integral e comunidades tradicionais, quilombolas, indígenas e agricultores familiares” (SEI 8447181) apresenta informações detalhadas de cada caso identificado.

7. Os conflitos territoriais relacionados à sobreposição entre UC e territórios de PCT constituem questão complexa e abrangente, cuja compreensão e superação demandam análises transversais e interdisciplinares, observação sistêmica do ordenamento jurídico, arranjos institucionais específicos e medidas de gestão inovadoras.

8. Com vistas ao enfrentamento qualificado do desafio de gestão das sobreposições, pautado no diálogo e respeito aos direitos dos povos e comunidades tradicionais, em harmonia com os objetivos de conservação da natureza, o Instituto Chico Mendes investiu na construção de convergências e estabeleceu acordos de convivência entre UC e PCT, por meio de termos de compromisso (TC), nos termos da Instrução Normativa nº 26/2012.

9. Atualmente, encontram-se vigentes 20 (vinte) TC envolvendo indígenas, quilombolas, comunidades tradicionais e agricultores familiares que tiveram todo ou parte de seus territórios de vida transformados em unidades de conservação da natureza. A tabela denominada “Termos de Compromisso Vigentes em 2021” (SEI 8447183) contém a relação dos termos de compromisso vigentes, seus respectivos processos administrativos, objetivos e atividades permitidas e restringidas.

10. De modo geral, pode-se afirmar que os processos de construção e celebração dos termos de compromisso propiciaram melhorias nas condições de gestão das UC, na medida em que distensionaram as relações entre gestores e moradores e mudaram a percepção das pessoas em relação à UC, transformando relações de conflito em concílios, e permitindo, assim, o estabelecimento de parcerias para a proteção da Unidade.

11. A partir do regramento das atividades instituído pelo TC, foi possível estabelecer maior controle sobre as mesmas, gerar conhecimento sobre os usos e práticas tradicionais realizadas no interior das UC, ampliando assim a governança sobre o território. Há relatos acerca da diminuição de ilícitos e de invasões de pessoas “de fora” das UC, após a celebração do TC. Os TC também proporcionaram maior segurança jurídica aos gestores na lida com situações não previstas pela Lei que instituiu o SNUC.

12. Para as comunidades residentes e usuárias das UC, a celebração dos TC resultou



em maior segurança na continuidade da reprodução dos seus modos de vida tradicionais e melhor qualidade de vida, em função da minimização de entraves no acesso às políticas públicas, contribuindo, assim, para dignidade das famílias das unidades.

13. Embora os casos tratados por meio de termos de compromisso ainda sejam poucos, frente à quantidade de situações que demandam arranjos deste tipo, já há alguns trabalhos publicados que relatam casos de sucesso no uso deste instrumento de gestão. É menção obrigatória o caso da **Reserva Biológica do Lago Piratuba (AP)**, por ser, além de um caso de indiscutível sucesso na obtenção de “ganhos de conservação”, é também a primeira UC a regular uma situação de interface territorial por meio de um termo de compromisso, que estabeleceu regras para a pesca do pirarucu (*Arapaima gigas*) nos lagos da UC. Como resultado, além de se ter contemplado os direitos sociais de uma comunidade tradicional (pescadores artesanais de Sucuriçu), obteve-se um claro aumento populacional da espécie, como está documentado em Pinha *et al.* (2014).

14. Outro caso de sucesso importante de ser mencionado é o da **Estação Ecológica da Serra Geral do Tocantins**. Nesta UC, partiu-se de uma experiência de gestão que buscou, contrariando os saberes da comunidade quilombola que lá vivia antes da criação da unidade, impor a ideia então vigente de que era preciso evitar toda e qualquer ocorrência de fogo na vegetação nativa. Após a celebração do termo de compromisso, firmado em 2012, abriu-se caminho para a aproximação e construção de relação de confiança que levou, já na renovação do acordo, em 2015, a uma completa mudança de estratégia, apoiada em grande parte no conhecimento tradicional da comunidade, com o manejo integrado do fogo, que levou a uma drástica redução dos incêndios tardios na UC, que até então figurava todos os anos entre as que mais sofriam com incêndios catastróficos. Esta experiência está relatada em Barradas *et al.* (2020).

15. Como um terceiro exemplo de casos de sucesso no uso de termos de compromisso, cabe citar o do **Parque Nacional Marinho das Ilhas dos Currais (PR)**, onde firmou-se em 2017 um TC para regulamentar a pesca da tainha e da cavala no arquipélago que se tornou um parque nacional em 2013, tornando proibida a pesca que era tradicionalmente praticada por pescadores artesanais das colônias de Matinhos e Pontal do Paraná. Este acordo teve como principal destaque positivo o trabalho de monitoramento da atividade, realizado por um grupo de pesquisa da UFPR e pelo Instituto de Pesca de São Paulo, instituições que participaram da construção do acordo desde o início do diálogo. A experiência está relatada em Madeira & Müller (2018).

16. Uma análise profunda e rica em exemplos pode ser encontrada na dissertação de mestrado da colega Virgínia Talbot, que tem por tema os termos de compromisso em geral e seu uso como ferramenta de gestão de conflitos em unidades de conservação no Brasil (Talbot, 2016).

17. Após o exposto, a COGCOT se coloca à disposição para detalhamento das informações ora disponibilizadas e aprofundamento da discussão acerca de tão relevante tema, na perspectiva de contribuir para o alcance de soluções conciliadas viáveis, capazes de harmonizar a proteção do patrimônio natural e a promoção do desenvolvimento socioambiental dos povos e comunidades tradicionais que habitam as unidades de conservação da natureza. (grifou-se)

10. Há territórios tradicionais e áreas de agricultores familiares em aproximadamente 68% das Unidades de Conservação de Proteção Integral. Conforme dados do levantamento realizado em 2013 e 2014 (SEI 8447180), foram identificados 124 casos de sobreposição entre UC de proteção integral e territórios de povos e comunidades tradicionais. Desse total, 24 envolvem indígenas (19,35%), 11 quilombolas (8,87%), 36 comunidades tradicionais em geral (29,03%) e 53 agricultores familiares (42,74%).

11. Dos 20 Termos de Compromisso vigentes (SEI 8447183) celebrados com povos e comunidades tradicionais que tiveram, no todo ou em parte, seus territórios e modos de vida transformados pela criação de UC de proteção integral, 1 envolve indígenas, 5 quilombolas, 9 comunidades tradicionais em geral e 5 agricultores familiares.

12. Cumpre, agora, avaliar o regime jurídico da relação de interface territorial com indígenas, quilombolas e outras comunidades tradicionais, o que se passa a expor nos tópicos seguintes.

1.1. Da relação de interface territorial com os indígenas.

13. A Constituição de 1988 trouxe, no § 1º do art. 231, a definição de terras indígenas: são aquelas (i) habitadas em caráter permanente; (ii) utilizadas para suas atividades produtivas; (iii) imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais, necessários a seu bem-estar; e (iv) necessárias à sua reprodução física e cultural. Na aferição desses requisitos, a ótica nunca será a da sociedade envolvente, mas a dos usos, costumes e tradições da própria etnia em estudo, razão pela qual se afasta qualquer tentativa de aplicação dos conceitos civis de posse para compreender a noção de terras tradicionalmente ocupadas.

14. Recentemente, no RE 1017365 RG^[2], o STF reconheceu a repercussão geral da questão constitucional referente à definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional. Em seu voto, o Relator, o Min. Edson Fachin, frisou que não estão pacificadas pela sociedade, nem mesmo pelo Poder Judiciário, questões como o acolhimento pelo texto constitucional da teoria do fato indígena, os elementos necessários à caracterização do esbulho possessório das terras indígenas, a conjugação de interesses sociais, comunitários e ambientais, a configuração dos poderes possessórios aos índios e sua relação com procedimento administrativo de demarcação, “apesar do esforço hercúleo da Corte na PET 3.388 [Raposa Serra do Sol]”. O tema está na ordem do dia e, em breve, voltará a ser discutido e pacificado.

15. A Lei nº 9.985/2000 dispõe, em seu art. 57 ^[3], que deverão ser adotadas diretrizes visando a regularização de eventuais superposições entre áreas indígenas e unidades de conservação.

16. No campo doutrinário, “(...) podemos dizer que a análise jurídica do problema da sobreposição de terras indígenas com as unidades de conservação deve sempre resultar em soluções



que garantam a dignidade humana dos indígenas que vivem nestas áreas. (...). Entendemos que as unidades de conservação em terras indígenas, se criadas nesses termos, devem ser consideradas como um plus de proteção para a área, sendo seus mecanismos jurídicos e institucionais fundamentais para a garantia de um meio ambiente saudável para esses povos. Ou seja, devem as unidades de conservação servir às necessidades dos povos indígenas, não o contrário”.^[4]

17. A compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas foi afirmada pelo STF também no julgamento da Pet 3388^[5] (caso “Raposa Serra do Sol”), cujo caso concreto envolvia a sobreposição entre a Terra Indígena Raposa Serra do Sol e o Parque Nacional de Monte Roraima. Foi consignada haver compatibilidade seja no caso de área de conservação (uso sustentável), seja no de preservação ambiental (proteção integral), explicitando-se a **dupla afetação**, sob a administração do competente órgão de defesa ambiental. Ponderando valores envolvidos, o STF resolveu harmonizar os direitos dos índios com os interesses difusos de toda a sociedade na proteção da biodiversidade, em vez de reduzir a terra indígena ou a unidade de conservação para eliminar a sobreposição.

18. No mesmo Acórdão, foram estabelecidas condições ou condicionantes restando ressaltada a participação das comunidades e da Fundação Nacional do Índio – Funai: “(viii) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (ix) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da **área** da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI”.

19. É equivocada, portanto, qualquer assertiva no sentido de que a sobreposição espacial entre terras indígenas e áreas ambientalmente protegidas representa, por si só, fator de risco ao meio ambiente, motivo pelo qual o estabelecimento de uma hierarquia entre a tutela do meio ambiente e os direitos dos povos indígenas sobre suas terras de ocupação tradicional, com prevalência do primeiro, fere a ordem constitucional vigente. Os indígenas não serão objeto de estudo aprofundado neste parecer.

1.2 Da relação de interface territorial com populações remanescentes de quilombos (quilombolas).

20. Assim como os indígenas, os quilombolas também possuem tratamento específico e preferencial na Constituição Federal. O § 5º do art. 216 determina o tombamento de todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos. Por sua vez, o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT reconheceu a propriedade definitiva das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, cabendo ao Estado emitir-lhes os títulos respectivos.

21. O Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos. Esse ato normativo

federal foi declarado constitucional pelo STF no julgamento da na ADI 3239[6].

22. No que toca ao regime jurídico dos quilombolas, há duas diferenças substanciais em relação aos indígenas. Primeiro, a propriedade das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos é dos próprios quilombolas, considerados como coletividade, e não da União, tal como ocorre com as terras indígenas por força do art. 20, XI, da Constituição Federal. Em segundo lugar, diversamente do que ocorre no tocante às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios – art. 231, § 6º – a Constituição Federal não reputa nulos ou extintos os títulos legítimos de propriedade particular de terceiros eventualmente incidentes sobre as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, de modo que a regularização do registro exige o necessário o procedimento de desapropriação.

23. A competência para demarcação e titulação dessas terras é do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), conforme disposto no art. 3º do Decreto nº 4.887/2003, bem como de órgãos estaduais e municipais com essa competência. Isso quer dizer que não há uma competência exclusiva da União para tais providências administrativas. No que concerne às comunidades quilombolas inseridas em Unidades de Conservação, assim dispõe o artigo 11 do mesmo Decreto:

“Art. 11. Quando as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos estiverem sobrepostas às unidades de conservação constituídas, às áreas de segurança nacional, à faixa de fronteira e às terras indígenas, o INCRA, o IBAMA, a Secretaria- Executiva do Conselho de Defesa Nacional, a FUNAI e a Fundação Cultural Palmares tomarão as medidas cabíveis visando garantir a sustentabilidade destas comunidades, conciliando o interesse do Estado.”

24. Como se vê, há uma obrigação expressa no artigo para que o Poder Público tome medidas que assegurem a sobrevivência dessas comunidades quilombolas, mesmo nos casos em que estão inseridas em Unidades de Conservação nas quais a permanência desses povos não é autorizada pela Lei do SNUC. Tendo em vista uma proteção especial garantida pelo art. 68 do ADCT, bem como pelo Decreto nº 4.887/2003. Os territórios quilombolas não serão tratados de forma aprofundada neste parecer.

1.3 Da relação de interface territorial com outros povos e comunidades tradicionais.

25. O Brasil é um país de dimensões continentais e, como é expressamente reconhecido pela Constituição Federal (art. 242, § 1º), o povo brasileiro foi formado pelas contribuições de diferentes culturas e etnias. Cabe ao Estado proteger *as manifestações das culturas populares, indígenas e afro- brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional* (art. 215, § 1º). O patrimônio cultural brasileiro é constituído por *bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira*, incluindo-se, dentre outros: (i) as formas de expressão; e (ii) os modos de criar, fazer e viver (art. 216).

26. Em nossa legislação infraconstitucional, a Lei nº 9.985/2000 ensaiou um



conceito de população tradicional, no inciso XV do art. 2º, como sendo “*grupos humanos culturalmente diferenciados, vivendo há, no mínimo, três gerações em um determinado ecossistema, historicamente reproduzindo seu modo de vida, em estreita dependência do meio natural para sua subsistência e utilizando os recursos naturais de forma sustentável*”. O dispositivo legal acabou sendo expressamente vetado pelo Presidente da República, por contrariedade ao interesse público. As razões do veto foram apresentadas nos seguintes termos:

O conteúdo da disposição é tão abrangente que nela, com pouco esforço de imaginação, caberia toda a população do Brasil.

De fato, determinados grupos humanos, apenas por habitarem continuamente em um mesmo ecossistema, não podem ser definidos como população tradicional, para os fins do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza. O conceito de ecossistema não se presta para delimitar espaços para a concessão de benefícios, assim como o número de gerações não deve ser considerado para definir se a população é tradicional ou não, haja vista não trazer consigo, necessariamente, a noção de tempo de permanência em determinado local, caso contrário, o conceito de populações tradicionais se ampliaria de tal forma que alcançaria, praticamente, toda a população rural de baixa renda, impossibilitando a proteção especial que se pretende dar às populações verdadeiramente tradicionais.

27. Na Lei nº 11.428/2006, que dispõe sobre a utilização e proteção nativa do Bioma Mata Atlântica, população tradicional é definida no inciso II do art. 3º como sendo “*população vivendo em estreita relação com o ambiente natural, dependendo de seus recursos naturais para a sua reprodução sociocultural, por meio de atividades de baixo impacto ambiental*”.

28. O Decreto Federal nº 6.040/2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (PNPCT), traz as seguintes definições relevantes:

Art. 3º (...):

I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição;

II - Territórios Tradicionais: os espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, respectivamente, o que dispõem os arts. 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações;

III - Desenvolvimento Sustentável: o uso equilibrado dos recursos naturais, voltado para a melhoria da qualidade de vida da presente geração, garantindo as mesmas possibilidades para as gerações futuras.

29. Essa definição jurídica de **Povos e Comunidades Tradicionais** toma como base um **critério subjetivo**: auto reconhecimento de pertencimento à uma cultura diferenciada; em conjunto com outros **critérios objetivos**, tais como formas

próprias de organização social, ocupação e utilização tradicional de territórios e recursos naturais como condição para reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição. A presença desses critérios é necessária para a caracterização de tais populações como tradicionais, sob pena de banalização dos conceitos e extensão indevida da tutela conferida.^[7] O conceito de **Territórios Tradicionais** reforça que esses espaços, utilizados de forma permanente ou temporária, são necessários para a própria afirmação da identidade dos povos e comunidades tradicionais.

30. É possível diferenciar três grupos de populações tradicionais: i) indígenas; ii) quilombolas; e iii) demais povos tradicionais. Além das Terras Indígenas e dos territórios quilombolas (terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos), a Lei nº 9.985/2000 prevê outros dois Territórios Tradicionais como categorias de Unidades de Conservação de Uso Sustentável: as Reservas Extrativistas (art. 18) e as Reserva de Desenvolvimento Sustentável (art. 20).

31. Há uma **Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (PNPCT)**, instituída na forma do Anexo do mencionado Decreto nº 6.040/2007. Vale a pena listar alguns dos objetivos que devem nortear a solução para o caso concreto:

Art. 2º A PNPCT tem como principal objetivo promover o desenvolvimento sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, com ênfase no reconhecimento, fortalecimento e garantia dos seus direitos territoriais, sociais, ambientais, econômicos e culturais, com respeito e valorização à sua identidade, suas formas de organização e suas instituições.

Art. 3º São objetivos específicos da PNPCT:

I - garantir aos povos e comunidades tradicionais seus territórios, e o acesso aos recursos naturais que tradicionalmente utilizam para sua reprodução física, cultural e econômica;

II - solucionar e/ou minimizar os conflitos gerados pela implantação de Unidades de Conservação de Proteção Integral em territórios tradicionais e estimular a criação de Unidades de Conservação de Uso Sustentável;

(...)

XIII - garantir aos povos e comunidades tradicionais o acesso e a gestão facilitados aos recursos financeiros provenientes dos diferentes órgãos de governo;

XIV - assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e coletivos concernentes aos povos e comunidades tradicionais, sobretudo nas situações de conflito ou ameaça à sua integridade;

XV - reconhecer, proteger e promover os direitos dos povos e comunidades tradicionais sobre os seus conhecimentos, práticas e usos tradicionais;



XVI - apoiar e garantir o processo de formalização institucional , quando necessário, considerando as formas tradicionais de organização e representação locais; e

XVII - apoiar e garantir a **inclusão produtiva** com a promoção de tecnologias sustentáveis, respeitando o sistema de organização social dos povos e comunidades tradicionais, valorizando os recursos naturais locais e práticas, saberes e tecnologias tradicionais.” (Anexo do Decreto n.º 6040/2007) (grifou-se)

32. O Decreto n.º 8.750/2016, que institui o **Conselho Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais** (criado originalmente com outro nome pelo Decreto de 27 de dezembro de 2004 e alterado pelo Decreto de 13 de julho de 2006), com a finalidade, dentre outras, a de coordenar, acompanhar e monitorar a implementação e a regulamentação da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais-PNPCT (art. 2º, V). A representação governamental desse Conselho conta com a participação do ICMBio (art. 4º, § 1º, XV). Na representantes da sociedade civil, é reconhecida a existência de diversos segmentos de povos e comunidades tradicionais: I - povos indígenas; II - comunidades quilombolas; III - povos e comunidades de terreiro/povos e comunidades de matriz africana; IV - povos ciganos; V - pescadores artesanais; VI - extrativistas; VII - extrativistas costeiros e marinhos; VIII - caiçaras; IX - faxinalenses; X - benzedeiros; XI - ilhéus; XII - raizeiros; XIII - geraizeiros; XIV - caatingueiros; XV - vazanteiros; XVI - veredeiros; XVII - apanhadores de flores sempre vivas; XVIII - pantaneiros; XIX - morroquianos; XX - povo pomerano; XXI - catadores de mangaba; XXII - quebradeiras de coco babaçu; XXIII - retireiros do Araguaia; XXIV - comunidades de fundos e fechos de pasto; XXV - ribeirinhos; XXVI - cipozeiros; XXVII - andirobeiros; XXVIII - caboclos; e XXIX - juventude de povos e comunidades tradicionais. Verifica-se, portanto, que não há um rol taxativo de populações tradicionais.

33. O sistema federativo brasileiro propicia que os Estados e o Distrito Federal reconheçam populações tradicionais que, eventualmente, não tenham sido reconhecidas no plano federal. Esse reconhecimento formal, porém, não condiciona ou exclui a existência de outras populações tradicionais.

34. Nesse sentido, a doutrina de Paulo de Bessa Antunes^[8]:

As comunidades tradicionais oficialmente reconhecidas pelo estado brasileiro, certamente não esgotam o universo específico que pode ser muito mais vasto, pois é crescente o número de pequenas comunidades rurais que reivindicam o reconhecimento de seus status de comunidade tradicional. Este é um fenômeno que tem origens diversas e que, certamente, tende a se expandir, haja vista um longo processo de afirmação social de comunidades que passaram longos períodos marginalizadas e que ao se auto reconhecerem como grupo singular ganham em auto estima e respeito próprio. Todavia, não se pode deixar passar em branco o fato de que tais comunidades são muito diversas entre si e dificilmente se pode encontrar um ponto comum entre todas elas.

35. Há uma tendência de incluir no rol de populações tradicionais diversas comunidades urbanas e agrárias pobres independente de preencherem ou não os critérios subjetivos e objetivos acima referidos. O Ministério Público Federal (MPF), que atua judicial e extrajudicialmente nos casos envolvendo direitos e implementação de políticas públicas para comunidades indígenas, quilombolas e outras populações tradicionais, reconhece que é necessária a realização de estudos antropológicos e etnoambientais nos casos de identificação de povos e comunidades tradicionais habitantes em unidades de conservação, envolvendo profissionais de diversas áreas do conhecimento, de forma a possibilitar, entre outros, a caracterização do modo de vida tradicional das comunidades, a identificação de saberes que promovam, a conservação ambiental e a compatibilidade das atividades desenvolvidas com a adequada proteção à preservação ambiental.^[9]

36. A aferição dos critérios conformadores dos parâmetros que atestam a tradicionalidade de determinado território deverá levar em consideração aspectos históricos e características socioculturais de cada grupo. Por isso, não há uma fórmula única capaz de abarcar todos as populações tradicionais, incluindo indígenas e quilombolas, diante da diversidade e especificidades étnicas e culturais desses povos no Brasil.

37. O estudo antropológico é fundamental para se demonstrar concretamente o atendimento dos pressupostos constitucionais, convencionais, legais e regulamentares e concluir-se se a área é, ou não, tradicionalmente ocupada. Tanto é que a 6ª Câmara de Coordenação e Revisão – Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais do MPF editou Enunciado nº 22 com a seguinte redação: *“Em casos de sobreposição territorial entre comunidades tradicionais e/ou unidades de conservação, é necessária a realização de estudo antropológico para contextualizar a dinâmica sociocultural”*.

2. Da (nova) interpretação da Lei nº 9.985/2000.

38. Como visto, os povos e comunidades tradicionais possuem especial proteção pelo nosso ordenamento jurídico, motivo pelo qual é necessário buscar uma interpretação apaziguadora dos conflitos gerados pela implantação de Unidades de Conservação de Proteção Integral em territórios tradicionais. A compatibilização da presença das populações tradicionais com os objetivos da unidade deve ser abordada sob uma nova perspectiva, sem prejuízo dos modos de vida, das fontes de subsistência e dos locais de moradia destas populações, mas também garantindo sua permanência no território tradicional e o acesso aos recursos naturais que tradicionalmente utilizam para sua reprodução física, cultural e econômica.

39. Um dos objetivos do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC, é justamente o de *“proteger os recursos naturais necessários à subsistência de populações tradicionais”* (art. 4º, XIII, da Lei nº 9985/2000), além de ter como diretriz garantir *“às populações tradicionais cuja subsistência dependa da utilização de recursos naturais existentes no interior das unidades de conservação meios de subsistência alternativos ou a justa indenização pelos recursos perdidos”* (art. 5º, X, da Lei nº 9985/2000).



40. Há duas categorias de Unidades de Conservação de Uso Sustentável que são verdadeiros Territórios Tradicionais: as Reservas Extrativistas (art. 18) e as Reserva de Desenvolvimento Sustentável (art. 20). A presença de populações tradicionais que se beneficiam da exploração dos recursos naturais de maneira sustentável representa elemento fundamental de criação de unidades dessas categorias. Há, nesses casos, a realização concomitante e indissociável de duas vertentes do conceito moderno de meio ambiente: ao tempo em que se tutela determinado espaço territorial como ambientalmente protegido (art. 225, § 1º, III, da Constituição Federal), isso é feito garantindo-se a manutenção e perpetuação do meio devida tradicional, promovendo a reprodução cultural, social e econômica da respectiva comunidade, inerente ao direito fundamental à cultura (art. 216, II, da Constituição Federal). Nas Florestas Nacionais é admitida expressamente a permanência de populações tradicionais que a habitam quando de sua criação (art. 17, § 2º). Admite-se também em Área de Proteção Ambiental (art. 15) e em Área de Relevante Interesse Ecológico (art. 16) ocupação humana, inclusive de populações tradicionais, mas, em regra, essas outras categorias de Uso Sustentável não são criadas em razão delas, por elas, e sim com elas.

41. A Lei n.º 9.985/2000 contém uma especial previsão de elaboração de normas e ações específicas para compatibilizar a presença das populações tradicionais até que seja possível efetuar o seu reassentamento com indenização/compensação pelas benfeitorias existentes, nos casos de Unidades de Conservação nas quais não seja permitida a sua permanência:

Art. 42. As populações tradicionais residentes em unidades de conservação nas quais sua permanência não seja permitida serão indenizadas ou compensadas pelas benfeitorias existentes e devidamente realocadas pelo Poder Público, em local e condições acordados entre as partes.

§ 1º O Poder Público, por meio do órgão competente, priorizará o reassentamento das populações tradicionais a serem realocadas.

§ 2º Até que seja possível efetuar o reassentamento de que trata este artigo, serão estabelecidas normas e ações específicas destinadas a compatibilizar a presença das populações tradicionais residentes com os objetivos da unidade, sem prejuízo dos modos de vida, das fontes de subsistência e dos locais de moradia destas populações, assegurando-se a sua participação na elaboração das referidas normas e ações.

§ 3º Na hipótese prevista no § 2º, as normas regulando o prazo de permanência e suas condições serão estabelecidas em regulamento. (grifou-se)

42. Por sua vez, o Decreto n.º 4.340/2002, que regulamenta a referida lei, assim dispõe:

Art. 39. Enquanto não forem reassentadas, **as condições de permanência das populações tradicionais em Unidade de Conservação de Proteção Integral serão reguladas por termo de compromisso**, negociado entre o **órgão** executor e as populações, ouvido o conselho da unidade de conservação.

§ 1º O termo de compromisso deve indicar as áreas ocupadas, as limitações necessárias para assegurar a conservação da natureza e os deveres do órgão executor

referentes ao processo indenizatório, assegurados o acesso das populações às suas fontes de subsistência e a conservação dos seus modos de vida.

§ 2º O termo de compromisso será assinado pelo órgão executor e pelo representante de cada família, assistido, quando couber, pela comunidade rural ou associação legalmente constituída.

§ 3º O termo de compromisso será assinado no prazo máximo de um ano após a criação da unidade de conservação e, no caso de unidade já criada, no prazo máximo de dois anos contado da publicação deste Decreto.

§ 4º O prazo e as condições para o reassentamento das populações tradicionais estarão definidos no termo de compromisso. (grifou-se)

43. Da supracitada lei e de seu regulamento, depreende-se um duplo direito das populações tradicionais residentes em unidades de conservação de proteção integral, na qual sua permanência não seja admitida: o direito de serem indenizadas ou compensadas pelas benfeitorias existentes e, cumulativamente, o direito de serem reassentadas pelo Poder Público. Em outra perspectiva, verifica-se que (1) não se prevê a hipótese de manutenção permanente de populações tradicionais; (2) é permitido apenas o diálogo e o acordo de vontades no que se refere ao local e às condições da realocação; e (3) é estabelecido um regime transitório de compatibilização até que seja possível efetuar o reassentamento, por meio da celebração de um instrumento precário (termo de compromisso).

44. Marcelo Kokke^[10] propõe uma releitura do art. 42 da Lei n.º 9.985/2000, desfazendo a contraposição entre cultura e proteção ambiental e tendo como ponto central o vínculo territorial da população tradicional para com o espaço especialmente protegido. Diferencia **populações tradicionais inerentes** à diversidade biocultural afeta à unidade de conservação das **populações tradicionais residentes** que não precisam e não dependem de um espaço necessário e inamovível para sua identidade ser afirmada. Estas últimas, seriam as verdadeiras destinatárias do dispositivo legal, podendo ser reassentadas sem prejuízo à manutenção de sua tradicionalidade.

45. Há, ainda, **populações tradicionais não residentes**^[11], quando o perímetro da Unidades de Conservação de Proteção Integral não englobou os locais de moradia da comunidade, onde se situam as casas das famílias, mas incorporou parcela do território tradicional, o que pode incluir áreas de extrativismo, pesca, roçado, locais sagrados, de lazer, perambulação, dentre outros. Toda área de vida da comunidade, onde se dão as suas práticas tradicionais, compõe o território tradicional, e não apenas os locais de moradia. Em outras palavras, a ocupação tradicional de um território - e a utilização de seus recursos naturais - deve ser concebida em termos mais amplos do que somente para fins de moradia. Nesse sentido, talvez fosse mais adequado se a Lei n.º 9.985/2000 tivesse utilizado o termo “populações viventes”, e não apenas residentes. Cita-se o caso da comunidade pesqueira de Tarituba em relação à Estação Ecológica de Tamoios, nos autos do Processo SEI n.º 02070.003813/2009-08.

46. Em verdade, o principal critério norteador para o reassentamento consiste na manifestação de vontade prévia, livre e informada dessas populações tradicionais



de serem reassentadas. Nos casos em que ocorra o reassentamento de comunidade tradicional, hipótese que parece excepcional, deverão ser adotados os procedimentos previstos na Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobretudo no art. 16, o que será melhor explicitado adiante.

47. Portanto, é necessária uma releitura dessa lei, especialmente da sistemática de seu art. 42, que passe por um filtro constitucional e convencional e uma interpretação sistemática em relação ao ordenamento jurídico vigente. Buscase, assim, uma mudança de paradigma em como devem ser tratados os conflitos gerados pela implantação de Unidades de Conservação de Proteção Integral em territórios tradicionais.

2.1. Do Filtro Constitucional

48. No Brasil, após a redemocratização, a Constituição de 1988 passou a figurar no centro do sistema jurídico, desfrutando não só de supremacia formal, como de costume, mas também material e axiológica, potencializada pela força normativa e aplicação direta de suas regras e princípios. Fenômeno que se denomina **constitucionalização do direito infraconstitucional**. Além da incorporação no texto constitucional de normas próprias dos mais diversos ramos do Direito, como o Ambiental (art. 225), a principal marca de tal fenômeno é a reinterpretação de institutos jurídico sob a ótica constitucional. É o que se denomina **filtragem constitucional**, ou seja, toda a ordem jurídica deve ser lida e aplicada pela lente da Constituição, realizando os valores nela consagrados.[12]

49. Esse novo paradigma constitucional tem como marco filosófico o pós-positivismo, que sem desprezar o direito posto, busca ir além da legalidade estrita. Verifica-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato do texto normativo em abstrato, como é o caso da Lei do SNUC. Em algumas situações específicas, somente é possível produzir uma resposta constitucionalmente adequada ao caso concreto analisando os fatos relevantes sistematicamente com o texto constitucional como um todo.

50. No conjunto de ideias que permeiam constitucionalismo contemporâneo incluem-se, dentre outras, o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da **dignidade da pessoa humana**.

51. O catálogo dos direitos fundamentais encartado no Título II da Constituição de 1988 é aberto, conforme se depreende do disposto no art. 5º, § 2º, segundo o qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Daí porque, é possível reconhecer a fundamentalidade de outros direitos presentes dentro ou fora do texto constitucional. E o principal critério para o reconhecimento dos direitos fundamentais não inseridos no catálogo é a sua ligação ao princípio da dignidade da pessoa humana – epicentro axiológico da Constituição de 1988 (art. 1º, III), da qual aqueles direitos são irradiações.[13]

52. Para Daniel Sarmiento^[14], historicamente, a dignidade deixa de ser um privilégio de uma minoria e se torna um princípio universal, preocupado, não com o sujeito abstrato, mas com a pessoa concreta e socialmente enraizada. Com base em sua doutrina, o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser decomposto em quatro elementos principais: (1) valor intrínseco da pessoa; (2) autonomia; (3) mínimo existencial; e (4) reconhecimento intersubjetivo.

53. O **valor intrínseco** representa a ideia de que cada pessoa é um fim em si mesmo, que nunca pode ser tratado como apenas um meio para consecução de outros objetivos, por mais relevantes que eles sejam. Todas as pessoas tem - ou deveriam ter - a mesma dignidade, independentemente do seu *status* e da sua conduta. Não se admitem restrições relativas a fatores como gênero, idade, cor, orientação sexual, nacionalidade, deficiência, capacidade intelectual ou qualquer outro. E ninguém se despe da dignidade humana, ainda que cometa crimes gravíssimos, que pratique os atos mais abomináveis. ^[15] Isso quer dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana não é compatível com a instrumentalização da pessoa, mesmo que para persecução de finalidades relevantes, como, por exemplo, a preservação do meio ambiente.

54. A **autonomia** abarca a possibilidade real de fazer escolhas, ainda que não convencionais ou impopulares, sobre como conduzir a própria vida (liberdade fática). Não se confunde com a mera ausência de obstáculo estatal para atuação do(s) particular(es) – a chamada liberdade negativa. Daniel Sarmiento defende que as garantias para o exercício da liberdade não são apenas materiais, mas também socioculturais, fomentando o desenvolvimento de um *ethos* inclusivo e liberal. ^[16] **A liberdade constitucional, porém, não acoberta a possibilidade de causar danos a terceiros ou à coletividade^[17], aí incluído o direito das presentes e futuras gerações ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.**

55. A garantia do **mínimo existencial** corresponde às condições materiais básicas, sem as quais não existe vida digna. A sua proteção representa um “pisso” para a atuação do Estado no plano da justiça social, e não o seu “teto”.^[18] Ao lado da sua dimensão social, mais discutida, o mínimo existencial abarca ainda uma faceta ambiental ou ecológica^[19] de salvaguarda da existência de condições ambientais sem as quais não existe vida digna^[20], para as presentes ou futuras gerações.

56. A partir da Constituição de 1988, populações tradicionais conquistaram direitos fundamentais, ao passo que a permanência delas foi posteriormente prevista pela Lei do SNUC. O princípio da dignidade humana, sob uma visão antropocêntrica^[21] de proteção ao meio ambiente, que deve ser protegido para o ser humano, implica ao Estado garantir o mínimo existencial, qual seja, a sobrevivência digna dessas comunidades^[22], sobretudo as que precisam e dependem de um espaço necessário e inamovível para sua identidade ser afirmada.



57. Nesse cenário, os povos indígenas brasileiros, através da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB, com apoio de diversos partidos políticos, provocaram o STF, por meio da ADPF 709, em que diversos pedidos foram formulados no campo da saúde, e o aumento de invasões de terras indígenas, inclusive sobreprepostas com unidades de conservação, o que resultou na elaboração do Plano Geral de enfrentamento à COVID-19 para povos indígenas e, em paralelo, do Plano Operacional de atuação integrada em Terra Indígena Yanomami.

58. **O reconhecimento** é uma elemento central da dignidade da pessoa humana. A desvalorização da identidade dos integrantes de grupos não hegemônicos e a exigência de assimilação à cultura dominante, com silenciamento da diferença, são graves ofensas à dignidade.^[23] Pode ser conceituado como um direito **subjutivo ao igual respeito da identidade pessoal e sociocultural**. Em sua faceta negativa, veda práticas que desrespeitem a identidade das pessoas ou as estigmatizem. Em seu aspecto positivo, impõe ao Estado medidas para combater, vedar e superar esses estigmas, preconceitos e discriminações. Trata-se de um imperativo de adaptação ou acomodação razoável das minorias ou grupos vulneráveis, como indígenas, quilombolas e outros povos e comunidades tradicionais.^[24]

59. Para Marcelo Kokke, a *“luta por reconhecimento se manifesta juridicamente em pleitos de isonomia e tratamento igualitário a todos aqueles que se enxergam como integrantes do todo”*. Como bem destaca Daniel Sarmento^[25], a *“falta de reconhecimento oprime, instaura hierarquias, frustra a autonomia e causa sofrimento”*. Essa falta de reconhecimento sistemática traz reflexos para as relações econômicas e sociais, ao reduzir oportunidades a certos grupos e a dificultar o acesso a posições.

60. A exclusão decorrente de níveis extremos e duradouros de desigualdade, corrói a reciprocidade, destrói a imparcialidade da lei, o que enfraquece a integridade do Estado de Direito. A ofensa à dignidade de certos grupos, como indígenas, quilombolas e outros, embora relatada e conhecida, é invisível aos olhos da sociedade, não despertando uma reação moral significativa ou uma resposta política e jurídica adequada que gere uma mudança social.^[26]

61. O Direito pode ser usado de forma emancipatória para conferir proteção jurídica às vítimas impotentes perante um abismal desequilíbrio de armas, reféns da esperança de uma vida melhor, aprisionadas entre o apoio do Estado aos investimentos produtivos criadores de emprego e desenvolvimento econômico, e os impactos ambientais sofridos na pele, nos seus meios de vida.^[27] **No contexto das populações tradicionais em unidades de conservação, é hora de tornar protagonistas os invisíveis!**^[28]

62. A proteção dos Povos e Comunidades Tradicionais possui assento constitucional nos artigos 215 e 216. Observa-se a necessidade de proteção de seus direitos culturais, ou seja, da proteção de seu modo de vida, incluindo seus territórios tradicionais, sendo essencial ao exercício da vida com dignidade o que é, igualmente, um direito fundamental.

63. Daniel Sarmento^[29] destaca que “a proteção à cultura dispensada pela Constituição de 88 parte da premissa de que o pluralismo étnico e cultural é um objetivo da máxima importância a ser preservado e promovido, no interesse de toda a Nação”. Segundo ele:

Diferentemente das Constituições anteriores, a Carta de 88 não partiu de uma visão “monumentalista” sobre o patrimônio histórico e cultural, integrando-o antes em uma compreensão mais ampla, que se funda na valorização e no respeito às diferenças, e no reconhecimento da importância para o país da cultura de cada um dos diversos grupos que compõem a nacionalidade brasileira.

64. Como se vê, há uma preocupação expressa da Constituição em garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais, protegendo as manifestações culturais populares nacionais, incluindo seus modos de produzir e viver. Preocupação essa que abrange, evidentemente, as populações tradicionais que ainda exercem e praticam uma cultura rústica e profundamente vinculada ao território, distinta das formas culturais preponderantes no resto da sociedade.

65. Haveria um conflito, em tese, nos casos em que populações tradicionais estão inseridas em unidades de conservação nas quais sua permanência não seja permitida. Pode-se vislumbrar uma colisão entre, de um lado, o direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, inclusive por meio da proteção aos espaços territoriais especialmente protegidos (art. 225, § 1º, III) e, de outro, os direitos originários indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam (art. 231) e o direito de propriedade definitiva das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos (art. 68, ADCT), associados aos direitos culturais, destas e de outros povos e comunidades tradicionais (arts. 215 e 216).

66. A primeira medida a ser adotada é a tentativa de harmonização entre direitos supostamente colidentes (concordância prática). Segundo José Afonso da Silva^[30]:

O ser humano é, também, parte da Natureza. A proteção, preservação e conservação desta são feitas em função daquele. O fim da proteção do meio ambiente não é a proteção, mas porque, na concepção constitucional, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial à sadia qualidade de vida (art. 225). Logo, a proteção do meio ambiente deve fazer-se tanto quanto possível com o menor sacrifício das populações diretamente afetadas pela intervenção do Poder Público.

67. E arremata:

O ideal será compatibilizar a presença humana com os objetivos conservacionistas. Especialmente é desejável que se preserve as populações que convivem na área.

68. Aqui, convém reafirmar que, no julgamento da Pet 3388 (caso “Raposa Serra do Sol”), o STF reconheceu a compatibilidade seja no caso de área de conservação (uso sustentável), seja no de preservação ambiental (proteção integral), explicitando-se a **dupla afetação**, sob a administração do competente órgão de defesa ambiental em interlocução com a Funai. Nessa mesma linha, o STF reafirma a



aplicação do art. 68 do ADTC para os remanescentes das comunidades quilombolas na ADI 3239.

69. Ressalta-se também que na ADC 42 [31], o STF declarou a inconstitucionalidade das expressões “demarcadas” e “tituladas”, do art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 12.651/2012[32], sob o seguinte argumento:

A exigência de demarcação de terras indígenas e da titulação das **áreas** de povos e comunidades tradicionais, como pressuposto para a aplicação do aludido regime especial, viola o art. 231 da Constituição e o art. 68 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. Afinal, a demarcação e a titulação de territórios têm caráter meramente declaratório – e não constitutivo –, pelo que o reconhecimento dos direitos respectivos, inclusive a aplicação de regimes ambientais diferenciados, não pode depender de formalidades que nem a própria Constituição determinou.

70. Portanto, a interface com povos e comunidades tradicionais em unidades de conservação **não** depende de demarcação e titulação de seus territórios tradicionalmente ocupados.

71. É necessária atenção ainda para a correta percepção e análise da situação concreta, sendo possível que não haja, de fato, um conflito entre direitos fundamentais no plano concreto ou que esse conflito tenha sido ou possa ser equacionado por meio de um instrumento de gestão próprio.

72. No âmbito do Inquérito Civil Público (ICP) nº 1.00.000.000991/2010-55, instaurado pelo Ministério Público Federal, apura-se os entraves à garantia do direito à terra das comunidades quilombolas no Brasil. Segundo informações prestadas pelo Consultor-Geral da União, com base em dados do próprio ICMBio, a concentração de área protegidas na Amazônia Legal está, em sua maior parte, localizada justamente em territórios ocupados por comunidades tradicionais, tanto indígenas quanto quilombolas: *“A própria comunidade é a garantia de proteção à unidade, pois eles mantêm uma relação de dependência com o meio, não de exploração”*. [33]

73. A **Informação Técnica nº 3/2021-COGCOT/CGSAM/DISAT/GABIN/ICMBio** (SEI 8447184), acima transcrita, aponta que, “[e]m geral, os territórios ocupados por povos e comunidades tradicionais apresentam bom estado de conservação dos recursos naturais”. Traz, ainda, exitosos casos de gestão e mediação de conflitos para compatibilizar as características socioeconômicas e culturais dos grupos sociais envolvidos com a conservação da biodiversidade. Na **Reserva Biológica do Lago Piratuba**, no Amapá, o regramento para a pesca do pirarucu nos lagos da unidade, além de se ter contemplado os direitos sociais de uma comunidade tradicional (pescadores artesanais de Sucuriçu), obteve-se um claro aumento populacional da espécie. Na **Estação Ecológica da Serra Geral do Tocantins**, o conhecimento tradicional da comunidade quilombola acerca do manejo integrado do fogo levou a uma drástica redução dos incêndios tardios na unidade, a qual **figurava** todos os anos entre as que mais sofriam com incêndios catastróficos. No **Parque Nacional Marinho das Ilhas dos Currais**, no Paraná, o regramento para a pesca da tainha

e da cavala por pescadores artesanais das colônias de Matinhos e Pontal do Paraná no arquipélago que compõe a unidade passou a ser monitorado por um grupo de pesquisa da Universidade Federal do Paraná – UFPR e pelo Instituto de Pesca de São Paulo, instituições que participaram da construção do diálogo entre as partes envolvidas.

74. No equacionamento de eventual colisão, é necessário compatibilizar os direitos e interesses envolvidos, com base no princípio da proporcionalidade. Este princípio, cuja vigência no ordenamento brasileiro é hoje reconhecida pela doutrina e jurisprudência, pode ser desdobrado em três subprincípios, assim sintetizados por Luís Roberto Barroso^[34]:

(i) a adequação de uma medida para produzir determinado resultado (idoneidade do meio para realizar o fim visado), (ii) a necessidade da providência, sendo vedado o excesso (se houver meio menos gravoso para atingir o mesmo fim é ilegítimo o emprego do meio mais gravoso) e (iii) a proporcionalidade em sentido estrito, pela qual se afere se o fim justifica o meio, vale dizer, se o que se ganha é mais valioso do que aquilo que se sacrifica.

75. Considerando a possibilidade de **manutenção permanente** (ou sem prazo determinado) das **populações tradicionais inerentes** à diversidade biocultural afeta à unidade de conservação, que precisam e dependem desse espaço necessário e inamovível para sua identidade ser afirmada, vale conferir se tal solução preconizada está em conformidade com o princípio da proporcionalidade.

76. Em relação ao subprincípio da adequação, não haveria maiores dificuldades em afirmar que a possibilidade de manutenção permanente (ou sem prazo determinado) dessas populações tradicionais inerentes à diversidade biocultural afeta à unidade de conservação é apta à consecução dos direitos originários indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam (art. 231) e o direito de propriedade definitiva das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos (art. 68, ADCT), associados aos direitos culturais, destas e de outros povos e comunidades tradicionais (art. 215 e 216). A adequada compatibilização dessa permanência com a proteção aos espaços territoriais especialmente protegidos (art. 225, § 1º, III) está condicionada ao atendimento dos objetivos gerais, do zoneamento e das normas do respectivo plano de manejo da unidade, devendo ser regulada por instrumento de gestão próprio de caráter democrático e participativo, a exemplo dos casos mencionados na Informação Técnica nº 3/ 2021-COGCOT/CGSAM/DISAT/GABIN/ICMBio (SEI 8447184).

77. Relativamente à necessidade **ou exigibilidade**, não há outra medida exigível que cumprisse a mesma **finalidade**, uma vez que o espaço territorial especialmente protegido para as populações tradicionais inerentes afigura-se como verdadeiro “território tradicional”, necessário à afirmação da própria identidade. O vínculo territorial para com o espaço especialmente protegido não permite que as populações tradicionais inerentes sejam reassentadas sem prejuízo à manutenção de



sua tradicionalidade, sob pena de inconstitucionalidade, sobretudo no caso das terras indígenas e quilombolas. Sem tal garantia, estaria sendo violada a dignidade da própria comunidade com riscos de seu perecimento.

78. O critério norteador para o reassentamento consiste na manifestação de vontade prévia, livre e informada dessas populações tradicionais de serem reassentadas. O Poder Público deve proceder o reassentamento em local que permita condições de sobrevivência física, cultural e socioeconômica (mínimo existencial), não sendo suficiente o simples pagamento de indenização, a não ser que assim queira a própria comunidade. Ao mesmo tempo em que não cabe ao Estado impor obstáculos ao exercício da autonomia da comunidade, obrigando a manutenção da tradicionalidade, não pode, igualmente, forçar sua dissolução, afastando-se da obrigação constitucional de tutelar a cultura tradicional e o patrimônio cultural brasileiro.

79. Nessa linha de entendimento, Márcia Dieguez Leuzinger^[35] defende que:

(...) o art. 42 da Lei do SNUC deve ser interpretado em harmonia com o texto constitucional. Ora, se a defesa da identidade e das manifestações culturais é uma obrigação imposta ao Poder Público e estando, por outro lado, a manutenção da cultura das populações tradicionais diretamente ligada a sua relação com o meio ambiente e à coesão do grupo, é claro que não constitui opção do administrador simplesmente expulsá-las, ainda que mediante indenização, por semelhante compensação pecuniária certamente não permitiria a esses grupos sua sobrevivência com igual dignidade.

80. A 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF manifestou entendimento na parte final de seu Enunciado nº 25 no sentido de que o art. 42 da Lei nº 9.985/2000 é inconstitucional na parte em que possibilita a remoção de comunidades tradicionais.

81. Finalmente, passa-se à apreciação à luz do subprincípio da **proporcionalidade em sentido estrito** e, mais uma vez, a aludida interpretação do art. 42 da Lei nº 9.985/2000 responde positivamente ao teste. Cuida-se, agora, de sopesar os benefícios e ônus advindos da medida para os interesses constitucionais em conflito, o que deve ser realizado dentro do marco axiológico da Constituição de 1988.

82. Primeiro o **benefício**: a possibilidade de manutenção permanente (ou sem prazo determinado) das populações tradicionais inerentes em unidade de conservação de proteção integral, devidamente regulada, assegura que continuem vivendo no seu próprio território, com segurança jurídica e de acordo com os seus costumes e tradições. O mesmo tratamento deve ser conferido até que seja possível efetuar o reassentamento com indenização/compensação pelas benfeitorias existentes, ou mesmo, em último caso, a desafetação ou a recategorização da unidade. Trata-se de um benefício extremamente importante numa Constituição que se preocupa tanto

com a garantia da dignidade da pessoa humana dos grupos vulneráveis, com a proteção do patrimônio histórico-cultural e com a defesa do pluralismo étnico.

83. A título de referência, Kathryn Baragwanath e Ella Bayi, ao analisar dados de satélites no período entre 1982 e 2016, apontam que os territórios indígenas, quando finalizado o processo de demarcação, são eficazes na redução significativa do desmatamento, em comparação com áreas não demarcadas. Cumprem não apenas um papel de direitos humanos, mas também são uma forma econômica de governos preservarem suas áreas florestais e atingirem as metas climáticas.^[36] Em caso de sobreposição, há que se considerar as sinergias benéficas decorrentes da presença das comunidades tradicionais nas unidades de conservação, conforme já explicitado acima. Reciprocamente, as unidades contribuem para a proteção das comunidades tradicionais, ao tempo em que protegem os territórios tradicionais e o patrimônio biocultural neles inserido. Assim, as **áreas** sobrepostas, se geridas na perspectiva da convivência com os comunidades tradicionais e da compatibilização de direitos, podem representar soma de proteções em um regime de **dupla proteção**.

84. O **ônus**, superável pelo apontado benefício, seria, em tese, o uso direto dos recursos naturais em unidades de conservação de proteção integral. Como visto acima, especialmente na Informação Técnica nº 3/2021-COGCOT/CGSAM/DISAT/GABIN/ICMBio (SEI 8447184), esse suposto ônus atua em favor e não contra a conservação da biodiversidade nos espaços territoriais especialmente protegidos. Sobre esse ponto, é importante mencionar que até mesmo o uso público em Parques Nacionais pode gerar impacto maior do que aquele produzido pelo uso direto de recursos naturais, consoante as inúmeras balizadas referências apontadas por Márcia Dieguez Leuzinger.^[37]

85. A própria Lei nº 9.985/2000 admite, no § 1º do art. 7º, exceções ao regime de proteção integral em casos nela previstos, ou seja, a possibilidade de uso direto de recursos naturais de unidades de conservação de proteção integral. O entendimento manifestado no **PARECER n. 00146/2018/COMAF/PFE-ICMBIO/PGF/AGU**^[38] (SEI 3921063) e no **PARECER n. 00155/2018/COMAF/PFE-ICMBIO/PGF/AGU**^[39] (SEI 3998727), foi de que não são absolutas as vedações de intervenção em Unidades de Conservação, ainda que do Grupo de Proteção Integral, a exemplo da *“implantação de estruturas físicas necessárias à gestão da unidade”*, nos termos da parte final do inciso XVII do art. 2º da referida lei. Se é possível excepcionar o regime de proteção integral para contemplar finalidades materiais ou patrimoniais, como uma estrada ou um imóvel, porque não seria para atender valores existenciais da Constituição (lei constitucional)?

86. Basta um exame racional, realizado à luz da axiologia constitucional, para concluir que as restrições impostas ao regime de proteção integral são – ou podem ser – compensadas pelos benefícios obtidos, que se traduzem no reconhecimento e respeito aos direitos territoriais e culturais de povos e comunidades tradicionais, aliada à ganhos em conservação no que toca à gestão ambiental de unidades de conservação.

87. Conclui-se que a solução preconizada atende plenamente a proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

2.2. Do Filtro Convencional

88. Os direitos dos povos indígenas, além de evidentemente abrangidos pelos documentos internacionais que consagram direitos a todos os seres humanos, são objeto de proteção em instrumentos específicos, os quais contemplam, de forma expressa, os direitos dos índios sobre suas terras de ocupação tradicional, a exemplo da **Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)**.

89. **A Convenção nº 169 da OIT**, em pleno vigor na ordem jurídica brasileira [40], versa não apenas sobre povos indígenas, mas também sobre outros povos “*cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial*”.

90. O ponto de partida do filtro convencional é a essencialidade da oitiva dos povos indígenas, além dos quilombolas, para a solução das sobreposições existentes, considerando as peculiaridades dos casos concretos, na forma do art. 6º:

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:
 - a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;
 - b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;
 - c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.
2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

91. No que diz respeito à garantia do direito à terra das populações indígenas, o regime jurídico instituído pela referida Convenção revela plena convergência com aquele estabelecido pela Constituição de 1988, centrando-se na proteção desses espaços territoriais em favor dos índios, por meio de institutos jurídicos capazes de conferir segurança, estabilidade e eficácia à permanência dos índios nas terras que tradicionalmente ocupam, e na vedação de quaisquer atos de remoção forçada e arbitrária das comunidades indígenas de suas terras.

92.

Destaque-se o dispõe o item 1 do artigo 14:

1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.

93.

Igualmente merece destaque o artigo 16, principal critério norteador em relação ao traslado e reassentamento desses povos:

1. Com reserva do disposto nos parágrafos a seguir do presente Artigo, os povos interessados não deverão ser trasladados das terras que ocupam.

2. Quando, excepcionalmente, o traslado e o reassentamento desses povos sejam considerados necessários, só poderão ser efetuados com o consentimento dos mesmos, concedido livremente e com pleno conhecimento de causa. Quando não for possível obter o seu consentimento, o traslado e o reassentamento só poderão ser realizados após a conclusão de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes públicas, quando for apropriado, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados.

3. Sempre que for possível, esses povos deverão ter o direito de voltar a suas terras tradicionais assim que deixarem de existir as causas que motivaram seu traslado e reassentamento.

4. Quando o retorno não for possível, conforme for determinado por acordo ou, na ausência de tais acordos, mediante procedimento adequado, esses povos deverão receber, em todos os casos em que for possível, terras cuja qualidade e cujo estatuto jurídico sejam pelo menos iguais aqueles das terras que ocupavam anteriormente, e que lhes permitam cobrir suas necessidades e garantir seu desenvolvimento futuro. Quando os povos interessados preferirem receber indenização em dinheiro ou em bens, essa indenização deverá ser concedida com as garantias apropriadas.

5. Deverão ser indenizadas plenamente as pessoas trasladadas e reassentadas por qualquer perda ou dano que tenham sofrido como consequência do seu deslocamento.

94.

Aqui, está um dos aspectos centrais da filtragem convencional do art. 42 da Lei nº 8.985/2000. O principal critério norteador para o reassentamento consiste na manifestação de vontade prévia, livre e informada dessas populações tradicionais de serem reassentadas. Nos casos em que ocorra o reassentamento, hipótese que parece excepcional, deverão ser adotados os procedimentos previstos no art. 16 da Convenção nº 169, da OIT.

95.

Por ser considerada um tratado de direitos humanos, eventual violação pelo Estado Brasileiro ao que foi disposto nessa Convenção pode ser discutido perante a **Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)**[⁴¹], a



qual já proferiu decisões paradigmáticas sobre importância do território para povos e comunidades tradicionais. No caso da Comunidade Indígena Yakye v. Paraguai, decidido em 17 de junho de 2005, a Corte observou que *“a garantia do direito de propriedade comunitária dos povos indígenas deve levar em conta que a terra está estreitamente relacionada com as suas tradições e expressões orais, seus costumes e línguas, suas artes e rituais, seus conhecimentos e usos relacionados com a natureza, suas artes culinárias, seu direito consuetudinário, sua vestimenta, filosofia e valores. Em função do seu entorno, sua integração com a natureza e sua história, os membros das comunidades indígenas transmitem de geração em geração este patrimônio cultural imaterial”*.

96. Apesar de, a princípio, existir alguma dúvida sobre se essa Convenção se aplicaria aos povos tradicionais não indígenas, a Corte Interamericana de Direitos Humanos manifestou-se no sentido de afirmar a aplicabilidade da Convenção à população quilombola Saramaka, reconhecendo como tribais comunidades cujas condições culturais, econômicas e sociais são distintas e estabelecendo a obrigação do Estado em reconhecer direitos específicos a esses povos com o intuito de permitir as suas sobrevivências. Segue trecho da decisão do caso Saramaka Vs. Suriname, 28/11/2007:

A Corte não encontra uma razão para se afastar desta jurisprudência no presente caso. Por isso, este Tribunal declara que os membros do povo Saramaka devem ser considerados como uma comunidade tribal e que a jurisprudência da Corte a respeito do direito de propriedade dos povos indígenas também é aplicável aos povos tribais em virtude de que compartilham características sociais, culturais e econômicas distintivas, incluindo a relação especial com seus territórios ancestrais, o que requer medidas especiais conforme o Direito Internacional dos Direitos Humanos a fim de garantir a sobrevivência física e cultural deste povo.

97. No julgamento da ADI 3239, o STF reconheceu que a Convenção 169 da OIT também constitui fundamento de validade do Decreto nº 4.887/2003, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos. Na ementa do julgado constou a seguinte referência:

Nos casos *Moiwana v. Suriname* (2005) e *Saramaka v. Suriname* (2007), a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu o direito de propriedade de comunidades formadas por descendentes de escravos fugitivos sobre as terras tradicionais com as quais mantêm relações territoriais, ressaltando o compromisso dos Estados partes (Pacto de San José da Costa Rica, art. 21) de adotar medidas para garantir o seu pleno exercício.

98. O status normativo supralegal das convenções e tratados internacionais que versem sobre direitos humanos^[42] – ou mesmo em matéria ambiental^[43] –, subscritos pelo Brasil, abre a possibilidade do controle de convencionalidade da legislação infraconstitucional, mais precisamente, no caso, do art. 42 da Lei nº 9.985/2000. Nas palavras de Valério Mazzuoli^[44], trata-se de *“adaptar ou conformar os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para estes deveres no plano internacional com reflexos práticos no plano do seu direito interno”*.

99. Partindo-se de um constitucionalismo global, a Tiago Fensterseifer [45] aponta a existência não só de um diálogo de fontes normativas multinível (subnacional, nacional, comparado e internacional), como também de um verdadeiro fenômeno de diálogo de Cortes de Justiça (ou diálogo jurisprudencial).

100. Portanto, os direitos territoriais dos povos indígenas, quilombolas e outras comunidades tradicionais têm fundamento constitucional (art. 215, art. 216 e art. 231 da CF 1988; art. 68 ADCT/CF) e convencional (Convenção nº 169 da OIT).

2.3. Da interpretação sistemática da legislação infraconstitucional

101. A interpretação sistemática da legislação infraconstitucional permite que se conceba a coexistência compatível e permanente entre unidades de conservação de proteção integral e povos e comunidades tradicionais inerentes, inatos ou à elas originários.

102. Partindo da própria Lei nº 9.985/2000, o seu art. 57 determina que os órgãos federais responsáveis pela execução das políticas ambiental e indigenista proponham diretrizes para a regularização das eventuais superposições entre áreas indígenas e unidades de conservação.

103. Em 2002, foi promulgado o Decreto nº 4.339, que institui a **Política Nacional da Biodiversidade**, trazendo como objetivos específicos do Componente 2 – Conservação da Biodiversidade “11.2.8. *promover o desenvolvimento e a implementação de um plano de ação para solucionar os conflitos devidos à sobreposição de unidades de conservação, terras indígenas e de quilombolas*”. Já o Decreto nº 6.040/2007 – que institui a **Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (PNPCT)**, não faz distinção, em seu anexo, entre as populações tradicionais, prescrevendo, como um de seus objetivos específicos “*solucionar ou minimizar os conflitos gerados pela implantação de Unidades de Conservação de Proteção Integral em territórios tradicionais e estimular a criação de Unidades de Conservação de Uso Sustentável*” (art. 2º, II). Essa Política Nacional tem como objetivo geral não somente o reconhecimento, mas também o fortalecimento e a garantia dos direitos dos Povos e Comunidades Tradicionais.

104. O Decreto nº 7.747/2012, que institui a **Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas – PNGATI**, estabelece, dentre outras, as seguintes diretrizes: “protagonismo e autonomia sociocultural dos povos indígenas, inclusive pelo fortalecimento de suas organizações, assegurando a participação indígena na governança da PNGATI, respeitadas as instâncias de representação indígenas e as perspectivas de gênero e geracional” e “contribuição para a manutenção dos ecossistemas nos biomas das terras indígenas por meio da proteção, conservação e recuperação dos recursos naturais imprescindíveis à reprodução física e cultural das presentes e futuras gerações dos povos indígenas” (art. 3º, III e V, respectivamente). Inclui entre os objetivos específicos da PNGATI, estruturados em eixos, o de “elaborar e implementar, com a participação dos povos

indígenas e da FUNAI, planos conjuntos de administração das áreas de sobreposição das terras indígenas com unidades de conservação, garantida a gestão pelo órgão ambiental e respeitados os usos, costumes e tradições dos povos indígenas” (art. 4º, III, b).

105. O Plano Plurianual da União para o período de 2016 a 2019 (Lei nº 13.249/2016) previu como “*OBJETIVO: 1013 - Promover a gestão territorial e ambiental das terras indígenas*”, sendo a “*Iniciativa 04M8 - Articulação da elaboração de instrumentos que promovam a gestão compartilhada em Terras Indígenas e Unidades de Conservação Federais*”. Havia também o “*OBJETIVO: 1070 - Fortalecer o Sistema Nacional de Unidades de Conservação e Consolidar as Unidades de Conservação Federais*”, sendo a “*Iniciativa 0539 - Fortalecimento do envolvimento dos povos e comunidades tradicionais na gestão territorial para conservação da biodiversidade por meio da qualificação e implementação dos instrumentos de gestão existentes*”.

106. Quanto aos quilombolas, o Decreto nº 4.887, de 2003, prevê, no art. 11, que sejam tomadas as medidas cabíveis para garantir a sustentabilidade destas comunidades quando suas terras tradicionais estiverem sobrepostas às unidades de conservação já constituídas. Há, no dispositivo regulamentar, um comando expresso de conciliar o interesse do Estado, o qual, como visto, deve ser o de garantir a propriedade definitiva das terras tradicionalmente ocupadas, associados aos seus direitos culturais, em concordância prática com os objetivos conservacionistas.

107. A sustentabilidade é um conceito polissêmico, que comporta não apenas uma dimensão ecológica ou ambiental, mas também as dimensões econômico-financeira e social.^[46] Nesse contexto, essas dimensões estão relacionadas entre si, uma vez que a gestão racional do território tradicional e de seus recursos naturais é condição para reprodução social e econômica dos povos e comunidades tradicionais. No **PARECER n. 00016/2018/DFUND/PFE-ICMBIO/PGF/AGU**^[47] (SEI 3120698), o Procurador Federal Bruno Rodrigues de Arruda e Silva bem lembrou que:

A proteção à dignidade dos povos tradicionais deve ser garantia por meio da promoção e fomento de atividades de geração de renda para essas pessoas. Trata-se da aplicação do conceito de inclusão produtiva preconizada como objetivo da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais - PNPCT.

108. Afinal, a mesma Constituição que tutela o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225) e, para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público definir espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos (art. 225, § 1º, III) também estabelece o compromisso com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e com a redução das desigualdades sociais (art. 3º, I e III).

109. A atuação administrativa do órgão gestor das unidades de conservação deve estar atenta aos efeitos práticos dela decorrentes. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro — LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942), na condição de norma de sobredireito, espelha, no art. 20, incluído pela Lei nº 13.655, de 2018, essa visão consequencialista^[48]:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

110. A legislação infraconstitucional lida de forma sistemática mostra uma mudança de paradigma em como devem ser tratados os conflitos gerados pela implantação de Unidades de Conservação de Proteção Integral em territórios tradicionais. Cumpre abandonar a postura, no geral, passiva de outrora – ressalvados os exitosos caso relatados, que fecha os olhos para o problema e agrava a invisibilidade dos povos e comunidades tradicionais em prol da integridade de um regime de proteção integral abstrato. Passa-se a enfrentar em concreto a sobreposição de políticas públicas de igual modo garantidas constitucionalmente, de forma resolutiva, dinâmica e dialógica.

3. Das medidas ou instrumentos de compatibilização.

111. A partir dos fundamentos expostos nos tópicos anteriores, há que se ter em mente que a tutela jurídica de situações flagrantemente carecidas de proteção não pode ficar dependente de enquadramentos conceituais em abstrato, por vezes afastados da realidade e desatualizados. Exige-se de uma entidade federal da importância do ICMBio, que tome decisões aderentes à realidade, assegurando uma proteção efetiva dos povos e comunidades tradicionais em unidades de conservação.

112. As medidas administrativas e instrumentos de gestão, já existentes, inclusive aqueles até então aplicáveis somente às unidades de conservação de uso sustentável, devem ser repensadas sob uma perspectiva finalística mais ampla, direcionados à compatibilização da proteção do meio ambiente natural com o reconhecimento do patrimônio cultural intrínseco aos territórios tradicionais. Alguns deles podem ser tomados ou utilizadas em conjunto e/ou em caráter complementar.

113. A primeira, e mais drástica, é a **supressão parcial** do espaço territorial especialmente protegido, na forma do art. 225, § 1º, III, da Constituição Federal, compreendida como uma **desafetação parcial** do regime jurídico ambiental desse espaço, mediante a redução dos limites da unidade de conservação de proteção integral, excluindo-se a área conflitiva considerada como território tradicional. Conforme prevê o referido dispositivo constitucional em cotejo com o art. 22, § 7º, da Lei nº 9.985/2000, essa medida está condicionada à reserva legal em sentido formal e material, ou seja, em regra, não se admite ser realizada por meio de medida provisória. [49] Não exige a elaboração de estudo técnico, tratando-se juízo político que, salvo manifesta irrazoabilidade, não deve ser revisto pelo Poder Judiciário. [50] Poderia ser adotada, por exemplo, quando for a área conflitiva reconhecida formalmente como Terra Indígena ou Quilombola e, concretamente, impossível manter o regime de **dupla afetação**. Nesse contexto, é importante que se considere compensar tal exclusão com a ampliação dos limites da unidade de conservação em outro ponto, incluindo-se área que possua potencial conservacionista. Essa ampliação compensatória, por modificar os limites originárias, também deve ser realizada por lei específica, não se aplicando o § 6º



do art. 22 da Lei nº 9.985/2000, ou seja, não pode ser feita por instrumento normativo do mesmo nível hierárquico do que criou a unidade.

114. A **recategorização** consiste na transformação, total ou parcial (apenas na porção de uso direto dos recursos naturais), de uma das categorias de unidade de conservação de proteção integral para de uso sustentável, especialmente em relação às categorias Reserva Extrativista ou Reserva de Desenvolvimento Sustentável. Deve ser precedida de estudos técnicos e consulta pública que permitam identificar a localização, a dimensão e os limites mais adequados para a nova formatação da unidade. Nesse processo de consulta, cumpre que sejam fornecidas informações adequadas e inteligíveis à participação efetiva da população tradicional beneficiária. Essa via de recategorização, por significar uma redução do regime de proteção ambiental, deve ser realizada por lei específica, não se aplicando o § 5º, mas o § 7º, ambos do art. 22 da Lei nº 9.985/2000, ou seja, não pode ser feita por instrumento normativo do mesmo nível hierárquico do que criou a unidade.

115. Apesar de abordadas de início, essas duas medidas devem ser as últimas a serem aventadas, após esgotadas todas as possibilidades de compatibilização. Assumindo uma nova perspectiva em relação às **áreas** de sobreposição, de que não representem, por si só, fator de risco ao meio ambiente, alternativas como a desafetação ou a recategorização, embora possíveis, tendem a perder a relevância.

116. O Plano de Manejo, como instrumento de gestão mais importante da Unidade de Conservação, deve ser construído considerando o reconhecimento técnico da presença da população tradicional. Nesse sentido, é necessária a instituição de um **zoneamento administrativo específico**, mediante a instauração de processo participativo que permita aprendizagem social e a valorização dos saberes locais/tradicionais sobre o manejo dos recursos naturais. Na metodologia de elaboração e revisão de planos de manejo, regulada pela Instrução Normativa ICMBio nº 7/2017, há previsão, no art. 3º, IX, da obrigação de *“buscar a participação das representações indígenas e quilombolas, quando a UC envolver sobreposição com terras indígenas ou terras de remanescentes de quilombos, incluindo o diálogo com a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) ou Fundação Cultural Palmares (FCP)”*.

117. No Roteiro Metodológico para Elaboração e Revisão de Planos de Manejo do ICMBio (2018)[⁵¹] são previstas duas zonas de uso diferenciado:

Zona de Sobreposição Territorial

É a zona que contém áreas nas quais há sobreposição do território da unidade de conservação com outras áreas protegidas, tais como outras Unidades de Conservação, os territórios indígenas declarados e terras quilombolas delimitados nos termos da legislação vigente. Nesta zona, o manejo e a gestão serão regulados por acordos específicos estabelecidos de forma a conciliar os usos daquelas populações e a conservação ambiental.

Zona de Uso Divergente

É a zona que contém ambientes naturais ou antropizados, onde ocorrem populações

humanas ou suas áreas de uso, cuja presença é incompatível com a categoria de manejo ou com os objetivos da unidade de conservação, admitindo-se o estabelecimento de instrumento jurídico para compatibilização da presença das populações com a conservação da área, lhes garantindo segurança jurídica enquanto presentes no interior da unidade de conservação. Essas populações estarão sujeitas às ações de consolidação territorial pertinentes a cada situação. Caso sejam populações tradicionais conforme definição do Decreto nº 6.040/2007, deve-se observar o Art. 42 da Lei nº 9.985/2000. Zona não utilizada para Área de Proteção Ambiental. Zona Provisória, uma vez realocada a população ou efetivada outra forma de consolidação territorial, esta será incorporada a outra(s) zona(s) permanente(s).

118. A lógica da primeira zona poderia ser utilizada para as populações tradicionais inerentes ou inatas e a da segunda zona para as populações tradicionais residentes. Convém registrar que a nomenclatura não parece amistosa para os fins conciliatórios/conformadores ora buscados, havendo sugestão de uma Zona de uso exclusivo histórico-antropológico-cultural específica para os povos e comunidades tradicionais^[52] ou de Zona Histórico-Cultural Antropológica, de modo a proteger e valorizar os aspectos imateriais do patrimônio cultural desses povos.^[53]

119. Além dessas medidas, poderiam ser utilizados três instrumentos de gestão abaixo mencionados.

120. **O Termo de Compromisso** é o instrumento precário previsto no §2º do art. 42 da Lei n.º 9985/2000 em conjunto com o *caput* do art. 39 do Decreto 4.340/2002, cujo procedimento é regulamentado pela Instrução Normativa ICMBio nº 26/2012. Esse instrumento está pautado na lógica de um regime transitório de compatibilização dos objetivos da unidade de conservação de proteção integral com a presença das populações tradicionais residentes, até que seja possível efetuar o reassentamento. Não há dúvida quanto aos seus benefícios, conforme apontado na Informação Técnica nº 3/2021-COGCOT/CGSAM/DISAT/GABIN/ICMBio (SEI 8447184). A questão que se coloca é a de que o compromisso passe a considerar a possibilidade de manutenção permanente das populações tradicionais inerentes à diversidade biocultural afeta à unidade de conservação, de modo a assegurar os direitos originários indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam (art. 231) e o direito de propriedade definitiva das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos (art. 68, ADCT), associados aos direitos culturais, destas e de outros povos e comunidades tradicionais (art. 215 e 216), sob pena de inconstitucionalidade. E isso significa que a vigência do compromisso não ficaria condicionada à apresentação da proposta concreta para a consolidação territorial da unidade de conservação ou mesmo sua desafetação ou recategorização. A solução definitiva para a sobreposição pode ser, por exemplo, aquela prevista no próprio termo de compromisso ou em outro instrumento a ser celebrado posteriormente, sem prejuízo do monitoramento e de avaliações periódicas, com a sistematização e o registro dos resultados, a fim de subsidiar eventuais ajustes das obrigações pactuadas.

121. **O Contrato de Concessão de Direito Real de Uso – CCDRU**^[54] está previsto no Decreto-Lei nº 271/1967 (art. 7º); na Lei nº 9.636/1998; e na Lei nº



11.481/2007. A legislação aplicável remete a tal instrumento para fins de promoção da regularização fundiária de interesse social, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas e preservação das comunidades tradicionais e de seus meios de subsistência. Nessa última hipótese, é um instrumento jurídico para que o ICMBio possa conceder às associações representativas das comunidades tradicionais do direito real de uso, oponível a terceiros, sobre áreas públicas, das quais detenha a dominialidade, no interior de unidade de conservação. Por ser juridicamente mais robusto, poderia melhor selar uma verdadeira aliança em prol de salvaguardar e promover os direitos das comunidades tradicionais inerentes ou inatos às unidades de proteção integral, cujos modos de fazer, viver e criar são fundamentais para a conservação da biodiversidade em uma determinada área geográfica revestida de especial importância ambiental, ou seja, formaliza uma dupla proteção. Nessa linha de entendimento, os Processos SEI nº 02070.008726/2019-19 e 02070.008729/2019-44 (Territórios Quilombolas Alto Trombetas I e Alto Trombetas II sobrepostos à Reserva Biológica de Trombetas e à Floresta Nacional do Saracá-Taquera, no Estado do Pará/PA).

122. O **Acordo de Gestão** é um instrumento complementar tratado na Instrução Normativa ICMBio nº 29, de 05 de setembro de 2012, que contém as regras construídas e definidas pela população tradicional beneficiária da Unidade de Conservação de Uso Sustentável e o Instituto Chico Mendes quanto às atividades tradicionalmente praticadas, o manejo dos recursos naturais, o uso e ocupação da área e a conservação ambiental (art. 2º). Um de seus requisitos é a existência de interesse, por parte das populações tradicionais, na manutenção e utilização dos recursos naturais como instrumento de reprodução social (art. 6º, II). Poderia ser utilizado, de forma adaptada, para a gestão de territórios de povos e comunidades tradicionais inerentes ou inatos às unidades de proteção integral, como mais um tipo de instrumento de conciliação/conformação. Em se tratando de situação não prevista na referida Instrução Normativa, deve ser analisada pela Diretoria de Ações Socioambientais e Consolidação Territorial em Unidades de Conservação – DISAT, na forma do seu art. 22. [55]

123. Por fim, é recomendável a criação de uma **Câmara Temática**, de caráter permanente, no âmbito do respectivo Conselho Consultivo. Trata-se de instância de apoio ao Conselho para discutir essas e outras medidas e os termos dos instrumentos de gestão a serem adotados em busca de solucionar ou minimizar os conflitos gerados pela coexistência do território tradicional com os objetivos conservacionistas da unidade, como, por exemplo, a *“instituição de regimes especiais de manejo da biodiversidade e dos recursos naturais com planos de etnodesenvolvimento e de gestão territorial e ambiental”*. [56]

III - CONCLUSÃO

124. Por todo o exposto, opina-se pela releitura da Lei nº 9.985/2000, especialmente as regras relativas ao seu art. 42, passando por um filtro constitucional e convencional e interpretação sistemática em relação ao ordenamento jurídico vigente, no sentido de se considerar a possibilidade de manutenção permanente das populações tradicionais inerentes à diversidade biocultural afeta à unidade de conservação, que

precisam e dependem desse espaço necessário e inamovível para sua identidade ser afirmada, conforme fundamentação do presente parecer. A partir dessa mudança de paradigma, a Administração deve buscar a resolução dos conflitos gerados pela implantação de Unidades de Conservação de Proteção Integral em territórios tradicionais, considerando as medidas e instrumentos de gestão propostos.

125. Essa releitura impõe à Administração: (1) a reavaliação dos termos de compromisso até então celebrados com populações tradicionais inerentes, sob a lógica da transitoriedade (regime de transição), sem que se frustre a confiança legítima depositada nos atos administrativos já praticados; e (2) a conformação no plano de manejo, em zoneamento específico, da gestão e do manejo dos recursos naturais do espaço territorial em regime de dupla afetação (ou dupla proteção).

À consideração do Procurador-Chefe Nacional. Rio de Janeiro, 04 de outubro de 2021.

Frederico Rios Paula Procurador Federal

Procuradoria Federal Especializada junto ao ICMBio

Coordenador Substituto da Coordenação
de Processos Autorizativos e Residual – CPAR

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00810001628202040 e da chave de acesso 651d8f5c

Notas

1. ^ NUP 02121.001913/2019-11, Seq. 4.

2. ^ STF RE 1017365 RG, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2019, DJe de 11/04/2019.

3. ^ “Art. 57. Os órgãos federais responsáveis pela execução das políticas ambiental e indigenista deverão instituir grupos de trabalho para, no prazo de cento e oitenta dias a partir da vigência desta Lei, propor as diretrizes a serem adotadas com vistas à regularização das eventuais superposições entre áreas indígenas e unidades de conservação. Parágrafo único. No ato de criação dos grupos de trabalho serão fixados os participantes, bem como a estratégia de ação e a abrangência dos trabalhos, garantida a participação das comunidades envolvidas.”

4. ^ RODRIGUES, Priscilla Cardoso; FERREIRA, Rafael Reis. Sobreposição de unidades de conservação em terras indígenas no estado de Roraima. In VITA, Jonathan Barros; NASCIMENTO, Valéria Ribas do; RIBEIRO, Daniela Menengoti (coord). Direitos fundamentais e democracia II. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 303-317.



Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e6be4c22a5963ab0>> .

5. ^ STF. Pet 3388, Relator(a): CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, DJe 01/07/2010.

6. ^ EMENTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO Nº 4.887/2003. PROCEDIMENTO PARA IDENTIFICAÇÃO, RECONHECIMENTO, DELIMITAÇÃO, DEMARCAÇÃO E TITULAÇÃO DAS TERRAS OCUPADAS POR REMANESCENTES DAS COMUNIDADES DOS QUILOMBOS. ATO NORMATIVO AUTÔNOMO. ART. 68 DO ADCT. DIREITO FUNDAMENTAL. EFICÁCIA PLENA E IMEDIATA. INVASÃO DA ESFERA RESERVADA A LEI. ART. 84, IV E VI, “A”, DA CF. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. INOCORRÊNCIA. CRITÉRIO DE IDENTIFICAÇÃO. AUTOATRIBUIÇÃO. TERRAS OCUPADAS. DESAPROPRIAÇÃO. ART. 2º, CAPUT E §§ 1º, 2º E 3º, E ART. 13, CAPUT E § 2º, DO DECRETO Nº 4.887/2003. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. INOCORRÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. Ato normativo autônomo, a retirar diretamente da Constituição da República o seu fundamento de validade, o Decreto nº 4.887/2003 apresenta densidade normativa suficiente a credenciá-lo ao controle abstrato de constitucionalidade. 2. Inocorrente a invocada ausência de cotejo analítico na petição inicial entre o ato normativo atacado e os preceitos da Constituição tidos como malferidos, uma vez expressamente indicados e esgrimidas as razões da insurgência. 3. Não obsta a cognição da ação direta a falta de impugnação de ato jurídico revogado pela norma tida como inconstitucional, supostamente padecente do mesmo vício, que se teria por repristinada. Cabe à Corte, ao delimitar a eficácia da sua decisão, se o caso, excluir dos efeitos da decisão declaratória eventual efeito repristinatório quando constatada incompatibilidade com a ordem constitucional.

4. O art. 68 do ADCT assegura o direito dos remanescentes das comunidades dos quilombos de ver reconhecida pelo Estado a propriedade sobre as terras que histórica e tradicionalmente ocupam – direito fundamental de grupo étnico-racial minoritário dotado de eficácia plena e aplicação imediata. Nele definidos o titular (remanescentes das comunidades dos quilombos), o objeto (terras por eles ocupadas), o conteúdo (direito de propriedade), a condição (ocupação tradicional), o sujeito passivo (Estado) e a obrigação específica (emissão de títulos), mostra-se apto o art. 68 do ADCT a produzir todos os seus efeitos, independentemente de integração legislativa. 5. Disponíveis à atuação integradora tão-somente os aspectos do art. 68 do ADCT que dizem com a regulamentação do comportamento do Estado na implementação do comando constitucional, não se identifica, na edição do Decreto 4.887/2003 pelo Poder Executivo, mácula aos postulados da legalidade e da reserva de lei. Improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade formal por ofensa ao art. 84, IV e VI, da Constituição da República. 6. O compromisso do Constituinte com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e com a redução das desigualdades sociais (art. 3º, I e III, da CF) conduz, no tocante ao reconhecimento da propriedade das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, à convergência das dimensões da luta pelo reconhecimento – expressa no fator de determinação da identidade distintiva de grupo étnico-cultural – e da demanda por justiça socioeconômica, de caráter redistributivo – compreendida no fator de medição e demarcação das terras. 7. Incorporada ao direito interno brasileiro, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, consagra a “consciência da própria identidade” como critério para determinar os grupos tradicionais aos quais aplicável, enunciando que Estado algum tem o direito de negar a identidade de um povo que se reconheça como tal. 8. Constitucionalmente legítima, a adoção da autoatribuição como critério de determinação da identidade quilombola, além de consistir em método autorizado pela antropologia contemporânea, cumpre adequadamente a tarefa de trazer à luz os destinatários do art. 68 do ADCT, em absoluto se prestando a inventar novos destinatários ou ampliar indevidamente o universo daqueles a quem a norma é dirigida. O conceito vertido no art. 68 do ADCT não se aparta do fenômeno objetivo nele referido, a alcançar todas as comunidades historicamente vinculadas ao uso linguístico do vocábulo quilombo. Adequação do emprego do termo “quilombo” realizado pela Administração Pública às balizas linguísticas e hermenêuticas impostas pelo texto-norma do art. 68 do ADCT. Improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, do Decreto 4.887/2003. 9. Nos casos *Morwana v. Suriname* (2005) e *Saramaka v. Suriname* (2007), a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu o direito de propriedade de comunidades formadas por descendentes de escravos fugitivos sobre as terras tradicionais com as quais mantêm relações territoriais, ressaltando o compromisso dos Estados partes (Pacto de San José da Costa Rica, art. 21) de adotar medidas para garantir o seu pleno exercício. 10. O comando para que sejam levados em consideração, na medição e demarcação das terras, os critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades quilombolas, longe de submeter o procedimento demarcatório ao arbítrio dos próprios interessados, positiva o devido processo legal na garantia de que as comunidades

tenham voz e sejam ouvidas. Improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, §§ 2º e 3º, do Decreto 4.887/2003.

11. *Diverso do que ocorre no tocante às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios – art. 231, § 6º – a Constituição não reputa nulos ou extintos os títulos de terceiros eventualmente incidentes sobre as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, de modo que a regularização do registro exige o necessário o procedimento expropriatório. A exegese sistemática dos arts. 5º, XXIV, 215 e 216 da Carta Política e art. 68 do ADCT impõe, quando incidente título de propriedade particular legítimo sobre as terras ocupadas por quilombolas, seja o processo de transferência da propriedade mediado por regular procedimento de desapropriação. Improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade material do art. 13 do Decreto 4.887/2003. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.(ADI 3239, Relator(a): CEZAR PELUSO, Relator(a) p/ Acórdão: ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019)*

7. ^ ANTUNES, P. B. *A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho na América do Sul*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. v. 1. p. 78.

8. ^ ANTUNES, P. B. *op. cit.* p. 78.

9. ^ “Carta de Belo Horizonte” – resultante do Seminário Convergências entre as Garantias de Direitos Fundamentais e a Conservação Ambiental, realizado pelas Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF das temáticas de Meio Ambiente e Patrimônio Cultural e de Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais, 4ª e 6ª CCR, com o intuito de debater e propor diretrizes de atuação para o MPF.

10. ^ NUP 02070.001904/2018-91, Seq. 36.

11. ^ A Instrução Normativa ICMBio nº 26/2012 dispõe que: “Art. 22 – A possibilidade de uso dos recursos naturais em unidades de conservação por população tradicional não residente será analisada diante das circunstâncias do caso concreto, em processo administrativo próprio. § 1º – O processo administrativo conterá todas as informações necessárias à compreensão da situação concreta, incluindo, no mínimo, dados sobre a importância do acesso ao recurso para a comunidade, sobre os impactos ambientais à unidade de conservação e sobre as possibilidades de indenização ou oferta de meios alternativos de subsistência. § 2º – A Procuradoria Federal Especializada será instada a se pronunciar em cada caso, após manifestação da área técnica responsável.”

12. ^ BARROSO, Luis Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Forum, 2018. v. 1. p. 210-212.

13. ^ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 97-107.

14. ^ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

15. ^ SARMENTO, Daniel. *op. cit.* Tópicos 3.2 e 3.3 do Capítulo 3.

16. ^ SARMENTO, Daniel. *op. cit.* Tópico 4.3 do Capítulo 4.

17. ^ SARMENTO, Daniel. *op. cit.* Tópico 4.5 do Capítulo 4.

18. ^ SARMENTO, Daniel. *op. cit.* p. 210.

19. ^ A dimensão ecológica do mínimo existencial já foi reconhecida por decisão do Superior Tribunal de Justiça atinente à obrigação estatal de criar rede de tratamento de esgoto (REsp 1366331/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 19/12/2014).

20. ^ SARMENTO, Daniel. *op. cit.* p. 221.

21. ^ Na ADI 4983 (caso “Vaquejada”), o Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto vista, deixou consignada que a visão antropocêntrica de proteção ambiental da Constituição de 1988 é moderada: “34. Embora a norma constitucional presente no art. 225, caput, tenha feição nitidamente antropocêntrica, a Constituição a equilibra com o biocentrismo por meio de seus parágrafos e incisos. É por essa razão que é possível afirmar que o constituinte não endossou um antropocentrismo radical, mas sim optou por uma versão moderada, em sintonia com a intensidade valorativa conferida ao meio ambiente pela maioria das sociedades contemporâneas. Além disso, o fato de a Constituição Federal de 1988 ser a primeira entre as constituições brasileiras a se importar com a proteção da fauna e da flora é bastante representativo dessa opção antropocêntrica moderada feita pelo constituinte”. STF. ADI 4.983-CE. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento em 06.10.2016.

22. ^ MEDA, Renata Vieira. A criação de Unidades de Conservação no reconhecimento de territórios às populações tradicionais. Revista da Cidade. vol. 06, nº 01. UERJ. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/11346>>.

23. ^ SARMENTO, Daniel. op. cit. p. 242-243.

24. ^ SARMENTO, Daniel. op. cit. Tópicos 6.3 do Capítulo 6.

25. ^ SARMENTO, Daniel. op. cit. p. 242.

26. ^ VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos (Impresso), v. 6, p. 29-52, 2007, p. 42-43.

27. ^ ARAGÃO, Alexandra. GARANTIA DO DIREITO AO AMBIENTE ATRAVÉS DA PROTEÇÃO DO DIREITO À HABITAÇÃO NO CONSELHO DA EUROPA. Revista Jurídica da FA7, v. 17, n. 3, 16 dez. 2020, p. 191.

28. ^ VIANNA, Lucila Pinsard. De invisíveis a protagonistas: populações tradicionais e unidades de conservação. São Paulo: Annablume; 2008.

29. ^ SARMENTO, Daniel. Territórios Quilombolas e Constituição: A ADI 3.239 e a Constitucionalidade do Decreto 4.887/03. Parecer da Procuradoria Regional da República da 2ª Região, elaborado por solicitação da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Rio de Janeiro. 2008.

30. ^ SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 254-255.

31. ^ STF. ADC 42, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 28/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-175 DIVULG 12-08-2019 PUBLIC 13-08-2019.

32. ^ A propósito, a Lei nº 12.651/2012, no art. 8º, admite a intervenção ou a supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente na hipótese de interesse social, tal como a exploração agroflorestal sustentável praticada por povos e comunidades tradicionais, desde que não descaracterize a cobertura vegetal existente e não prejudique a função ambiental da área (art. 3º, § 2º, IX, “b”); e de atividades de baixo impacto, como, por exemplo, a construção de moradia de agricultores familiares, remanescentes de comunidades quilombolas e outras populações extrativistas e tradicionais em áreas rurais, onde o abastecimento de água se dê pelo esforço próprio dos moradores (art. 3º, X, “e”).

33. ^ BRASIL. Ministério Público Federal. Territórios de povos e comunidades tradicionais e as unidades de conservação de proteção integral: alternativas para o asseguramento de direitos socioambientais. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. Coordenação: Maria Luiza Grabner. Redação: Eliane Simões e Débora Stucchi. Brasília, 2014, p. 21. Disponível em:

<<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/manual-de-atuacao/docs/manual-de-atuacao-territorios-de-povos-e-comunidades-tradicionais-e-as-unidades-de-conservacao-de-protecao-integral>>

34. ^ BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 27.

35. ^ LEUZINGER, Márcia Dieguez. *Natureza e Cultura: direito ao meio ambiente equilibrado e direitos culturais diante da criação de unidades de conservação de proteção integral e domínio público habitadas por populações tradicionais* (Tese). Doutorado em Desenvolvimento Sustentável – Centro de Desenvolvimento Sustentável, Universidade de Brasília, Brasília, 2007, p. 185-186.
36. ^ Baragwanath, Kathryn; Bayi, Ella. *Collective property rights reduce deforestation in the Brazilian Amazon*. Acesso em: < <https://www.pnas.org/content/pnas/117/34/20495.full.pdf>>.
37. ^ LEUZINGER, Márcia Dieguez. *op. cit.* p. 158.
38. ^ Aprovado pelo DESPACHO n. 00428/2018/GABINETE/ PFE-ICMBIO/PGF/AGU, nos autos do Processo SEI nº 02045.000099/2011-10 e NUP de mesmo número.
39. ^ Processo SEI nº 02045.000099/2011-10 e NUP de mesmo número.
40. ^ A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, adotada em Genebra, em 27 de junho de 1989, foi internalizada (promulgada) pelo Brasil por meio do Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004 (consolidada pelo Decreto nº 10.088/2019, em seu Anexo LXXII).
41. ^ O Brasil reconheceu como obrigatória a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998, por meio do Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002.
42. ^ As convenções e os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos têm status supralegal, conforme jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido: RE 349703, Relator(a): CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008; e ADI 5240, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2015.
43. ^ STF. ADI 5475, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020; e ADPF 748 MC-Ref, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 30/11/2020.
44. ^ MAZZUOLI, Valério Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no Direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 46, n. 181. jan./mar. 2009. p. 128-129.
45. ^ FENSTERSEIFER, Tiago. O “diálogo das fontes normativas” na perspectiva do Direito Ambiental. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2021/02/03/dialogo-fontes-normativas-ambiental>>.
46. ^ DAUDT D’OLIVEIRA, Rafael L. *A simplificação no direito administrativo e ambiental (de acordo com a lei nº 13.874/2019 – “Lei da Liberdade Econômica”)*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 179-181.
47. ^ Aprovado pelo DESPACHO n. 00175/2018/GABINETE/ PFE-ICMBIO/PGF/AGU, nos autos do processo administrativo nº 02070.003183/2013-40.
48. ^ Verifica-se, inclusive, uma tendência jurisprudencial de adoção do consequencialismo jurídico como método de aferição da legitimidade dos atos estatais. A título de exemplo, no STF: ADI 5062, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 27/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-134 DIVULG 20-06-2017 PUBLIC 21-06-2017; ADI 4923, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-064 DIVULG 04-04-2018 PUBLIC 05-04-2018; ADI 3995, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/12/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 28-02-2019 PUBLIC 01-03-2019; ADPF 449, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-190 DIVULG 30-08-2019 PUBLIC 02-09-2019; RE 958252, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-199 DIVULG 12-09-2019 PUBLIC 13-09-2019; e AC 3637

ED-AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 11/09/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-217 DIVULG 04-10-2019 PUBLIC 07-10-2019.

49. *^ STF ADI 4717, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 05/04/2018; e ADI 3646, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2019.*

50. *^ STF RE 519778 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 24/06/2014.*

51. *^ Roteiro metodológico para elaboração e revisão de planos de manejo das unidades de conservação federais (2018: Brasília, DF) / Organizadores: Ana Rafaela D'Amico, Erica de Oliveira Coutinho e Luiz Felipe Pimenta de Moraes. Brasília: Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade: ICMBio, 2018. Disponível em: https://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/comunicacao/downloads/roteiro_metodologico_elaboracao_revisao_pla*

52. *^ ARGENTIM, T.; GERBER, K. . Sobreposição de Unidades de Conservação de Proteção Integral em Territórios de Povos e Comunidades Tradicionais: Conflito de Direitos Fundamentais. Coletânea de Artigos do Ministério Público Federal (MPF) em comemoração aos 20 anos da Lei do SNUC (Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000), v. I, 2020, p. 160.*

53. *^ BRASIL. Ministério Público Federal. Territórios de povos e comunidades tradicionais e as unidades de conservação de proteção integral: alternativas para o asseguramento de direitos socioambientais. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. Coordenação: Maria Luiza Grabner. Redação: Eliane Simões e Débora Stucchi. Brasília, 2014, p. 101-102.*

54. *^ O Contrato de Concessão de Direito Real de Uso (CCDRU) nas Unidades de Conservação Federais. Disponível em: https://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/comunicacao/publicacoes/publicacoes-diversas/o_contrato_de_concessao_de_direito_real_de_uso_ccdru_nas_ucs_federais.pdf.*

55. *^ Embora contemplando situação diferente, a lógica de transposição de instrumentos de gestão foi adota no PARECER n. 00103/2017/COMAF/PFEICMBIO/PGF/AGU (SEI 1478698), aprovado pelo DESPACHO n. 00272/2017/GABINETE/PFE-ICMBIO/PGF/AGU (SEI 1478706), pela possibilidade jurídica da celebração de Termos de Compromisso, com fundamento no art. 42 da Lei nº 9.985/2000 e no art. 39 do Decreto nº 4.340/2002, mesmo para posseiros e proprietários não caracterizados como tradicionais.*

56. *^ ARGENTIM, T.; GERBER, K. op. cit., p. 160.*

Documento assinado eletronicamente por FREDERICO RIOS PAULA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 724527320 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): FREDERICO RIOS PAULA. Data e Hora: 06-10-2021 18:06. Número de Série: 5541551353406310734. Emissor: AC CAIXA PF v2.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO INSTITUTO CHICO
MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE
GABINETE DO PROCURADOR-CHEFE

DESPACHO n. 00635/2021/GABINETE/PFE-ICMBIO/PGF/AGU

NUP: 00810.001628/2020-40

INTERESSADOS: INSTITUTO CHICO MENDES DE
CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE – ICMBIO
ASSUNTOS: MEIO AMBIENTE

Como beber dessa bebida amarga? Tragar a dor, engolir a labuta,
Mesmo calada a boca, resta o peito. Silêncio na cidade não se escuta.

De que me vale ser filho da santa? Melhor seria ser filho da outra.
Outra realidade menos morta, Tanta mentira, tanta força bruta. Pai,
afasta de mim esse cálice.

Pai!!!

1. Acompanho o PARECER n. 00175/2021/CPAR/PFE-ICMBIO/PGF/AGU, por seus próprios fundamentos.
2. Em primeiro lugar, é preciso ser dito que o fruto deste trabalho é um encontro. Em especial, um encontro comigo mesmo.
3. A gratidão coloca o espírito em um patamar sublime. É com essa tonalidade de alma que não posso deixar de render tributo a você, Fernando Cesar Lorencini, em razão da autorização para que a Procuradoria Federal Especializada junto ao ICMBio instaurasse um processo formal e procedesse a um estudo jurídico sobre um tema tão relevante para o Brasil e para o mundo: a compatibilidade das populações tradicionais em unidades de conservação de proteção integral. Quando da instauração do processo, havia apenas uma hipótese de pesquisa e, sem defesa de causa, os fundamentos e conclusões ora aprovados foram sendo moldados ao curso do tempo.
4. Inegável nessa iniciativa a confluência de um viés acadêmico com fins práticos: não deixa de ser, também, uma nova forma de atuação da própria Advocacia-Geral da União. Para além de respostas a consultas delimitadas e específicas, a advocacia pública se lança a propor premissas gerais que podem nortear uma política pública inteira de uma Autarquia.



Acredito que a AGU ainda está sedimentando seu “jeito de ser” uma função essencial à justiça e, nessa perspectiva, trabalhos como o presente propõem uma forma de ler as atribuições institucionais dos Procuradores Federais de um outro modo: sem se arvorar na decisão de mérito, mas implicados (no sentido de pesquisa implicada mesmo) com o resultado de seu trabalho.

5. Àqueles analistas ambientais que sempre esperaram: chegou. Dedico a conclusão deste trabalho à Dra. Iara Vasco Ferreira e à Ma. Virginia Talbot, ambas me foram apresentadas pela não menos importante Ma. Poliana Francis. A aposentadoria de Iara ocorre quase no início dos estudos: sua esperança e sua segurança teóricas quanto ao tema me impactaram de forma muito profunda, sentimentos que me acompanharam durante toda a condução desse processo. Desejo que cada frase do entendimento jurídico ora aprovado tenha, na vida das pessoas afetadas, a força de um clímax e, se no futuro, algo de útil ao Brasil decorrer disso tudo, que tenha o selo e a marca de Iara.

6. Em Virginia Talbot encontrei suporte acadêmico para minha inquietação quanto às limitações dos termos de compromisso celebrados com fundamento na Lei do SNUC. Compreendi o porquê o ICMBio fez tão pouco em matéria de reconhecimento dos direitos das populações tradicionais nas unidades de proteção integral: dúvidas técnicas, divergência entre preservacionistas e conservacionistas, ausência de um suporte jurídico claro no sentido de viabilizar medidas de compatibilidade (em detrimento da literalidade do SNUC). Não se trata de criticar uma área específica do ICMBio: é sabido que há inúmeras pessoas que vem tentando implementar os termos de compromisso; sabido também que a posição da COGCOT é constitucionalizada e idêntica à ora defendida. Não é disso que se trata: o que se está afirmando é que o ICMBio, enquanto um todo, fez pouco em termos concretos e numéricos no sentido de viabilizar compatibilidades entre os tradicionais e as UCs de proteção integral. Basta que se compare a quantidade de sobreposições e os termos de compromisso até hoje celebrados. Em alguma medida, penso que o ICMBio vem cantando de forma intimista, pra dentro, como João Gilberto, Nara e Fernanda Takai. Chegou a hora de abrir os pulmões e cantar de uma forma explosiva, pra fora, como nunca cantou, tal qual Marília Mendonça, Bethania e Alcione.

7. Na pessoa das duas analistas ambientais acima mencionadas, saúdo todas as mulheres que acreditam na proposta ora defendida: Erika, Angela, Nolita, Camila, Mariana, Marcia, Claudia e Karina. Saúdo, também, a Profa. Dra. Carina Costa de Oliveira e a Profa. Dra. Gabriela Garcia Batista Lima Moraes que, em face de sua força crítica, me fazem pensar e repensar os instrumentos do direito à luz do princípio da integração e das possibilidades em termos de prevenção de litígios. Foi em razão das premissas apreendidas no âmbito do GERN que sugeri que os planos de manejo para, além de documentos com caráter exclusivamente técnicos, podem e devem ser pensados como instrumentos de gestão e de prevenção de litígios e, portanto, podem ser instrumentos aptos a gerir as

populações tradicionais e seu respectivo manejo. O impulso derradeiro que me faltava veio da obra da Profa. Dra. Manuela Carneiro da Cunha.

8. De forma pessoal, registro que “quero aprender com o teu pequeno, grande coração, meu amor”, minha Lavínia: a você também dedico a esperança desse projeto.

9. Na pessoa de Marcelo Prado e sua tão propalada juridicidade faço menção ao esforço de todos os homens que também sonharam com a uniformização desta discussão. Não menos importante foram todas as críticas e contribuições obtidas no âmbito da PFe. Ao autor do estudo, Procurador Frederico, a quem sou ligado pela solidariedade intelectual, agradeço pela pesquisa profunda e pelo esmero com que se dedicou à análise. Na pessoa do dileto amigo, Procurador Martin, agradeço à crítica constante e sempre construtiva: no anonimato das discussões, muitas vezes Martin me apontou os equívocos de algumas premissas por mim eleitas e das respectivas conclusões, bem como apontou fundamentos outros não pensados e ricamente necessários.

10. Dito isto, quanto ao trabalho em si, de que mesmo ele trata?

11. Recordo-me de um dia: acho que no começo dos anos 90. O amanhecer de um dia 30 de junho: era dia de São Marçal, data que marca o fim da festividade junina no Maranhão. O dia 30 é, ainda, caracterizado pelo encontro dos Batalhões de Bumba Meu Boi, no bairro do João Paulo, reunindo bois de matraca. Foi num desses dias de encontro que contemplei o dançar do povo: homens e mulheres suados caminhavam em todas as direções vindos da noite anterior; os “miolos do boi” me impressionavam demais porque dançavam e rodopiavam quase em queda, bem como os bêbados agarrados a um quadro de São João. O olhar do nordestino perdido estava ali forte: de uma miséria anônima e de uma inocência pisada. Naquele dia, eu intuí de forma clara, mesmo sem qualquer condição à época, que eu viveria o mundo e não ficaria ali naquela terra de forma definitiva. Mas naquele instante, eu entendi que meu melhor estaria, também, sempre ali: desde então, tudo que eu comprei, consegui, vivi, amei, viajei, possuí, me alegrei, tudo, tudo, eu entreguei àquele menino diante daquele povo. Em retrospecto, hoje, não tenho dúvidas de que, naquele instante sublime, eu PERTENCI.

12. O trabalho que será aqui apresentado é sobre pertencer. Sobre o vínculo de pertença entre populações tradicionais e seu território. E, sobre esse tema, a palavra escrita ou a linguagem só roçam, elas não alcançam, elas não apreendem. Por isso, peço perdão aos “puros”, mas as metáforas são necessárias para se buscar esse núcleo pulsante da vida. Não se trata de discutir direito de propriedade, de posse ou qualquer direito real: é mais do que isso. É o vínculo imaterial que liga pessoas a um certo espaço territorial. É o vínculo que as fazem ser quem são em inúmeras dimensões, inclusive espiritual, como bem defendido por Érika Fernandes Pinto.

13. Tenho dito muitas vezes que sou profundamente marcado por tudo que Clarice Lispector escreveu e, em especial, pela marca que sua literatura tem do que se chama “olhar de estrangeiro”: o olhar que indaga, como o da criança. O estrangeiro é aquele que, não tendo sido acostumado com certos hábitos e realidades, os põe em cheque, indaga suas procedências e suas razões. Foi daí que, na qualidade de estrangeiro, indaguei-me: as populações reconhecidamente tradicionais têm o direito de permanecer nas unidades de conservação nas quais se encontram historicamente situadas?

14. Antes de responder ao questionamento, foi preciso lançar uma outra pergunta: a pergunta acima possui um cunho jurídico ou técnico? Penso que, ao enfrentar mentalmente essa dúvida, pude fazer um corte cirúrgico sob o ponto de vista da argumentação. Existe o



campo do “se a compatibilização deve ocorrer” e o campo “do como a compatibilização deve ser operacionalizada”. O primeiro deles é jurídico, ao passo que o segundo é técnico. Definir se as populações tradicionais devem ser compatibilizadas em unidades de proteção integral perpassa pelo conflito entre o artigo 225 da Constituição de 1988 com os artigos 2156/16 (populações tradicionais), 231 (índios) e 68 do ADCT (quilombolas). Ora, esse conflito de normas aparente é um conflito jurídico e não técnico e, nessa perspectiva, jogar esse tema para grupos de trabalho e fóruns de discussão apenas retarda e impede a efetiva afirmação dos direitos das populações tradicionais. Cuida-se de análise a cargo desta PFe junto ao ICMBio e assim foi feito.

15. Levar a discussão jurídica para esferas técnicas gera a falsa impressão de que o trabalho segmentado em nichos específicos é frutuoso quando, em realidade, o que o Instituto precisa e, a partir de agora terá, é um sinal institucional claro e preciso quanto às populações tradicionais: sinal este infenso ao “fogo amigo” e às críticas egóicas.

16. Coisa diversa é o modo, a forma como essas populações devem ser compatibilizadas, processo que será bem diferente em cada unidade de conservação sobreposta no país. Aqui sim, aspectos técnicos devem ser colocados na mesa; mútuas restrições devem ser pensadas, trabalho que demandará um juízo técnico pautado no princípio da proporcionalidade. Nessa fase, que aliás é a mais relevante, aí sim a participação técnica e multisetorial será bem útil. Não se cuidará de tarefa simples, mas o Instituto possui um corpo técnico qualificado e apto a decidir a justa medida. No mais, como canta minha conterrânea Alcione “quem vive na corda bamba aprende a se equilibrar”.

17. Com o estudo que se apresenta e com sua aprovação em caráter vinculante espera-se que as discussões sobre “se a compatibilização deve ser feita” percam espaço e que os esforços se centrem exclusivamente na forma ótima ambientalmente em que isto é possível. O foco muda. O avanço em termos de segurança jurídica se apresenta como possível e um novo cenário se desenha.

18. Não se pode perder de vista que a presente manifestação jurídica, em verdade, contém uma ruptura com as práticas até hoje feitas pelo ICMBio. Isto porque os termos de compromisso, celebrados ou em vias de celebração, embora versem sobre compatibilidade, o fazem com um viés precário (prazo determinado) e sem uma recomendação de que o plano de manejo contenha a previsão de acomodação das populações tradicionais. Não se trata, pois, de fazer o que está sendo feito. É preciso um novo olhar do Instituto como um todo sobre o tema, aí envolvidas as áreas de regularização fundiária, visitação, uso público, plano de manejo, dentre outras.

19. Os termos de compromisso celebrados até o presente momento não garantem segurança jurídica necessária a estabilizar as relações dentro das unidades de conservação. Outro aspecto é que o termo de compromisso foi pensado como uma situação excepcional e transitória até o momento em que o ICMBio tome uma posição em caráter definitivo com relação às populações afetadas. Embora essa seja a interpretação que se extraia da legislação, não localizei em nenhum dos processos de termos de compromisso essa busca de uma solução definitiva, o que me assustou porque, na forma como as coisas encontram-se

caminhando, os termos de compromisso adquiriram perenidade. Observe-se que não há, na lei, sequer previsão de que esses instrumentos sejam prorrogados.

20. É preciso dar um passo além. E esse passo se firma na eleição de um instrumento sem prazo acoplado à previsão da situação no plano de manejo. Um ponto que precisa ficar claro é que o nome do instrumento é o menos importante. Minha sugestão é que se aprofundem estudos com o escopo de uso do CCDRU como forma de vinculação ao território em face dos benefícios, inclusive de créditos, existentes hoje nas unidades de uso sustentável.

21. Lado outro, entendo que o Parecer jurídico juntado aos autos fala, mas há também o que ele não fala de forma direta. Como em uma sessão de análise, o que está em jogo não é apenas o que é dito, mas o que é silenciado também. Agora enquanto escrevo, eu me lembro da icônica e talvez única entrevista que C. Lispector deu à imprensa televisiva (e que está disponível no youtube). Em certo momento, ela diz: “que eu saiba, eu não fiz concessões”. O que vou escrever agora está imbuído disto. Nesse sentido, e até para fins de demonstrar a ruptura, penso que o Parecer ora aprovado também nos faz alguns comentários sem o dizer: a) “olha como a gente, enquanto Instituto, armou uma interpretação do SNUC para nos blindar das populações tradicionais; b) olha como se preferiu a lavratura dos autos de infração em massa em face das populações em detrimento da busca de soluções equilibradas e consensuais; c) olha como, sob o argumento de máxima proteção ambiental, não se pensou na violação a direitos dessas populações. Eu penso, pois, que se trata de um grito. Mas há o direito ao grito. Nessa perspectiva, eu não gostaria que o presente trabalho fosse lido impunemente, ele deve gerar no leitor uma crítica interior (quem sabe um mal estar) e um desejo de fazer de um outro modo. E, para que isso ocorra, algo na lógica institucional precisa ruir.

22. Deixam, por exemplo, de serem lastreadas na legalidade autuações com fundamento exatamente em condutas consideradas como manifestações da tradicionalidade, o que exigirá uma atualização junto às autoridades fiscalizadoras. Do mesmo modo, não há sentido em se pensar em indenizações das populações tradicionais afetadas pelo simples fato de que não terão que ser retiradas dos limites da UC e sim compatibilizadas. Ou seja, o impacto é sistêmico e estrutural.

23. Eu sei que alguns técnicos podem vir a ler isso com certas dúvidas. Isto é natural. Eu me recordo da apresentação de Elis em Montreux (quem não viu, veja; disponível no youtube). Elis, filha de uma lavadeira e nascida no Brasil, cantaria no mesmo palco de Ella Fitzgerald. Usava uma orquídea no cabelo à la Billie Holiday. Apresentou-se na mesma noite que Hermeto que, aliás, havia extasiado a plateia. Estava exausta e visivelmente insegura quando foi chamada para um dueto. Hermeto a convida para cantar Garota de Ipanema, música que ali havia jurado não cantar. Não sabia o que pensar, porque de Hermeto qualquer nota era possível. Após hesitar por alguns instantes, Elis diz uma única palavra: vai! E canta lindamente, talvez num dos mais lindos duetos do século XX. A você, que sente essa dúvida, eu só posso dizer: vai!

24. Nesse sentido, aprovo, como vinculantes, as seguintes proposições jurídicas:



- o artigo 42 precisa ser interpretado em conformidade com a Constituição e, nesse sentido, as populações reconhecidamente tradicionais apenas serão reassentadas, caso assim o queiram;
- não sendo o desejo dos tradicionais o reassentamento, o ICMBio deve proceder a um estudo que culmine em medidas práticas de compatibilidade, aí incluídos os usos diretos;
- os instrumentos jurídicos que contemplem a compatibilização deverão possuir natureza perene;
- os termos de compromisso apenas devem ser utilizados de forma absolutamente excepcional devendo haver, em cada caso, um processo simultâneo com vistas a determinar medidas e instrumentos com caráter perene;
- não se admite a prorrogação do termo de compromisso, por ausência de previsão legal e por se tratar de instrumento precário. Para os fins de incidência dessa regra, deverá ser observado um prazo de transição, conforme modulação a ser definida no âmbito do Comitê Gestor;
- populações tradicionais apenas usuárias também devem ser beneficiadas com instrumentos de gestão e compatibilidade;
- o acesso aos sítios considerados sagrados deve ser compreendido como uso direto possível exigindo-se o respectivo regramento;

25. À CGCOT, solicito:

- avaliação de quais medidas serão possíveis diante do descumprimento por parte das populações tradicionais dos usos consensualmente previstos e possíveis;
- avaliação para cada unidade de conservação sobreposta, em articulação com a COMAN, acerca da necessidade de revisão do plano de manejo para contemplar os usos das populações tradicionais;
- avaliação sobre a necessidade de consolidação da linha de entendimento aqui proposta em uma Instrução Normativa, de forma a conferir maior clareza e segurança quanto ao procedimento de compatibilização;

26. À CGTER:

a política pública relativa à regularização fundiária deve partir do pressuposto de que populações reconhecidamente tradicionais não serão indenizadas e sim compatibilizadas; os processos judiciais ou as recomendações ministeriais nas quais conste a obrigação de regularizar uma UC inteira devem ser lidas no sentido de que apenas serão indenizados aqueles que não se insiram no conceito de tradicionalidade;

27. À CGEUP:

a política pública de uso público deve ser feita levando em consideração as populações tradicionais, ou seja, exige-se uma articulação formal e expressa entre o uso público e a DISAT;

28. À PFE:

elaboração de OJN sobre o tema;

29. Ao Comitê Gestor:

- escolha/validação das unidades que serão utilizadas como projetos piloto sendo indicados o Parna Lagoa do Peixe, Rebio Trombetas, Parna Cabo Orange e Parna Lençóis;
- aprovação expressa do entendimento jurídico como normativo e vinculante a todos os servidores do ICMBio (o que já ocorreu faltando apenas a instrumentalização formal e comunicação ao corpo técnico)

30. Ao apoio para cumprimento aos itens supra e, também, dê-se ciência a todos os integrantes desta PFE (incluindo desterro e gerenciamento), bem como ao GABIN PRESIDENTE.

Brasília, 08 de novembro de 2021.

Dilermando Gomes de Alencar

Procurador-Chefe Nacional

Procuradoria Federal Especializada Junto Ao Icmbio

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00810001628202040 e da chave de acesso 651d8f5c

Documento assinado eletronicamente por DILERMANDO GOMES DE ALENCAR, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 761056193 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): DILERMANDO GOMES DE ALENCAR. Data e Hora: 08-11-2021 15:18. Número de Série: 79173004453299171358563442558. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO Final v5.





Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais

 anafenacional.org.br
 (61) 3326-1729

 anafe.org.br
 @ANAFENACIONAL
 @anafenacional

 SHIS QL 24, Conjunto 3,
Casa 1, Lago Sul - Brasília/DF